64. Junge Tagung Öffentliches Recht

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Leipzig 2024

Zukunftsverfassungsrecht

Nomos

DIKE

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

64. JUNGE TAGUNG ÖFFENTLICHES RECHT

Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Wissenschaftlichen Assistentinnen und Assistenten

Zukunftsverfassungsrecht

Herausgegeben von:

Alexander Brade | Anna-Katharina Hübers | Anton Hussing | Carolin Heinzel | Clara Schneidenbach | Felicitas Beck | Julia Tschwatschal | Julius Pfeuffer | Luisa Lehning | Max E. Müller | Omid Bechmann | Raimond Ernst | Richard Eißner | Robert Böttner

Nomos

DIKE

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zitiervorschlag: Autor:in, in: Brade/Hübers/Hussing u.a. (Hrsg.), Zukunftsverfassungsrecht, Baden-Baden: Nomos 2025, S. ###.

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

ISBN (Print): 978-3-7560-1912-0
(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4803-2
(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN 978-3-03891-816-5 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2025
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2025. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Keine Verfassung besteht aus sich selbst heraus. Weder vermag sie sich selbst zu garantieren noch losgelöst von der sie umgebenden Kultur zu existieren. Sie ist – als Ergebnis historischer Erfahrungen und Einsichten – schon gemäß ihrer Konzeption kein fertiges System, kein allgemeingültiges Prinzip, das, einmal gegeben, für alle Zeiten und im gleichen Sinne gilt. Wer sich anmaßt, eine Tagung unter das Thema „Zukunftsverfassungsrecht" zu stellen, will damit im Grunde also nur einer trivialen Erkenntnis Ausdruck verleihen: Verfassungen sind evolutive Ordnungen, in denen es neben dem festen Grundprinzip – dass alles Recht den Menschen und seine unveräußerliche Freiheit als Ausgangspunkt nimmt – immer wieder nötig ist, Akzente neu zu setzen.

Sich dem anzunehmen, *die* Verfassung nicht nur in ihrer Entstehung und aktuellen Wirkung zu deuten, sondern zu hinterfragen, wie sie sein kann und werden soll, dazu traf sich die Junge Wissenschaft des Öffentlichen Rechts vom 13. bis 15. August 2024 zum inzwischen 64. Mal. Über 150 Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftler aus Deutschland, Österreich und der Schweiz folgten der – erstmaligen – Einladung nach Leipzig und diskutierten die partizipativen, wehrhaften und ökologischen Elemente moderner Verfassungsordnungen. Der vorliegende Band dokumentiert die Ergebnisse dieser dreitätigen Zusammenkunft.

Wer eine Tagung organisiert, weiß oder wird zumindest schnell erfahren, dass ihr Erfolg maßgeblich von denen bestimmt wird, die daran teilnehmen. Wer organsiert, kann nur den Rahmen setzen und muss anschließend hoffen, dass die Bereitschaft aller Teilnehmenden das Geplante mit Leben füllt.

Von Herzen danken möchten wir daher all denjenigen, die dabei unterstützt haben, der Tagung die Gestalt zu verleihen, die sie verdient. Das sind – neben den zahlreichen Sponsoren – zuallererst die Referentinnen und Referenten, die, unerschöpflich in ihren Ideen, auch in diesem Jahr ein anspruchsvolles wie abwechslungsreiches wissenschaftliches Programm ermöglicht haben. Besonderer Dank gebührt darüber hinaus unserer Festrednerin *BVRin Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein* sowie den Diskutantinnen und Diskutanten des Eröffnungsabends, namentlich *Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Konstantin Kuhle (MdB), Maximilian Steinbeis* und *Marlene Gru-*

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nert. Nicht unerwähnt bleiben darf in dieser Reihe die Gastfreundschaft des Bundesverwaltungsgerichts und die Mitwirkung der Juristischen Fakultäten Leipzig und Jena sowie der Staatswissenschaftlichen Fakultät Erfurt. Stellvertretend danken möchten wir deshalb *Prof. Dr. Isabel Schübel-Pfister*, *Prof. Dr. Carl-Heinz Witt* und *Prof. Dr. Christoph Ohler* sowie den Mitarbeitenden der Universitätsverwaltung. Sie alle waren eine Bereicherung für diese Tagung!

Und noch ein abschließender – vielleicht der wichtigste – Gedanke: Dem Organisationsteam der 64. Jungen Tagung Öffentliches Recht wird die Tagung in dauerhaft guter Erinnerung bleiben. Es war, wenngleich zum Preis einiger übernächtigter Morgende, eine Freude zu sehen, mit welcher Hingabe und Leidenschaft – teilweise bis weit in den Abend hinein – das Programm dieser Tagung von den Teilnehmenden gelebt wurde. Darum, und weil auch der beste Text nicht Stil und Farbenwerte von (wissenschaftlichen) Nachwuchstagungen wie dieser wiedergeben kann, fühle sich jeder, der es bislang verstanden hat, sich davon fernzuhalten, dazu ermutigt, sich künftig um einen Platz bei der JTÖR zu bemühen.

In tiefempfundener und herzlicher Dankbarkeit,
Das Tagungsteam der 64. Jungen Tagung Öffentliches Recht

Leipzig, den 4. Februar 2025

Alexander Brade, Anna-Katharina Hübers, Anton Hussing, Carolin Heinzel, Clara Schneidenbach, Felicitas Beck, Julia Tschwatschal, Julius Pfeuffer, Luisa Lehning, Max E. Müller, Omid Bechmann, Raimond Ernst, Richard Eißner, Robert Böttner

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Das ökologische Grundgesetz

Andreas Buser
Zur planetaren Dimension des Grundgesetzes: Verfassungsrechtliche Pflichten zum Schutz von Klima und Biodiversität entlang deutscher Handelsbeziehungen und Lieferketten? 13

Hans Flemming Maltzahn
Noch immer wirtschaftspolitisch neutral?
Die Wirtschaftsverfassung des „ökologisch scharfgestellten" Grundgesetzes 33

Klimaschutz als Grundrecht

Miriam Hofer
Klimabezogene Schutzpflichten als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik 55

Friederike Gebhard
Zukunftssicherung als Aufgabe grundrechtlicher Schutzpflichten – Eine kritische Analyse der Dogmatik der Figur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung" 73

Partizipation und Emanzipation

David Schwarz
Die deliberative Neuerfindung des Petitionsrechts: Ein Anstoß zur Zukunft demokratischer Repräsentation 95

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Samuel Weitz
Die Vereinigungsfreiheit als Instrument gegen Diskriminierungen
Potenziale der Antidiskriminierungsnormen im Sportverbandsrecht 115

Saskia Westermann
Lernen aus dem „Globalen Süden"?
Gleichheits- und repräsentationstheoretische Grundlagen von Parität in Kenia und Ruanda 137

Wahlrecht und Staatsangehörigkeit

Niklas Simon
No taxation but representation?
Wahlrecht und Repräsentation im Ausland lebender Staatsangehöriger 157

Lasse Ramson
Wahlrecht und Staatsangehörigkeit
Das doppelte Demokratiedilemma im deutschen Föderalismus 177

Vereinigungsverbote

Fritz Schäfer
Vereinsverbote als Hebel zur Einschränkung von Meinungsäußerungen
Das Kennzeichenverbot aus verfassungsrechtlicher Perspektive 199

Armin Stähli
Der Umgang mit antidemokratischen Vereinigungen:
Ein Blick auf das Schweizer Mehrebenensystem 219

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wehrhaftigkeit im Mehrebenensystem

Anna-Mira Brandau
Die verfassungsgewährleistende Dimension des Homogenitätsgebots 243

Robert Pracht
Lernen aus Brüssel? – Effektive Reaktionen des Grundgesetzes auf eine Rechtsstaatlichkeitskrise in einem Bundesland 261

Rebecca Kruse
Verfassungsschutz durch Sanktionen
Eine vergleichende Analyse von Instrumenten der Europäischen und Afrikanischen Union 281

Wehrhaftigkeit und Zivilgesellschaft

Christian Thönnes
Whistleblowing – Das Personal der Republik als Akteur der wehrhaften Verfassung? 305

Jonas Deyda
Neutralisierte statt wehrhafte Zivilgesellschaft?
Zum Verhältnis staatlicher Neutralität und der Äußerungsautonomie der staatlich geförderten Zivilgesellschaft 331

Autor:innenverzeichnis 353

Liste der Förder:innen 355

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das ökologische Grundgesetz

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zur planetaren Dimension des Grundgesetzes: Verfassungsrechtliche Pflichten zum Schutz von Klima und Biodiversität entlang deutscher Handelsbeziehungen und Lieferketten?

Andreas Buser

Abstract: *Vor dem Hintergrund aktueller Debatten zur verfassungsrechtlichen Bedeutung planetarer ökologischer Belastungsgrenzen, wirft der Beitrag die Frage auf, inwiefern Deutschland verfassungsrechtlich zur Reduktion des planetaren Fußabdrucks seiner Volkswirtschaft entlang deutscher Handelsbeziehungen und Lieferketten verpflichtet ist. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich aus den Aussagen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Klimaseniorinnen zu „embedded emissions" und aus der vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen internationalen Dimension des verfassungsrechtlich gebotenen Klimaschutzes. Diese internationale Dimension beschränkt sich aber bisher auf einen zwischenstaatlichen Einwirkungsanspruch und sollte als „planetare" Dimension weitergedacht werden, die grundsätzlich durch nationale oder regionale Regulierungsinstrumente (insbesondere auf EU-Ebene) adressiert werden kann, auch wenn dabei Vorgaben des Völkerrechts zu beachten sind. Dabei geht der Beitrag auch auf die Frage ein, inwiefern sich die für den Klimaschutz entwickelte verfassungsrechtliche Dogmatik auf den Schutz der Biodiversität übertragen lässt.*

A. Einleitung

Die Menschheit steht vor enormen ökologischen Herausforderungen. Während Recht und Politik bereits mit der Klimakrise überfordert zu sein scheinen, macht sich zunehmend die Erkenntnis breit, dass zudem ein sechstes großes Artensterben droht.[1] Vertreter:innen der Vereinten Nationen und der Europarat sprechen von einer „triple planetary crisis", die Klimakrise, Umweltverschmutzungskrise und Biodiversitätskrise umfassen soll.[2] Einige

1 *G. Ceballos u.a.,* Accelerated Modern Human-Induced Species Losses, Science advances 2015, e1400253; *R. H. Cowie/P. Bouchet/B. Fontaine,* The Sixth Mass Extinction: Fact, Fiction or Speculation?, Biological reviews of the Cambridge Philosophical Society 2022, 640.

2 *United Nations Environment Programme,* Making Peace with Nature: A Scientific Blueprint to Tackle the Climate, Biodiversity and Pollution Emergencies, 2021, S. 5;

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erdsystemwissenschaftler:innen gehen sogar davon aus, es seien bereits sechs planetare Belastungsgrenzen überschritten.[3] Davon sind auch die zwei „core-planetary boundaries" – der Klimawandel und die Integrität der Biosphäre – umfasst, die im Folgenden im Fokus stehen sollen. Aus Sicht dieser wissenschaftlichen Erkenntnisse hat die Menschheit den „safe operating space" des Erdsystems – also die für menschliche Zivilisationen günstigen Entwicklungsbedingungen der letzten 12.000 Jahre (sog. Holozän) – bereits verlassen.

Die Aufforderung, diesen Erkenntnissen Rechnung zu tragen und „planetar zu denken", gilt dabei auch für die Rechtswissenschaft.[4] Insbesondere die völkerrechtliche Literatur kommt dieser Aufforderung zunehmend nach.[5] Doch auch in der deutschen verfassungsrechtlichen Literatur hat das Konzept der planetaren Belastungsgrenzen erste Wurzeln geschlagen.[6] Seit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem März 2021 setzt sich die Rechtswissenschaft vermehrt mit einer möglichen Übertragbarkeit der dort zentralen Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung auf andere planetare Belastungsgrenzen auseinander.[7] Nunmehr ist sogar die erste Biodiversitätsverfassungsbeschwerde anhängig, die sich explizit auch auf das Konzept der planetaren Belastungsgrenzen beruft, und für eine

---

Declaration of the Fourth Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe, Reykjavík, Island, 16–17 Mai 2023.

3 *K. Richardson u.a.,* Earth Beyond Six of Nine Planetary Boundaries, Science Advances 2023, 2458.

4 *F. Hanusch/C. Leggewie/E. Meyer,* Planetar denken, Bielefeld 2021, S. 111 f.

5 Siehe etwa: *L. J. Kotzé,* Rethinking Global Environmental Law and Governance in the Anthropocene, Journal of Energy & Natural Resources Law 2014, 121; *D. French/L. J. Kotzé* (Hrsg.), Research Handbook on Law, Governance and Planetary Boundaries 2021.

6 *A. Buser,* Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland, DVBl. 2020, 1389; *C. Calliess,* Abstand halten: Rechtspflichten der Klimaschutzpolitik aus planetaren Grenzen, ZUR 2019, 385; *C. Calliess*„„Abstand halten" revisited: Planetare Grenzen, Art. 20 a GG und Biodiversitätsschutz, ZUR 2024, 65; *A. Stark,* Nachhaltigkeit als Bewahrung von ökologischen Belastbarkeitsgrenzen – Überlegungen zur Konkretisierung der ökologischen Dimension von Nachhaltigkeit, in: D. Bayer/F. Butz/F. Langlet (Hrsg.), Nachhaltigkeitsrecht, Baden-Baden 2023;

7 Siehe etwa: *C. Glinski*, Transfer of Climate Litigation to Biodiversity Protection?, European Journal of Comparative Law and Governance 2023, 1 ff.; *J. Stubenrauch,* Übertragbarkeit des BVerfG-Beschlusses zum Klimaschutz auf andere Umweltbereiche am Beispiel Phosphor, ZUR 2021, 617 ff;

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Übertragung der Rechtsprechung zum Klimaschutz auf die Biodiversität plädiert.[8]

Diese Frage kann im Folgenden nur angerissen werden. Der Fokus liegt dagegen auf der weitgehend vernachlässigten Frage, ob das Grundgesetz eine staatliche Pflicht begründet, Einwirkungen auf das Erdsystem zu begrenzen, die entlang deutscher Lieferketten und Handelsbeziehungen in anderen Staaten entstehen, letztlich aber mit Konsum und wirtschaftlicher Tätigkeit in Deutschland zusammenhängen.[9] Insofern möchte ich mit der „planetaren Dimension"[10] des Grundgesetzes sowohl territoriale Weiterungen (C.I.) als auch sektorale Weiterungen (C.II.) bestehender Dogmatik in den Blick nehmen. Es geht dabei nicht primär darum, inwiefern Menschen im Ausland gegenüber der Bundesrepublik Klimaschutz einfordern können, was für Deutschland weiter offen ist,[11] vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aber verneint wurde.[12] Vielmehr geht es um die Frage, ob die Bundesrepublik zum Schutz von Mensch und natürlichen Lebensgrundlagen in Deutschland den planetaren Fußabdruck der deutschen Wirtschaft – im Rahmen der völkerrechtlichen Grenzen (z.B. Welthandelsrecht und gewohnheitsrechtliche Vorgaben zur Jurisdiktionsausübung) – regulieren und reduzieren muss, um ihrem Schutzauftrag aus den Grundrechten und Art. 20a GG zu genügen.

8 Verfassungsbeschwerde BUND u.a. vom 22. Oktober 2024, abrufbar unter: https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/lebensraeume/Klageschrift-Naturschutzklage-BUND.pdf (alle Websiten zuletzt abgerufen am 5.11.2024).

9 Zu dieser Forschungslücke: *W. Köck,* Ökologische Verhältnismäßigkeit und Umweltverfassung, ZUR 2023, 643 (650); der für erste Ansätze weiterverweist auf: *T. Markus*, Unilaterales Umweltrecht als Baustein einer globalen Umweltgovernance?, in: T. Markus/M. Reese/W. Köck (Hrsg.), Zukunftsfähiges Umweltrecht III – Unilaterale Beitrage zur globalen Nachhaltigkeitsordnung, Nomos 2023; umfassender zu derartigen Pflichten im Hinblick auf den konsumbasierten CO_2-Fußabdruck Deutschlands: *J. Krüßmann,* State Obligations to Reduce Carbon Emissions: Using their 'Carbon Reduction Potential' Instead of Territorial Emissions as a Yardstick, in: I. Alogna u.a. (Hrsg.), Climate Change Litigation in Europe, Cambridge, 2024.

10 Zur Abgrenzung zwischen global und planetar: *D. Chakrabarty,* The Climate of History in a Planetary Age, Chicago, London 2021.

11 BVerfGE 157, 30–177 (Rn. 101 ff.).

12 EGMR, Duarte et al. v Portugal und 32 Andere, Individualbeschwerde Nr. 339371/20, Entscheidung vom 9. April 2024.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Der planetare Fußabdruck Deutschlands – Regulierungs- und Reduktionspotential

Auch wenn in beiden Bereichen bereits national noch vieles im Argen liegt, muss konstatiert werden, dass Deutschland weder den Klimawandel noch das globale Artensterben allein durch nationale Anstrengungen aufhalten kann. Allerdings geht das Potential Deutschlands, einen Beitrag zur Einhaltung planetarer Belastungsgrenzen zu leisten, weit über die Reduktion territoriale Treibhausgasemissionen und den Schutz der Artenvielfalt in Deutschland hinaus.

Vielfach engagiert sich Deutschland auch bereits international für mehr Klima- und Biodiversitätsschutz und unterstützt andere Staaten mit Finanzmitteln und anderen Formen technischer Kooperation. Darüberhinausgehend eröffnen die globalen wirtschaftlichen Verflechtungen der deutschen Wirtschaft zahlreiche Anknüpfungspunkte für die Reduktion und Regulierung von Verhaltensweisen, die sich negativ auf Klima und Biodiversität auswirken. Dabei kann der hohe konsumbasierte Beitrag Deutschlands zur Überschreitung dieser Belastungsgrenzen[13] als ein Anknüpfungspunkt genutzt werden, ebenso wie die erheblichen Einwirkungen auf das Erdsystem, die durch deutsche Unternehmen oder ihre Produkte im Ausland verursacht werden, um über das Territorium Deutschlands hinaus Biodiversitäts- und Klimaschutz zu betreiben.

Der planetare Fußabdruck Deutschlands im Ausland ist bisher nur fragmentarisch reguliert.[14] Überwiegend erfolgt eine Regulierung mittelbar über entsprechende Rechtsakte der Europäischen Union (EU). Diese Regulierungsansätze sind bisher nicht umfassend, können aber als erste Beispiele gesehen werden, wie der planetare Fußabdruck Deutschlands und der EU adressiert werden.

So erfassen die von der EU eingeführten unternehmerischen Nachhaltigkeitsberichtspflichten den Klimaschutz und die Biodiversität und die diese

13 Dazu: *B. Keppner u.a.,* Planetary Boundaries: Challenges for Science, Civil Society and Politics 2020, 145 und 156 ff.

14 So erfasst das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (BGBl. I 2021, 2968) nur eingeschränkt umweltrechtliche Sorgfaltspflichten, die weder explizit die Biodiversität noch den Klimaschutz miteinbeziehen, § 2 Abs. 3 LkSG, wobei allerdings § 2 Abs. 2 Nr. 9 LkSG menschenrechtsbezogene Umweltschutzpflichten erfasst, die mittelbar auch die Biodiversität schützen; zu Reformvorschlägen: *P. Gailhofer/R. Verheyen,* Klimaschutzbezogene Sorgfaltspflichten: Perspektiven der gesetzlichen Regelung in einem Lieferkettengesetz, ZUR 2021, 402.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konkretisierende delegierte Verordnung der Kommission geht sogar explizit auf das Konzept der planetaren Belastbarkeitsgrenzen ein. Danach müssen erfasste Unternehmen zum Beispiel offenlegen, inwiefern ihr Geschäftsmodell und ihre strategische Ausrichtung mit der Einhaltung planetarer Belastungsgrenzen für die Integrität der Biosphäre und Landnutzungsveränderungen kompatibel sind.[15] Diese Berichtspflichten gelten für Unternehmen der Mitgliedsstaaten und Drittlandunternehmen über bestimmten Schwellenwerten und erfassen grundsätzlich auch Umweltbelastungen im Ausland.[16]

Der EU-CO_2-Emissionshandel umfasst mittlerweile Emissionen der internationalen Schifffahrt im Ausland, soweit Aus- oder Anlaufhafen innerhalb der EU liegen.[17] Indirekt wird zudem die Produktion bestimmter Produkte (z.B. Stahl) im Ausland dem EU-Emissionshandel unterworfen, da beim Import ein entsprechendes Zertifikat erworben werden muss (sog. Carbon Border Adjustment Mechanism).[18] Die Notwendigkeit zum Erwerb von Emissionszertifikaten, um Zugang zum EU-Binnenmarkt bzw. europäischen Häfen zu bekommen, verhindert damit einerseits die Abwanderung CO_2-intensiver Industriesparten bzw. das einfache Ausflaggen der Schiffe und könnte andererseits einen Beitrag zur Reduktion der CO_2-Emissionen im Ausland leisten.

Schließlich finden sich unternehmerische Sorgfaltspflichten zum Schutz von Klima und Biodiversität entlang globaler Handelsbeziehungen in der reformierten Entwaldungsverordnung[19] und der neuen Richtlinie zu unternehmerischen Sorgfaltspflichten im Bereich Nachhaltigkeit[20]. Letztere verpflichtet Unternehmen, einen Klimaschutzplan vorzulegen, der, „sofern zweckmäßig", auch Scope-3-Emissionen erfasst.[21] Dazu zählen Treibhausgasemissionen, die „upstream" entlang der Lieferketten entstehen, sowie „downstream"-Emissionen, die durch die Nutzung (z.B. Verbrennungsmotor) oder Entsorgung eines Produkts verursacht werden. Obwohl diese

15 Richtlinie (EU) 2022/2464; Delegierte Verordnung (EU) 2023/2772 der Kommission, ESRS E 3 Nr. 1, lit. c), Nr. 15 und Anlage A, AR 1 lit. a).
16 Artikel 19a und 40a der Richtlinie 2013/34/EU.
17 Verordnung (EU) 2023/957.
18 Verordnung (EU) 2023/956.
19 Verordnung (EU) 2023/1115.
20 Richtlinie (EU) 2024/1760.
21 Artikel 22 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2024/1760.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regelung einige Schwächen aufweist,[22] zeigt sich immerhin, wie die EU und ihre Mitgliedsstaaten Rechtsinstrumente nutzen können, um einen Beitrag zur Begrünung der globalen Wirtschaft zu leisten.

C. Eine planetare Dimension des Grundgesetzes?

Gerade weil das vorhandene Regulierungs- und Reduktionspotential bzgl. des deutschen planetaren Fußabdrucks bisher nicht voll ausgeschöpft ist, soll im Folgenden zunächst untersucht werden, inwiefern verfassungsrechtlich notwendiger Klimaschutz über das deutsche Territorium hinaus erweitert werden muss (I.). Anschließend werden einige Überlegungen dazu vorgestellt, ob Ähnliches für den Schutz der Integrität der Biosphäre gilt (II.).

I. Territoriale Weiterungen: Von der internationalen zur planetaren Dimension des Grundgesetzes

Deutschland ist über Art. 2 Abs. 2, 14 Abs. 1 und Art. 20a GG zu Klimaschutz verpflichtet und die eingriffsähnliche Vorwirkung in Freiheitsgrundrechte (Art. 2 Abs. 1 GG) verlangt eine verhältnismäßige Verteilung der Reduktionslasten über die Zeit.[23] Dabei hatte das Bundesverfassungsgericht und auch die deutschsprachige Literatur bisher allerdings primär die Treibhausgasemissionen im Blick, die von deutschem Territorium ausgehen. Der Fokus auf die eingriffsähnliche Vorwirkung legt eine solche Verengung auch nahe (1.). Die vom Bundesverfassungsgericht proklamierte „internationale Dimension" des Art. 20a GG (2.) beschränkt sich auf eine wenig justiziable Pflicht zur konstruktiven Mitwirkung an internationalen Klimaverhandlungen.[24] Spätestens die Entscheidung des EGMR im Fall Klimaseniorinnen[25] sollte jedoch zum Anlass genommen werden, diese Engführung der internationalen Dimension zu überdenken (3.).

22 Für eine umfassende Analyse von Schwachstellen und möglichen Verbesserungsvorschlägen: *A. Buser*, Protecting the Climate Through EU Supply Chain Legislation? Two Critiques and a Compromise, European Law Open 2024, 1 ff.
23 BVerfGE 157, 30–177.
24 BVerfGE 157, 30 (Rn. 199).
25 EGMR NJW 2024, 1931.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Intertemporale Freiheitssicherung

Die Annahme einer eingriffsähnlichen Vorwirkung beruht letztlich darauf, dass sich der Gesetzgeber über § 1 des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) in einer verfassungsrechtlich bedeutsamen Weise zur Einhaltung der Pariser Klimaziele verpflichtet hat.[26] Zwar ergibt sich allein aus den Zielvorgaben nichts zur Verteilung des zur Erreichung dieser Zielvorgaben einzuhaltenden Treibhausgasbudgets, annäherungsweise berief sich das Bundesverfassungsgericht jedoch auf Berechnungen des Sachverständigenrats für Umweltfragen (SRU).[27] Der darin präferierte territoriale Berechnungsansatz[28] liegt auch dem Bundesklimaschutzgesetz (KSG)[29] und dem Pariser Klimaschutzabkommens zu Grunde.[30]

Die verhältnismäßige Verteilung dieses territorialen Restbudgets über die Zeit zur Verhinderung einer Art Notbremse in der Zukunft ist letztlich der Clou der Entscheidung. Eine solche Notbremse beträfe allerdings allein in Deutschland lebende Menschen. Entsprechend war auch die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführenden aus Bangladesch und Nepal nicht begründet.[31] Danach erfasst die eingriffsähnliche Vorwirkung nicht die Treibhausgasemissionen, die entlang deutscher Lieferketten und Handelsbeziehungen oder durch die Benutzung von in Deutschland produzierten Produkten im Ausland emittiert werden. Der deutsche Staat könnte also zum Beispiel den Abbau von Kohle in Deutschland weiter zulassen, wenn die Verbrennung derselben im Ausland geschieht. Ebenso wäre es dauerhaft weiter möglich, Produkte in deren Herstellungsprozess enorme Mengen an Treibhausgasen emittiert werden, nach Deutschland zu importieren, wenn

---

26 BVerfGE 157, 30 (Rn. 120 und 208 ff.); näher: *C. Möllers/N. Weinberg,* Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2021, 1069 (1075).

27 BVerfGE 157, 30 (Rn. 216 ff.).

28 SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten 2020, S. 51 (Rn. 30) verfügbar unter: www.umweltrat.de.

29 Zwar spricht das KSG (BGBl. I 2019 S. 2513) überwiegend nur von „Treibhausgasemissionen" und „nationalen Klimaschutzzielen" ohne explizit einen territorialen Ansatz zu Grunde zu legen, den in Anlage 2 geregelten Jahresemissionsgesamtmengen liegt allerdings das „Territorialitätsprinzip" zu Grunde; dazu: Expertenrat für Klimafragen, Technisches Begleitdokument zum Prüfbericht zur Berechnung der deutschen Treibhausgasemissionen für das Jahr 2023, S. 7.

30 Vgl. Art. 6 Abs. 2 und 5 und 13 Abs. 6 a) des Pariser Klimaabkommens, BGBl. II 2016 S. 1082 (der sich auf Richtlinien des IPCC zu National Greenhouse Gas Inventories bezieht, die wiederrum einen territorialen Ansatz verfolgen).

31 BVerfGE 157, 30 (Rn. 182 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Nutzung derselben in Deutschland treibhausgasneutral ist, weil die Produkte z.B. verbaut werden.

2. Internationale Dimension des Klimaverfassungsrechts

Über diese territoriale Perspektive hinaus betonte das Bundesverfassungsgericht durchaus auch eine „internationale Dimension" des aus Art. 20a GG abgeleiteten Klimaschutzgebots. Mehrmals hob das Bundesverfassungsgericht hervor, dass wirksamer Klimaschutz ein Zusammenwirken aller Staaten erfordere und daher vom deutschen Staat auch internationale Anstrengungen verlangt werden können.[32] Konkret verpflichte diese internationale Dimension die Bundesregierung „im Rahmen internationaler Abstimmung (zum Beispiel durch Verhandlungen, in Verträgen oder in Organisationen) auf Klimaschutz hinzuwirken."[33]

Allerdings wird gar nicht erst der Versuch unternommen, die Einhaltung dieser schwer justiziablen Einwirkungspflicht[34] auf andere Staaten gerichtlich zu überprüfen. Stattdessen gibt sich das Bundesverfassungsgericht letztlich damit zufrieden, dass Deutschland Vertragspartei aller wesentlichen Klimaschutzabkommen ist. Auf die Frage, wie Deutschland darauf reagieren kann und muss, dass die internationalen Klimaschutzbemühungen bisher bei Weitem nicht ausreichen, um die anvisierten Ziele zu erreichen, geht das Gericht nicht ein. Insofern ist der Klimabeschluss von der vertrauensseligen Annahme geprägt, wenn Deutschland seinen Beitrag leiste,[35] würden das auch alle anderen Staaten tun. Der erste Global Stocktake der Vertragsstaaten des Pariser Klimaabkommens im Jahr 2024 zeigte jedoch erneut, dass dies nicht der Fall ist.[36]

32 BVerfGE 157, 30 (Rn. 144, 199).

33 BVerfGE 157, 30 (Rn. 201).

34 *A. Buser,* Grundrecht auf Klimaschutz (Fn. 6), 396; ähnlich auch: *S. Krohn,* Die internationale Dimension der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, ZUR 2021, 603 (605) („Thematisierungs- und Informationsauftrag" und „Koordinations- und Kooperationsauftrag").

35 Zur Kritik an der konkreten Bestimmung des deutschen Beitrags: *A. Buser,* Of Carbon Budgets, Factual Uncertainties, and Intergenerational Equity – The German Constitutional Court's Climate Decision, German Law Journal 2021, 1409.

36 Entscheidung der Konferenz der Vertragsstaaten, Outcome of the First Global Stocktake, 1/CMA.5, 15. März 2024.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Zur planetaren Dimension des Klimaverfassungsrechts

Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Regulierung externer Treibhausgasemissionen wurde im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nicht diskutiert.[37] Auch in anderen zentralen gerichtlichen Entscheidungen, etwa dem *Urgenda*-Urteil des Hoge Raad der Niederlande,[38] finden sich keine Ausführungen hierzu. Lediglich in einem norwegischen Fall ging es auch um die Frage, ob die norwegische Regierung im Hinblick auf umweltverfassungsrechtliche Bestimmungen und Grundrechte die neue Erschließung von Erdölvorkommen zulassen darf, wenn das geförderte Erdöl ins Ausland exportiert wird und erst die dortige Verbrennung zum Klimawandel beiträgt. Der norwegische oberste Gerichtshof bejahte dies und verwies dabei auf die Komplexität der wirtschaftlichen Zusammenhänge und den erheblichen Bewertungs- und Gestaltungsspielraum der Regierung.[39]

Dagegen äußerte sich der EGMR durchaus wohlwollend dazu, ob Staaten aus menschenrechtlicher Sicht dazu verpflichtet sind, auch „externe Emissionen" legislativ zu erfassen und zu reduzieren.[40] So bezeichnete der EGMR es als „difficult, if not impossible" die Verantwortlichkeit der Schweiz für den Klimawandel zu erfassen, ohne Emissionen zu berücksichtigen, die durch den Import von Gütern entstehen.[41] Der „extraterritoriale Aspekt" derartiger Emissionen führe auch nicht zum Entfallen der Jurisdiktion nach Artikel 1 EMRK.[42] Die Feststellung, die Beschwerdeführenden als Einwohner der Schweiz unterlägen der territorialen Jurisdiktion, genügte dem EGMR für die Bejahung der Zulässigkeit, während im Hinblick auf die Entscheidung über die staatliche Verantwortlichkeit für externe Emissionen auf die Begründetheit verwiesen wurde.[43]

Leider ist dies die letzte Stelle, an der auf externe Emissionen Bezug genommen wird. Teilweise dürfte das auch an der Argumentation der

37 Dazu: *J. Krüßmann*, Das Bundesverfassungsgericht betrachtet die falschen CO_2-Emissionen, 11. November 2021, abrufbar unter: https://www.juwiss.de/100-2021/.

38 Hoge Raad, Urt. v. 20.12.2019, Az. 19/00135.

39 Oberster Gerichtshof Norwegens, Greenpeace Nordic Association v Ministry of Petroleum and Energy (2020) Case no 20–051052SIV-HRET, Rn. 234; kritisch dazu: *S. Roy/A. Gociu,* People v Arctic Oil: Context, Judgment and Takeaways for Future Climate Litigation, in: S. E. Weishaar/K. J. de Graaf (Hrsg.), The Future of Environmental Law, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2023, at 229.

40 EGMR NJW 2024, 1931 (Rn. 275 ff.).

41 EGMR NJW 2024, 1931 (Rn. 280).

42 EGMR NJW 2024, 1931 (Rn. 280).

43 EGMR NJW 2024, 1931 (Rn. 287).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beschwerdeführenden gelegen haben, die sich weit überwiegend auf territoriale Emissionen bezog und in allen vorgelegten Berechnungen des Schweizer Treibhausgasbudgets allein auf territoriale Emissionen rekurrierte.[44] Auch für die intervenierenden Drittpartei-Staaten, die allesamt für richterliche Zurückhaltung plädierten, spielte die Frage nach indirekten Emissionen (embedded emissions) anscheinend keine übergeordnete Rolle. Immerhin mahnten die Regierungen Irlands, Italiens, Litauens und Norwegens an, dass die Jurisdiktion des EGMR sich auf das nationale Territorium beschränken müsse.[45] Unklar blieb dabei, ob sich diese Argumentation auf externe Emissionen bezog oder auf die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK im Verfahren *Duarte*, in welchem die Beschwerdeführenden mehr Klimaschutz von ihrem Heimatstaat Portugal, aber auch von 32 weiteren Staaten einforderten. Unter den Drittpartei-Interventionen der Nicht-Regierungsorganisationen (NGOs) adressierte allein die gemeinsame Stellungnahme von Germanwatch, Greenpeace Germany und Scientists for Future „external emissions" und sprach sich für staatliche Verantwortlichkeit aus.[46]

Dafür gibt es sowohl auf Ebene der Menschenrechte als auch auf der des deutschen Verfassungsrechts gute Gründe. Treibhausgase tragen zum Klimawandel und seinen Folgen für Grund- und Menschenrechte bei, unabhängig davon auf welchem Territorium sie emittiert werden. Im Rahmen positiver Handlungspflichten (grundrechtliche Schutzpflichten und Art. 20a GG) geht es nicht um die Zurechnung privaten Verhaltens zum Staat, sondern um die Frage, welche Möglichkeiten der deutsche Staat besitzt, um wirksamen Grundrechts- und Klimaschutz zu betreiben.[47] Diese Möglichkeiten sind weder faktisch noch rechtlich auf das deutsche Territorium beschränkt.

Für die Einbeziehung externer Emissionen sprechen sich implizit auch mehrere UN-Menschenrechtskommissionen aus, deren Ansichten zwar nicht verbindlich sind, denen in der Praxis aber ein hoher Stellenwert zuerkannt wird. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes ist etwa der Ansicht, Staaten müssten private Unternehmen dazu verpflichten auch entlang ihrer Lieferketten und globaler Operationen menschenrechtlich

44 EGMR NJW 2024, 1931 (Rn. 326).
45 EGMR NJW 2024, 1931 (Rn. 367–370).
46 EGMR NJW 2024, 1931 (Rn. 409).
47 *Buser*, Grundrecht auf Klimaschutz (Fn. 6), 1393; siehe auch: *Krüßmann*, Carbon Reduction Potential (Fn. 9).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

relevante Beiträge zum Klimawandel zu identifizieren, zu verhindern oder jedenfalls zu reduzieren.[48]

Eine derartige Pflicht gilt nicht unbeschränkt und sollte nicht im Sinne einer Globalverantwortung missverstanden werden. Bereits nach völkerrechtlichen Grundsätzen verlangt die rechtmäßige Ausübung legislativer Jurisdiktion ein Nexus-Element. Die gewohnheitsrechtlichen Regelungen zur Jurisdiktionsausübung bieten mit dem Personalitätsprinzip (z.B. Regulierung inländischer Unternehmen), dem Territorialitätsprinzip (z.B. Regulierung des Marktzugangs) und ergänzend der sog. Effects-Doktrin allerdings genügend Anknüpfungspunkte für eine Regulierung des eigenen Treibhausgasfußabdrucks.[49]

Der territoriale Ansatz des internationalen Klimaschutzrechts steht einer derartigen Regulierung nicht entgegen, da den entsprechenden Abkommen kein Verbot der Erfassung externer Treibhausgasemissionen entnommen werden kann. Der Grundsatz der common but differentiated responsibility erfordert jedoch, dass Staaten mit geringem historischem Beitrag zum Klimawandel und begrenzten finanziellen sowie technischen Mitteln nicht überfordert werden.[50] Insofern sollte auch die europäische und deutsche Regulierung von THG-Emissionen im Ausland einen differenzierten Ansatz verfolgen, etwa indem die Umsetzung derartiger Pflichten durch kleinere Unternehmen in ärmeren Staaten finanziell unterstützt wird, dortige Unternehmen längere Übergangsfristen zur Umstellung bekommen oder geringere Preise für CBAM Zertifikate zahlen müssen.[51] Bisher sehen Instrumente wie der EU-CBAM oder die EU-CSDDD keine solchen Differenzierungsmöglichkeiten vor.

Im Übrigen kommt dem Gesetzgeber bei der regulatorischen Erfassung des externen Treibhausgasfußabdrucks ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.[52] Aufgrund der Schwere der drohenden Gefahren ist – mit dem

48 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, General Comment Nr. 26 (2023) On Children's Rights and the Environment, With a Special Focus on Climate Change, CRC/C/GC/26, Rn. 107–108.

49 Umfassend: *N. Dobson,* Extraterritoriality and Climate Change Jurisdiction, Oxford 2018.

50 Artikel 2 Abs. 2 und 4 Abs. 3 Pariser Abkommen.

51 Dazu: *J. Scott/L. Rajamani,* EU Climate Change Unilateralism, European Journal of International Law 2012, 469.

52 Im Hinblick auf Art. 20a GG: *Krohn*, Internationale Dimension (Fn. 34), 610; dies ist nicht zu verwechseln mit einer eingeschränkten Anwendbarkeit grundrechtlicher Schutzpflichten, wie sie teilweise in der Literatur befürwortet wird, so etwa: *M. Wein-*

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EGMR[53] – allerdings von einem eingeschränkteren Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinsichtlich des Ambitionsniveaus auszugehen, als das Bundesverfassungsgericht annimmt.[54] Insofern muss sich auch das Ambitionsniveau im Hinblick auf die Reduktion externer Treibhausgasemissionen am 1.5°C-Ziel orientieren und dies erscheint auch völkerrechtlich legitim, da das Pariser Abkommen von fast allen Staaten ratifiziert wurde.[55] Im Hinblick auf die Instrumentenwahl wirft die effektive Regulierung globaler Wirtschaftsprozesse allerdings noch komplexere Fragen auf als die Regulierung der nationalen Treibhausgasreduktion und berührt zudem den außenpolitischen Bereich, indem traditionell der Kontrollmaßstab zurückgenommen wird.[56]

II. Sektorale Weiterungen: Der Schutz der Biosphäre

In der Folge des Klimabeschlusses wurde vielfach die Frage aufgeworfen, ob sich die Figur der intertemporalen Freiheitssicherung auf andere planetare Grenzen und insbesondere die Biodiversität übertragen lässt. Wie im Folgenden gezeigt werden soll, würde die Übertragbarkeit jedoch auch hier nicht zur Erfassung externer Einwirkungen auf die Biodiversität führen (1.). Allerdings lassen sich die Ausführungen zur internationalen und planetaren Dimension des Klimaschutzes teilweise auf den Schutz der Biodiversität im Ausland – wo sich alle sog. Biodiversitätshotspots befinden – übertragen (2. und 3.).

---

rich, Die grundrechtlichen Umweltschutzpflichten des Staates, Berlin 2022, S. 108 m.w.N.

53 EGMR NJW 2024, 1931 (Rn. 503).

54 *Buser*, Grundrecht auf Klimaschutz (Fn. 6), 1394; *ders.*, Carbon Budget (Fn. 35), 1419 f.

55 Siehe zur übergeordneten Bedeutung des 1.5°C Ziels auch jüngst das Gutachten des Seegerichtshofs: *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law* ITLOS (2024), Rn. 143.

56 Zur Kontrolldichte: BVerfGE 4, 157 = NJW 1955, 865 (Rn. 49 und 52); BVerwGE 170, 345; Oberster Gerichtshof Norwegens, Greenpeace Nordic Association (Fn. 39) Rn. 234; Zur Komplexität: *M. G. Bastos Lima/A. Schilling-Vacaflor,* Supply Chain Divergence Challenges a "Brussels Effect" from Europe's Human Rights and Environmental Due Diligence Laws, Global Policy 2024.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

1. Intertemporale Freiheitssicherung durch Biodiversitätsschutz?

Als natürliche Lebensgrundlage im Sinne des Art. 20a GG lässt sich ohne große Probleme auch die Biodiversität erfassen, da diese – unabhängig vom weiterhin schwelenden Grundkonflikt zwischen Ökozentrismus und Anthropozentrismus – über Ökosystemleistungen zentrale Voraussetzung für menschliches und anderes Leben auf der Erde ist.[57] Da sich aus Art. 20a GG auch für den Biodiversitätsschutz zunächst kein konkreter Schwellenwert ableiten lässt, wäre für die Anwendbarkeit der Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung eine einfachgesetzliche, verfassungsrechtlich bedeutsame Konkretisierung erforderlich. Dies umso mehr, als die Bestimmung globaler Kipppunkte für den Verlust von Biodiversität bisher weitgehend spekulativ bleibt.[58] Eine Art Biodiversitätsbudget wäre für die Anwendbarkeit der eingriffsähnlichen Vorwirkung hilfreich, ist aber nicht zwingend notwendig.[59] So könnte auch ein positiv formuliertes, zeitgebundenes Ziel ausreichen (z.B. Ausweisung von 50 % des Bundesgebietes als Naturschutzgebiet i.S.v. § 23 BNatSchG bis 2050), wenn dessen Verschleppung „nicht bloß faktisch, sondern auch rechtlich vorwirkend" zu einem späteren Zeitpunkt deutlich gravierendere Beschränkungen von Freiheitsrechten notwendig macht.[60]

Es reicht dabei zunächst nicht aus, dass die Bundesrepublik Partei der Biodiversitätskonvention (Convention on Biodiversity – CBD) ist, die das Ziel verfolgt, die Biodiversität zu *erhalten* (engl. conservation), was teilweise als Verschlechterungsverbot im Hinblick auf das Jahr des Inkrafttretens

57 Vgl. nur: *C. Calliess*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 102. EL 2023, Art. 20a GG, Rn. 32 f..

58 *IPBES,* Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services 2019, S. 695; *B. W. Brook u.a.,* Does the Terrestrial Biosphere Have Planetary Tipping Points?, Trends in ecology & evolution 2013, 396; *H. Hillebrand u.a.,* Thresholds and tipping points are tempting but not necessarily suitable concepts to address anthropogenic biodiversity change—an intervention, Marine Biodiversity 2023; siehe dagegen zu Ansätzen Kipppunkte für einzelne Ökosysteme wie den Amazonas Regenwald näher zu bestimmen: *B. M. Flores u.a.*, Critical transitions in the Amazon forest system, Nature 2024, 555.

59 Vgl. *T. M. Spranger,* Intertemporaler Biodiversitätsschutz?, EurUP 2023, 274, 277, 278.

60 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. Januar 2022 - 1 BvR 1565/21 -, Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(1993) der Konvention gelesen wird.[61] Die einfachgesetzliche Konkretisierung muss über das bloße Zustimmungsgesetz zu einem umweltvölkerrechtlichen Vertrag hinausgehen.[62]

Näher kämen wir einer Übertragbarkeit der Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung, wenn das Schutzziel in § 1 BNatSchG als verfassungsrechtlich bedeutsame Konkretisierung des Biodiversitätsschutzauftrags aus Art. 20a GG gelesen werden könnte. Voraussetzung für eine solche Selbstbindung wäre, dass es sich um eine „wesentliche" Grundentscheidung der Umweltschutzgesetzgebung handelt, die bewusst als solche getroffen wurde und deren Dringlichkeit wissenschaftlich begründet ist.[63] Die in § 1 BNatSchG geregelten Ziele gehen teilweise, wie § 1 KSG, auf völkerrechtliche Abkommen und europäische Rechtsakte zurück und genießen eine übergeordnete Bedeutung für das Naturschutzrecht. Die darin getroffene Entscheidung, „die biologische Vielfalt" dauerhaft zu sichern („auf Dauer gesichert"), wurde bewusst getroffen, ist in ihrer Dringlichkeit wissenschaftlich begründet (z.B. Warnung vor einem sechsten Massensterben und der weiterhin abnehmenden Biodiversität in Deutschland) und befindet sich im Einklang mit den in der CBD formulierten Biodiversitätszielen. Insofern lässt sich das in § 1 BNatSchG genannte Ziel der dauerhaften Sicherung der biologischen Vielfalt, durchaus als verfassungsrechtlich bedeutsam einstufen.

Nun enthält § 1 BNatSchG auf den ersten Blick keine quantitativen Zielvorgaben. Das quantitativen Ziele des § 20 Abs. 1 BNatSchG, 10 % der Fläche jedes Bundeslandes einem Biotopverbund zu unterstellen, erscheint eher weich formuliert („umfassen soll") und ist als wenig ambitioniert anzusehen. Allerdings kann aus der Formulierung in § 1 BNatSchG, die biologische Vielfalt sei für künftige Generationen dauerhaft zu sichern, darauf geschlossen werden, dass nicht irgendein Level an Biodiversität zu erhalten ist, sondern die Vielzahl der Arten, die genetischen Besonderheiten innerhalb der Arten und die Vielfalt der Lebensgemeinschaften in ihrer jetzigen Form. Eine solche dauerhafte Sicherungspflicht birgt gewisse Überschneidungen mit einem in der Literatur bereits aus Artikel 20a GG abgeleiteten

61 *F. Ekardt u.a.,* Legally Binding and Ambitious Biodiversity Protection Under the CBD, the Global Biodiversity Framework, and Human Rights Law, Environmental Sciences Europe 2023, 5; Verfassungsbeschwerde BUND (Fn. 8), 40–43.

62 BVerfGE 157, 30 (Rn. 210).

63 *Möllers/Weinberg* (Fn. 26), 1075.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesamtverschlechterungsverbot,[64] konkretisiert dieses jedoch für die Biodiversität und könnte auch im Sinne eines Verbesserungsgebots gelesen werden, etwa wenn zur Erhaltung bestimmter Arten eine Ausweitung der Schutzgebiete erforderlich erscheint.[65] Sieht man diese Erhaltungspflicht als verfassungsrechtlich relevante Konkretisierung des objektiven Staatsziels Umweltschutz, steht dies auch im Einklang mit der vom Konzept der planetaren Belastungsgrenzen befürworteten Reduktion der Aussterberate auf ein Level, bei dem etwa gleich viele Arten aussterben, wie neu entstehen.

Die teilweise in der Literatur befürwortete Einbeziehung, der jüngst von den Vertragsstaaten der CBD angenommenen (teilweise quantitativen) Implementierungsziele des Kunming-Montreal Global Biodiversity Frameworks (GBF),[66] oder der auf Unionsebene bestehenden Zielvorgaben,[67] wäre dann nicht unbedingt notwendig. Sie könnten aber zur weiteren Konkretisierung dessen herangezogen werden, was zur Erhaltung der Biodiversität notwendig erscheint. Dies wirft jedoch komplexe Fragen zur rechtlichen Bedeutung dieser globalen Zielvorgaben und methodische Schwierigkeiten bzgl. der Übersetzung dieser globalen Ziele in Zielvorgaben für einen einzelnen Staat auf.[68]

Selbst wenn sich eine entsprechende Methode entwerfen ließe, bleibt im Hinblick auf die hier aufgeworfene Frage wiederum das Problem, dass sich sowohl die Vorgaben der CBD als auch der Anwendungsbereich des deutschen Bundesnaturschutzgesetzes primär auf das deutsche Territorium beschränken. Insofern gilt wie oben zum Klimaschutz, dass ein Aufschie-

64 Zu einem solchen Gesamtverschlechterungsverbot (mit dem Jahr 1994 als Ausgangslage): *C. Calliess*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 57), Art. 20a GG Rn. 128; *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20a Rn. 44.

65 Vgl. § 1 Abs. 1 Hs. 2 BNatSchG („der Schutz umfasst auch die Pflege, die Entwicklung und, soweit erforderlich, die Wiederherstellung von Natur und Landschaft.").

66 *E. V. Henn u.a.,* Perspektiven eines politikplanenden Biodiversitätsschutzgesetzes: Rechtsrahmen, Ausgestaltung und Forschungsbedarf, NuR 2024, 234, 237; skeptisch zu einer vermeintlichen Reduzierung des Ambitionsniveaus der CBD durch das GBF (allerdings unter der zweifelhaften Prämisse, die Ziele der CBD würden selbst für einzelne Staaten ein Verschlechterungsverbot beinhalten): *F. Ekardt u.a.*, Global Biodiversity Framework (Fn. 61), 19; zur Konkretisierungswirkung des GBF auf menschenrechtlicher Ebene deswegen weiterhin: *A. Buser,* From Doughnut Economics to Doughnut Jurisprudence: A Human Rights Perspective, Human Rights Law Review 2024, 14 f.

67 So auch: *C. Calliess*, Abstand halten revisited (Fn. 6), 67.

68 *X. Shen u.a.*, Countries' differentiated responsibilities to fulfill area-based conservation targets of the Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, One Earth 2023, 548 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ben der Einleitung notwendiger Transformationsbemühungen zum Erhalt der Biodiversität in Deutschland, zwar möglicherweise dazu führt, dass später deutlich grundrechtsintensivere Maßnahmen ergriffen werden müssen, diese Maßnahmen aber nicht notwendigerweise den externen planetaren Fußabdruck Deutschlands betreffen.

2. Planetare Dimension des Biodiversitätsschutzes

Hauptursache des Klimawandels sind CO_2-Emissionen, die unabhängig vom Ort ihres Ausstoßes zur globalen Erwärmung beitragen. Das Problem des Artensterbens ist teilweise anders gelagert und komplexer. Hauptursachen für den globalen Verlust an Biodiversität sind Klimawandel, Landnutzungsänderungen, die Ausbreitung invasiver Arten und die Übernutzung von Lebensräumen. Diese Ursachen haben über globale Liefer- und Handelsketten durchaus eine globale Dimension, etwa wenn der Import des für die Massentierhaltung in Deutschland benötigten Sojakraftfutters zur Abholzung des Amazonasregenwaldes und der damit verbundenen Bedrohung für die Artenvielfalt beiträgt. Die Auswirkungen des Biodiversitätsverlustes auf den Menschen sind jedoch häufig stark territorial und regional.[69] Führt beispielsweise der Import von Palmöl aus Indonesien nachweislich zu einem höheren Risiko des Verlusts an Biodiversität vor Ort, führt das noch nicht notwendigerweise zu spürbaren Auswirkungen auf Mensch und Natur in Deutschland. Dagegen können Landnutzungsänderungen (z.B. Entwaldung) oder Übernutzung zugleich Auswirkungen auf die Biodiversität haben und zu menschenrechtsrelevanten Beeinträchtigungen der lokalen Bevölkerung führen. So kann Entwaldung den Verlust des natürlichen Schutzes vor Hochwasser und Schlammlawinen nach sich ziehen und das Sterben von Bestäubern kann zu Ernteeinbußen führen und sich auf sozio-ökonomische Rechte der Menschen in den betroffenen Regionen auswirken.[70]

Die Erfassung derartiger Auswirkungen durch Art. 20a GG und/oder Grundrechte erscheint deswegen einen Rückgriff auf die kontroverse Figur

69 Vgl. *Knox*, Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights and the Environment: Framework Principles on Human Rights and the Environment (2017) A/HRC/34/49, Rn. 6–8.

70 Für eine Bezifferung derartiger Auswirkungen: *M. A. Aizen u.a.,* How Much Does Agriculture Depend on Pollinators? Lessons from Long-Term Trends in Crop Production, Annals of Botany 209, 1579.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

extraterritorialer Handlungs- und Schutzpflichten notwendig zu machen. Extraterritoriale Schutzpflichten gegenüber den Beschwerdeführenden aus Bangladesch und Nepal hat das Bundesverfassungsgericht im Klimabeschluss angesprochen, deren Bestehen aber letztlich offengelassen.[71] Zwar werden die Ausführungen im Klimabeschluss zur internationalen Dimension des Art. 20a GG teilweise als extraterritoriale Pflicht zum Schutz eines „globalen Umweltguts" gelesen,[72] da die Folgen des Klimawandels aber auch die „natürlichen Lebensgrundlagen" in Deutschland beeinträchtigen, ist eine solche Interpretation nicht zwingend.[73]

Unabhängig vom Bestehen und dem konkreten Inhalt derartiger extraterritorialer Schutzpflichten[74] lässt sich eine planetare Schutzdimension aber auch anders herleiten. Jedenfalls wenn Umweltbeeinträchtigungen im Ausland, die vom deutschen Staat völkerrechtskonform beeinflusst werden können, Rückwirkungen auf den Grundrechtsschutz oder den Schutz der „natürlichen Lebensgrundlagen" in Deutschland haben oder derartige Rückwirkungen absehbar drohen, werden verfassungsrechtliche Handlungspflichten aktiviert.[75] Auch für den Biodiversitätsverlust im Ausland gibt es durchaus faktische Rückwirkungen auf Menschen und deren „natürliche Lebensgrundlagen" im Inland, die zur Aktivierung grundrechtlicher Schutzpflichten und des Umweltschutzgebots aus Art. 20a GG herangezogen werden können. Vielfach kommt den für die Erhaltung der Biodiversität besonders relevanten Lebensräumen auch eine hohe Bedeutung für den Klimaschutz zu. Nach Angaben des IPCC überlappen sich Gebiete mit großen CO_2-Speichern zu 38 % mit denen einer intakten Biodiversität.[76] So mag die Artenvielfalt in tropischen Regenwäldern für Deutschland zunächst nur von ideellem Interesse sein, über die CO_2-Spei-

71 BVerfGE 157, 30 (Rn. 173 ff.).

72 *T. Markus*, Das Ende der Allmende-Tragik: Verfassungsrechtliche Gebote zum extraterritorialen Klima- und Umweltschutz, ZUR 2021, 595 (596, 598).

73 Vgl. S. *Krohn*, Internationale Dimension (Fn. 34), 606 f.

74 Befürwortend etwa: *A. Epiney*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle, Grundgesetz-Kommentar, 8. Aufl. 2024, Art. 20a Rn. 66; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 20a Rn. 3; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK, Grundgesetz, 58. Edition, Stand: 15.06.2024, Art. 20a Rn. 13 und 38.

75 Vgl. *Krohn*, Internationale Dimension (Fn. 34), 609 f.; für grundrechtliche Umweltschutzpflichten: *M. Weinrich*, Umweltschutzpflichten (Fn. 52), S. 106 ff.; zu dieser Konstellation auch: *D. Murswiek*, in: M. Sachs, GG-Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 31a.

76 *Parmesan et al.,* Terrestrial and Freshwater Ecosystems and Their Services, in: Pörtner u.a. (Hrsg.), Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cherkapazität bekommt der Regenwald aber auch eine Bedeutung für den Grundrechtsschutz und den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen in Deutschland.[77] Die unionsrechtliche Regulierung entwaldungsfreier Lieferketten trägt damit auch zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Grundrechte der in Deutschland lebenden Menschen bei.

Zudem gibt es weitere grenzüberschreitende Risiken, die im Hinblick auf eine planetare Dimension des Grundgesetzes relevant sind. So etwa das durch den Biodiversitätsverlust gesteigerte Risiko von Pandemien oder die durch den globalen Verlust an Bestäubern gefährdete Ernährungssicherheit. Schließlich könnten Beeinträchtigungen der Integrität der Biosphäre das Erdsystem so verändern, dass die Bewohnbarkeit der Erde durch Menschen insgesamt beeinträchtigt wird (z.B. abnehmende Sauerstoffproduktion). Dabei dürfte es sich noch um ein apokalyptisches Szenario handeln, aber eines, das zumindest verfassungsrechtliche Beobachtungs- und Vorsorgepflichten auslöst. Die Verbesserung der Datenlage, etwa durch unternehmerische Offenlegungspflichten im Hinblick auf ihre biodiversitätsrelevanten Tätigkeiten im Ausland, ist hierfür ein erster Schritt.

Ein weiterer Schritt könnte die Schaffung eines Maßstabsgesetzes für die Biodiversität sein,[78] welches auch den planetaren Fußabdruck Deutschlands erfasst. Dies wirft komplexe Fragen hinsichtlich der methodischen Erfassung eines solchen Fußabdrucks auf, insbesondere weil viele der international vereinbarten Zielvorgaben sich kaum sinnvoll auf einzelne Staaten oder Unternehmen herunterskalieren lassen. Für die Erfassung der Auswirkungen wirtschaftlicher Tätigkeiten auf die Biodiversität gibt es allerdings bereits vielversprechende methodische Ansätze in der naturwissenschaftlichen Literatur, die der Gesetzgeber aufgreifen könnte.[79]

D. Schlussbemerkungen

Dieser knappe Beitrag konnte die planetare Dimension des Grundgesetzes nur überblicksartig erfassen. Es sollte deutlich geworden sein, dass die

Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2022, S. 302.

77 Vgl. für Art. 20a GG auch: *Krohn*, Internationale Dimension (Fn. 34), 608.

78 Im Hinblick auf das deutsche Territorium bereits: *E. Henn u.a.,* Biodiversitätsschutzgesetz (Fn. 66); *C. Calliess*, Abstand halten revisited (Fn. 6), 67.

79 Siehe z.B.: *B. Crona u.a.,* Going Beyond Carbon: An "Earth System Impact" Score to Better Capture Corporate and Investment Impacts on the Earth System, Journal of Cleaner Production 2023, 139523.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Übertragung der Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung auf andere planetare Belastungsgrenzen mit einigen Unsicherheiten behaftet ist und diese jedenfalls nicht den planetaren Fußabdrucks Deutschlands im Ausland erfasst. Dagegen lässt sich eine Pflicht zur Erfassung dieses Fußabdrucks jedenfalls für den Klimaschutz in Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG und 14 GG verankern. Auf der Grundlage der Wesentlichkeitstheorie sollte dieser Fußabdruck durch erweiterte Zielvorgaben des KSG oder in einem separaten Gesetz erfasst werden.

Da Ökosysteme mit einem hohen Maß an Biodiversität häufig auch eine hohe CO_2-Speicherkapazität aufweisen, lässt sich über verfassungsrechtliche Klimaschutzpflichten mittelbar auch eine Pflicht zur Reduktion des externen Biodiversitätsfußabdrucks begründen. Entsprechend müssen zum Beispiel auch grenzüberschreitende Auswirkungen in den Bereichen Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft (sog. LULUCF) regulativ erfasst werden. Zudem gilt es von Verfassungs wegen, weitere grenzüberschreitende Risiken, die mit dem globalen Biodiversitätsverlust einhergehen, näher zu beobachten und besser zu erfassen, etwa das gesteigerte Risiko von Zoonosen durch Habitatverlust oder Risiken für die Ernährungssicherheit in Deutschland, die sich aus dem globalen Verlust an Bestäubern ergeben können.

Wie der planetare Fußabdruck Deutschlands allerdings konkret reduziert wird, bleibt der Regierung und dem Gesetzgeber überlassen und wird eine enge Abstimmung innerhalb der EU verlangen. So bietet es sich etwa an, bestehende Rechtsinstrumente zu erweitern und das Interesse ausländischer Unternehmen am Zugang zum Binnenmarkt als Hebel für eine nachhaltige Transformation der Weltwirtschaft zu nutzen.[80] Da die EU allerdings kaum allein eine solche Transformation herbeiführen kann, bleiben letztlich auch multilaterale Verhandlungen und die Stärkung bestehender völkerrechtlicher Abkommen zentral. Ebenso bleibt es Deutschland und der EU weiter unbenommen, im Einklang mit den Forderungen vieler Entwicklungsländer die technische und finanzielle Unterstützung für eine globale Nachhaltigkeitstransformation auszubauen.

80 Dazu etwa: *A. Bradford,* The Brussels Effect, Oxford 2020; zu Grenzen eines solchen Effektes in Bezug auf bestehende Rechtsinstrumente bei gleichzeitiger Befürwortung deren Effektivierung: *M. G. Bastos Lima/A. Schilling-Vacaflor*, Supply Chain Divergence (Fn. 56).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schließlich bleibt auch die Forderung nach einer expliziten Aufnahme planetarer ökologischer Belastungsgrenzen in Art. 20a GG,[81] ebenso wie die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigte mögliche verfassungsrechtlich bedeutsame Konkretisierung durch einfaches Gesetz, weiter von Bedeutung. Die aufgezeigten Schwierigkeiten und Unklarheiten in der Auslegung des Grundgesetzes, insbesondere im Hinblick auf die Erfassung der Biodiversität, könnten so effektiv beseitigt werden. Eine derartige Änderung des Grundgesetzes oder ein dieses konkretisierendes einfaches Gesetz sollte das gesamte Reduktions- und Regulierungspotential Deutschlands erfassen.[82] Werden entsprechende Vorgaben mit klaren zeitgebundenen Zielen verknüpft, kann so Rechtsklarheit und Vorhersehbarkeit für deutsche wie ausländische Wirtschaftsteilnehmende und Konsument:innen geschaffen werden.

81 *A. Buser,* Von der Nachhaltigkeit zur Resilienz und einem planetaren Grundgesetz, VerfBlog, 2023/6/20, https://verfassungsblog.de/von-der-nachhaltigkeit-zur-resilienz-und-einem-planetaren-grundgesetz/.

82 Vgl. zu einem ähnlichen Vorschlag für die Schweiz, der Eingang in eine Volksinitiative gefunden hat: https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis515.html. Die dort gewählte Formulierung zur Erfassung des Konsum-basierten Fußabdrucks, würde das Reduktions- und Regulierungspotential jedoch nur teilweise erfassen (dazu oben).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Noch immer wirtschaftspolitisch neutral?

Die Wirtschaftsverfassung des „ökologisch scharfgestellten" Grundgesetzes

Hans Flemming Maltzahn

Abstract: *Mit dem stetigen Bedeutungszuwachs der Ziele des Umwelt- und Klimaschutzes erscheint die wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes zunehmend in Frage gestellt. Auf Grundlage einer Vergewisserung des bisherigen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Diskurses untersucht der Beitrag, ob Art. 20a GG, intertemporale Freiheitssicherung und das Primärrecht eine Neuausrichtung des wirtschaftspolitischen Verfassungsverständnisses verlangen. Der Beitrag analysiert zudem Vorschläge zur weitergehenden Ökologisierung de constitutione ferenda auf ihre wirtschaftspolitischen Konsequenzen und blickt auf die Vorteile der (weiterhin) offenen Wirtschaftsverfassung.*

I. Einführung

Schon vor mehr als 30 Jahren wusste ein erfolgreicher US-Amerikanischer Wahlkampfmanager: „It's the economy, stupid!". Zum Ausdruck gebracht ist damit zwar nur die Binsenweisheit, dass die Gesellschaft maßgeblich durch die Wirtschaft geprägt wird. Umso mehr überrascht dann aber, dass eine kurze Bemerkung im – ansonsten allerorten und in jeder Hinsicht diskutierten – ersten Klimaschutzbeschluss noch gänzlich unbeachtet geblieben ist: Das BVerfG spricht dort von einer „zum Schutz des Klimas irgendwann auch verfassungsrechtlich vorgegebene[n] klimaneutrale[n] Lebens- und Wirtschaftsweise".[1] Eine „verfassungsrechtlich vorgegebene Wirtschaftsweise" deutet allerdings in eine andere Richtung als der Topos der wirtschaftspolitischen Neutralität, der letztmalig vor über 45 Jahren im Mitbestimmungsurteil[2] durch das BVerfG bekräftigt wurde.

Ob das „ökologisch scharfgestellte" Grundgesetz eine Neuausrichtung unseres wirtschaftspolitischen Verfassungsverständnisses verlangt, diskutiert dieser Beitrag. Rekapituliert werden dazu zunächst kurz Ursprung und Rezeption des Topos der wirtschaftspolitischen Neutralität (II.). Dann

1 BVerfGE 157, 30 Rn. 118.
2 BVerfGE 50, 290 (338).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden wir uns – und hier liegt der Schwerpunkt des Beitrags – näher mit den wirtschaftspolitischen Gehalten der zentralen Bezugspunkte des „ökologisch scharfgestellten" Grundgesetzes beschäftigen (III.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung (V.), blickt zuvor aber noch kritisch auf Gestaltungsoptionen für eine ökologische Verfassung *de constitutione ferenda* (IV.).

II. Der Topos der wirtschaftspolitischen Neutralität

1. Ursprung

Weithin bekannt ist, dass das BVerfG sich erstmalig im Investitionshilfe-Urteil im Jahr 1954 zur wirtschafspolitischen Neutralität des Grundgesetzes geäußert hat. Anders als viele Autoren[3] und auch das BVerfG dann selbst später im Mitbestimmungsurteil behauptet haben, sprach das Gericht 1954 gerade nicht aus, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral sei.[4] Vielmehr beriefen sich die Beschwerdeführenden auf einen angeblichen Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, um Regelungen aus dem Investitionshilfegesetz zu Fall zu bringen. Die Beschwerdeführenden knüpften damit an eine im Schrifttum vor allem von *Herbert Krüger* vertretene Auffassung an, nach der aus der Nichtentscheidung des Grundgesetzes für eine bestimmte wirtschaftliche Doktrin ein strenges Neutralitätsgebot des Gesetzgebers in wirtschaftspolitischen Entscheidungen folge. Der Gesetzgeber müsse sich jeder wirtschaftssystematischen Argumentation in wirtschaftspolitischen Entscheidungen enthalten.[5]

Das BVerfG wandte sich im Investitionshilfe-Urteil gegen eine derart strenge Neutralitätslehre. Zwar habe sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden, dies ermögliche dem Gesetzgeber aber gerade die ihm „sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet".[6] Ohne dies in den Entscheidungsgründen explizit herauszustellen, maß das

3 Anstelle vieler *R. Schmidt/F. Wollenschläger*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., Berlin 2019, § 2 Rn. 3; *P. M. Huber/S. Unger*, in: F. Schoch/M. Eifert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., München 2023, Kap. 4 Rn. 27.

4 Vgl. auch *R. Stober/S. Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 20. Aufl., Stuttgart 2023, Rn. 130.

5 *H. Krüger*, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, 361 (363 f.).

6 BVerfGE 4, 7 (17 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BVerfG so der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes entscheidende Bedeutung für die Frage nach einer Wirtschaftsverfassung[7] zu: Im Parlamentarischen Rat war man sich einig gewesen, bewusst keine ökonomische oder soziale Systemaussage für das Grundgesetz zu treffen. Man ging von dem Grundgesetz als Provisorium aus, das in wirtschaftspolitischer Sicht unvollständig bleiben dürfe.[8]

2. Rezeption

Mit dem Investitionshilfe-Urteil beendete das BVerfG den „Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht“[9] des Grundgesetzes.[10] Der Ansicht von *Herbert Krüger* gegenüber stand die Auffassung, dass das Grundgesetz die soziale Marktwirtschaft festlege.[11] Nach dem Investitionshilfe-Urteil verlagerte sich die Diskussion in Schrifttum und Verfassungsrechtsprechung auf die Frage, ob und in welchem Maße die einzelne Verfassungsbestimmungen, insbesondere die Grundrechte, die wirtschaftsgestaltende Tätigkeit des Staates begrenzen würden.[12] Spätestens mit dem Mitbestimmungsurteil im Jahr 1976, mit dem das BVerfG den Neutralitätstopos letztmalig explizit aufgriff und verfeinerte,[13] war zudem allen alternativen Ansätzen einer normativen Verankerung von wirtschaftstheoretischen Gesamtkonzeptionen eine Absage erteilt.

Für die Frage nach der Offenheit der Wirtschaftsverfassung ist das Mitbestimmungsurteil aber auch aus anderem Grund von zentraler Bedeutung.

---

7 Hier und im Folgenden verstanden als Summe der verfassungsrechtlichen Gestaltungselemente der Ordnung der Wirtschaft, s. *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Berlin 1990, S. 70; zu den unterschiedlichen Verständnissen grundlegend *H. F. Zacher*, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: U. Scheuner (Hrsg.), Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Frankfurt a.M. 1971, S. 549 (558 ff.).

8 Ausführlich *D. Jungbluth*, Die Entwicklung des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts, Wiesbaden 2018, S. 199 ff. u. insb. S. 237.

9 So als erster *E.R. Huber*, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (I), DÖV 1956, S. 97 ff.

10 *H. Liesegang*, Die verfassungsrechtliche Ordnung der Wirtschaft, Hamburg 1977, S. 7; *Schmidt* (Fn. 7), S. 69.

11 *H.-C. Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 2. Aufl., Köln 1961, S. 44 ff.

12 Beispielhaft *P. Badura*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, in: U. Scheuner (Fn. 7), S. 593 (594 ff.); *Liesegang* (Fn. 10).

13 Prägnant dazu *Schmidt* (Fn. 7), S. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hatte das BVerfG im Investitionshilfe-Urteil nur in einem Nebensatz die rahmensetzende Funktion des übrigen Verfassungsrechts für wirtschaftspolitische Entscheidungen aufgezeigt – wirtschaftspolitisch neutral, „sofern er [der Gesetzgeber] sich dabei im Rahmen des Grundgesetzes hält“[14] –, stellte das Gericht nun klar, dass der Gesetzgeber zur Gestaltung des Wirtschaftslebens aufgefordert und hierbei insbesondere durch die grundrechtlichen Gewährleistungen gebunden sei.[15] Mag hiermit vielleicht auch nur Selbstverständliches zum Ausdruck gebracht sein,[16] ist durch die Entscheidung betont, dass der Gesetzgeber Wirtschaft nur im Rahmen der Verfassung gestalten kann. Das Grundgesetz ist für unterschiedlichste wirtschaftspolitische Entscheidungen nur „relativ offen“.[17] Die Ausführungen im Mitbestimmungsurteil sind daher ein „Einfallstor, durch das mithilfe einer fortentwickelten Verfassungs- bzw. Grundrechtsdogmatik die Konturierung bzw. Konkretisierung des wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielraumes möglich ist“.[18]

Zu weit gingen dann jedoch die wiederkehrenden Versuche, bestimmte marktwirtschaftliche Garantien in das Grundgesetz zu lesen. Denn wer dem Grundgesetz etwa eine Entscheidung für eine Wettbewerbsordnung[19] oder eine Funktionsgarantie der Marktwirtschaft[20] entnehmen möchte,[21] verkennt die Entstehungsgeschichte der offenen wirtschaftspolitischen Gestaltung des Grundgesetzes und übersieht, dass die Wirtschaftsgrundrechte (insb. Art. 12, 14, 15 GG) auch abseits von Wettbewerb und freiem Markt gedacht werden können.[22] Betont hat das BVerfG zudem, dass sich die „Funktion der Grundrechte als objektive Prinzipien […] nicht von ihrem eigentlichen Kern [als Abwehrrecht] lösen und zu einem Gefüge objektiver

14 BVerfGE 4, 7 (17 f.).
15 BVerfGE 50, 290 (337 f.).
16 *Schmidt* (Fn. 7), S. 75.
17 Vgl. nur BVerfGE 50, 290 (338); *Schmidt* (Fn. 7), S. 75; zuletzt *W. Frotscher/ U. Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 8. Aufl., München 2024, § 2 Rn. 34.
18 *H. M. Meyer*, Vorrang der privaten Wirtschafts- und Sozialgestaltung als Rechtsprinzip, Berlin 2006, S. 52.
19 *H.-J. Papier*, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., Berlin 1994, § 18 Rn. 25.
20 *H. Sodan*, Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, DÖV 2000, 361 (365 ff.).
21 Weitere Nachweise bei *Stober/Korte* (Fn. 4), Rn. 124.
22 Vgl. zu einer derartigen Lesart nur *W. Abendroth*, Das Grundgesetz, 5. Aufl., Pfullingen 1975, S. 66 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Normen verselbstständigen [lässt]".[23] Auch die soziale Marktwirtschaft ist nur eine unter dem Grundgesetz mögliche und nicht die vom Grundgesetz allein garantierte Wirtschaftsordnung.

III. Drei neue ökologische Bezugspunkte der Wirtschaftsverfassung?

Die wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes zu hinterfragen, lohnt sich aus einem anderen Grund. Dieser ergibt sich vor allem aus Art. 20a GG. Das 1994 in das Grundgesetz aufgenommene Staatsziel verpflichtet auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Damit ist das Spannungsverhältnis von Ökologie und Ökonomie auch normativ begründet: Während unsere Wirtschaft nach ihrer gegenwärtigen Ordnung auf beständiges und damit prinzipiell unbegrenztes Wachstum angewiesen ist, sind den ökologischen Systemen auf unserer Erde jeweils inhärente Grenzen eingeschrieben, soll es nicht zu irreversiblen, das menschliche Leben langfristig bedrohenden Veränderungen an der Natur kommen. Ob die vorherrschende, auf Wachstum gründende Wirtschaftsordnung notwendig in Konflikt mit dem Ziel des langfristigen Erhalts unserer natürlichen Lebensgrundlagen gerät, ist zwar umstritten (Stichwort: Substitutierbarkeit erschöpfbarer Ressourcen).[24] Kaum mehr bestritten wird aber, dass die Wirtschaft vor einer grundlegenden Transformation steht, soll sie alsbald CO_2- oder gar ressourcenneutral stattfinden. Notwendig sind grundstürzende Änderungen, beispielsweise die (staatliche) Bepreisung von bisher „kostenlosen" Umweltgütern oder die Umsetzung einer wirklichen (cradle-to-cradle) Kreislaufwirtschaft.

Dies hat auch das BVerfG erkannt und andeutungsweise in der bereits in der Einleitung zitierten, bisher im Schrifttum noch unbeachteten Randbemerkung verarbeitet. Es spricht im Klimaschutzbeschluss – zwar nur im Rahmen eines *obiter dictums* und ohne normative Anknüpfung, aber doch[25] – von einer „verfassungsrechtlich vorgegebene[n] klimaneu-

23 BVerfGE 50, 290 (337).

24 Im Überblick *M. Faber/R. Manstetten/F. Jöst*, in: M. Faber/R. Manstetten (Hrsg.), Was ist Wirtschaft? Von der politischen Ökonomie zur ökologischen Ökonomie, 2. Aufl., Freiburg 2014, S. 204 (208 ff.).

25 *W.-R. Schenke*, Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung, NJW 1979, 1321 (1329) spricht von der „Orientierungshilfe" von *obiter dicta*; *B.-O. Bryde*, in: W. Durner/F.-J. Peine/F. Shirvani, Freiheit und Sicherheit in Deutschland und

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trale[n] Lebens- und Wirtschaftsweise".[26] Konkret in den Blick gerät so eine tatsächlich schon länger bestehende Leerstelle der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft hinsichtlich der Wirtschaftsverfassung.[27] Ob und in welchem Maße die umweltrechtlichen Gehalte von Grundgesetz und europäischem Primärrecht auf die Gestaltung der Wirtschaftsordnung und -politik wirken, ist bisher allenfalls im Ansatz untersucht.

Unbeleuchtet ist insbesondere, (1.) ob und welche Maßgaben Art. 20a GG – vor allem seit dem Klimaschutzbeschluss – für die Wirtschaftsverfassung trifft. Welche Konsequenzen ergeben sich (2.) für die wirtschaftspolitische Offenheit aus dem vom BVerfG – ebenfalls im Klimaschutzbeschluss erstmalig – angenommenen Anspruch des Einzelnen auf einen intertemporalen Freiheitsschutz? Und welche wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen sind (3.) auf nationaler Ebene wiederum aus den umweltrechtlichen Bestimmungen des europäischen Primärrechts abseits des (umfangreich bearbeiteten[28]) Wirtschaftsordnungsrechts abzuleiten? Zusammengefasst: Ist die Wirtschaftsverfassung des „ökologisch scharfgestellten" Grundgesetzes weiterhin eine offene?

I. Der wirtschaftspolitische Gehalt des Art. 20a GG

a) Bisheriges Verständnis des Art. 20a GG

Zum weit zu verstehenden Schutzgegenstand der natürlichen Lebensgrundlagen des Art. 20a GG zählen (auch schon vor dem Klimaschutzbeschluss) nicht nur Menschen, Tiere und Pflanzen, sondern auch das Klima und die Atmosphäre.[29] Bisher waren sich Schrifttum und BVerfG weitgehend darin einig, dass mit diesem breit gefassten Schutzauftrag kein konkretes Umweltschutzniveau und damit auch keine bestimmten Schutzmaßnahmen einhergehen. Insbesondere aus der Entstehungshistorie, der bewusst weiten

Europa – FS Papier, Berlin 2013, S. 493 (499) von „Verfassungspolitik mit Hilfe von *obiter dicta*".

26 BVerfGE 157, 30 Rn. 118.

27 Dazu grundsätzlich *M. Ruffert*, Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 134 (2009), 197 (199).

28 Zuletzt *P.-C. Müller-Graff*, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 1 Rn. 24 ff. m.w.N.

29 Vgl. BVerfGE 118, 79 (110 f.); 137, 350 Rn. 47; und statt vieler *K. F. Gärditz*, in: M. Beckmann/W. Durner/T. Mann/M. Röckinghausen (Hrsg.), Umweltrecht, EL 68 Febr. 2013, GG Art. 20a Rn. 9 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Formulierung sowie der Fassung als Staatsziel wurde eine große Gestaltungsoffenheit für den Gesetzgeber abgeleitet.[30] Zwar sei der Gesetzgeber durch Art. 20a GG dazu angehalten, Reduktionen etwa beim Treibhausgasausstoß zu erreichen[31] und so dem Art. 20a GG inhärenten Verbesserungsge- und Verschlechterungsverbot[32] zu genügen. Konkrete Vorgaben zum materiellen Schutzniveau und den zu wählenden Schutzinstrumenten entnahm man dem Staatsziel jedoch nicht. Mögliche Einflüsse des Staatsziels auf die Wirtschaftsordnung beschäftigten weder das Schrifttum noch die Gerichte. Paradigmatisch formulierte *Andreas Voßkuhle*, dass das BVerfG nicht Vordenker eines konkreten Umweltschutzprogrammes sein wolle.[33] Es verwundert daher nicht, dass Art. 20a GG in der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis lange ein Schattendasein geführt hat.[34]

b) Vertieftes Verständnis des Art. 20a GG seit dem Klimaschutzbeschluss

Dies hat sich mit dem Klimaschutzbeschluss geändert. Artikel 20a GG spielt, enggeführt als Klimaschutzgebot, im Klimaschutzbeschluss eine zentrale Rolle:[35] Erstens dient das Staatsziel als Rechtsfertigungs*grund* für Grundrechtsbeeinträchtigungen aufgrund des Klimaschutzgesetzes (KSG). Zweitens versteht das BVerfG es als Rechtsfertigungs*bedingung* für die Grundrechtsbeeinträchtigungen im Sinne der Elfes-Formel[36] und damit als Kontrollmaßstab für das KSG. Und drittens greift das Gericht an unterschiedlicher Stelle auf Art. 20a GG zur Begründung der eingriffsähnlichen Vorwirkung zurück. Mit Blick auf das hier leitende Erkenntnisinteresse ist vor allem die zweite Funktion von Bedeutung. Damit das BVerfG das KSG an Art. 20a GG messen konnte, musste das Gericht das Klimaschutzgebot nämlich konkretisieren. Dies tat das BVerfG unter Rückgriff auf die gesetz-

30 Beispielhaft *Gärditz* (Fn. 29), GG Art. 20a Rn. 4 ff.
31 BVerfGE 118, 79 (110).
32 *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 20a Rn. 44.
33 *A. Voßkuhle*, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1 (4).
34 *C. Calliess*, Das „Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung" des Art. 20a GG?, ZUR 2021, 355 (355); im Detail *J. Berkemann*, „Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG) – Intertemporaler Freiheitsschutz im Paradigmenwechsel, DÖV 2021, 701 (701 ff.).
35 Dies besonders herausstellend *G. Britz*, Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825 (828 f.).
36 BVerfGE 6, 32 (41).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geberischen Entscheidungen, dem Übereinkommen von Paris beizutreten und die damit einhergehende Verpflichtung zur Begrenzung der globalen Durchschnittstemperatur in § 1 S. 3 KSG auszugestalten.[37] Die Begrenzung des Temperaturanstiegs auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau sei eine „verfassungsrechtlich notwendige, grundlegende Konkretisierung des Art. 20a GG".[38] Diese Temperaturschwelle könne dann prinzipiell in eine noch verbleibende globale und so auch in eine nationale CO_2-Emissionsmenge umgerechnet werden (sog. CO_2-Restbudgets).[39] Das BVerfG ist damit erstmalig von einem konkreten materiellen Schutzniveau des Art. 20a GG ausgegangen.

c) (Noch) keine Konsequenzen für die wirtschaftspolitische Neutralität

Vertieft hat sich das Verständnis von Art. 20a GG damit freilich nur sehr spezifisch. Denn zum einen bezieht sich die Konkretisierung allein auf das im Fokus des Klimaschutzbeschlusses stehende Klimaschutzgebot. Vom Staatsziel des Art. 20a GG erfasst werden aber auch sämtliche andere ökologische Probleme, etwa die Biodiversitätskrise.[40] Hierfür gibt es weiterhin keine materiellen Maßstäbe. Zum anderen darf nicht übersehen werden, dass die Konkretisierung in einem außerordentlich speziellen, kaum außerhalb der Klimaschutzpolitik vorzufindenden Rahmen stattfand.[41] Quantitativ darstellbare Grenzen wie ein maximaler Temperaturanstieg und noch verfügbare CO_2-Restbudgets sind in anderen Bereichen des Tier- und Umweltschutzes bisher nicht normativ – weder im Völkerrecht noch im deutschen Recht – festgelegt. Sie erscheinen überdies auch praktisch kaum vorstellbar. Ein konkretes materielles Schutzniveau, etwa zum Erhalt von Biodiversität, dürfte daher auch weiterhin nicht aus Art. 20a GG abzuleiten sein.

Doch auch die erstmalige Festlegung eines materiellen *Klimaschutz*niveaus wird aus vor allem zwei anderen Gründen (dazu aa und bb) wirt-

37 BVerfGE 157, 30 Rn. 208 ff.
38 BVerfGE 157, 30 Rn. 213.
39 BVerfGE 157, 30 Rn. 216.
40 Zuletzt m.w.N. *E. Lohse*, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. 1, 2. Aufl., München 2022, § 26 Rn. 26.
41 *P. Overkamp*, Art. 20a GG vor und nach dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: S. Lukosek/A. Schlüter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2024, S. 85 (106).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaftspolitisch *noch* (dazu cc) folgenlos bleiben. Auf die Einzelheiten der teils komplizierten, dogmatisch nicht durchgehend zweifelsfreien[42] Herleitung des Temperaturmaßstabs muss daher hier nicht näher eingegangen werden.

aa) Noch immer: Legislativer Gestaltungsspielraum des Art. 20a GG

Zum einen hat das BVerfG den „verfassungsrechtlichen Entscheidungsspielraum" des Gesetzgebers betont – und ist deswegen nicht zu einem Verstoß des KSG gegen Art. 20a GG gekommen. Die Umrechnung des Temperaturziels in CO_2-Restbudgets sei noch mit zu großen Unsicherheiten behaftet, „als dass [die Restbudgets] ein zahlengenaues Maß für die verfassungsrichterliche Kontrolle bieten könnte[n]."[43]

Dass das BVerfG hier von einem der Kontrolle nicht weiter zugänglichen Entscheidungsspielraum ausgeht, mag mit Blick auf die weitreichenden Konsequenzen bei Verfehlung des Temperaturziels verwundern. Die Entscheidungsgründe stellen deutlich heraus, dass sich mit großer Wahrscheinlichkeit einschneidende Konsequenzen für unsere Lebensweise ab 2030 einstellen dürften, wenn dem im KSG vorgesehenen Reduktionspfad gefolgt werde. Nach 2030 ergäbe sich, so das BVerfG, dann nämlich „allenfalls noch ein minimaler Rest an Emissionsmöglichkeiten, der angesichts des für 2031 noch zu erwartenden Emissionsniveaus kaum für ein weiteres Jahr genügte."[44] Die Verwunderung verflüchtigt sich aber, begreift man den verfassungsrechtlichen Entscheidungsspielraum als Ausdruck der Zeitgebundenheit der Entscheidung: Bis 2030 bestehen für den Gesetzgeber vielfältige Möglichkeiten, Entwicklungen zum (noch) rechtzeitigen Übergang zur Klimaneutralität auf den Weg zu bringen. Die Entscheidung darüber, welche Maßnahmen wann eingeleitet werden sollen, kann dabei indes nicht aus Art. 20a GG abgeleitet, sondern nur vom Gesetzgeber getroffen werden. Die zum Entscheidungszeitpunkt gegebene Vereinbarkeit des KSG mit Art. 20a GG und die bereits absehbare Gefährdung künftiger Freiheit durch

42 Kritisch etwa *Berkemann* (Fn. 34), 713 f. („dogmatische Bastelarbeiten"); *C. Franzius*, Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG – Eine verfassungsrechtliche Einordnung, KlimR 2022, 102 (104 f.).

43 BVerfGE 157, 30 Rn. 236.

44 BVerfGE 157, 30 Rn. 246.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spätere Maßnahmen bei geringem Restbudget bedeuten daher keinen Widerspruch.[45]

Für die wirtschaftspolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ergibt sich jedenfalls so lange keine Beschränkung durch Art. 20a GG, wie noch mehrere Möglichkeiten zur Umgestaltung der Wirtschaft, mithin ein verfassungsrechtlicher Entscheidungsspielraum *praktisch* besteht. Es ist dem Gesetzgeber überlassen, zu entscheiden, welche Anreize oder Verbote er wann setzt, um eine Wirtschaft zu ermöglichen, die rechtzeitig – d.h. bei Befolgung des im KSG vorgesehen Reduktionspfades und unverändertem nationalen Restbudget ab 2032 – klimaneutral ist. Die insofern zentrale gesetzgeberische Entscheidung für den Brennstoff- und den Treibhausgasemissionshandel sowie deren gegenwärtige Ausgestaltung sind demnach – jedenfalls unter Rückgriff auf Art. 20a GG – wirtschaftsverfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Gleiches gilt für die in § 3 KSG festgelegten Klimaschutzziele.

bb) Noch immer: Relativität der Schutzpflicht des Art. 20a GG

Zum anderen hält die Entscheidung trotz der materiellen Festlegung an dem bloß relativen Schutzcharakter des Art. 20a GG fest: So ziele Art. 20a GG zwar (auch) auf die Herstellung von Klimaneutralität, das Staatsziel genieße aber keinen Vorrang gegenüber anderen, insbesondere sozialen oder ökonomischen Belangen. Es sei im Konfliktfall vielmehr in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen. Zu rechtfertigen wäre eine Überschreitung der zum Schutz des Klimas einzuhaltenden Temperaturen zwar nur unter engen Voraussetzungen. Einigermaßen unspezifisch nennt das BVerfG als Beispiel dann aber den „Schutz von Grundrechten" und stellt klar, dass das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung (erst) bei fortschreitendem Klimawandel weiter zunehme.[46]

Gegen das Klimaschutzgebot in Stellung bringen ließen sich so die Wirtschaftsgrundrechte. Unterfütterte man den (bisher) hohen Stellenwert unternehmerischer Freiheit – entsprechend weit verbreiteter Diskussionsmuster – dann noch mit (vermeintlich) gemeinwohlorientierten Argumenten, etwa der Gefahr von Stellenabbau und den bei einer konsequenten Dekar-

45 *M. Eifert*, Verfassungsauftrag zum freiheitsschonenden Klimaschutz, JURA 2021, 1085 (1098).

46 BVerfGE 157, 30 Rn. 198.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

bonisierung der Wirtschaft drohenden sozialen Umwälzungen, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass das Klimaschutzgebot in der Abwägung schließlich zurücktreten könnte. Dies gilt umso mehr, sind bei der Abwägung notwendig zahlreiche Wertungen vorzunehmen.[47] Zu welchen volkswirtschaftlichen Kosten das Verbot von umweltschädlichen Produkten (z.B. von Verbrennungsmotoren) führen würde, ist ähnlich schwer zu bewerten, wie die Frage, ob bestimmte natürliche Ressourcen nicht zeitnahe substituiert (z.B. fossile durch synthetische Kraftstoffe) oder gar langfristig reproduziert werden könnten.

Es bleibt damit auch nach dem Klimaschutzbeschluss – dies zeigen nicht zuletzt die zahlreichen in den Entscheidungsgründen aufgenommenen Literaturverweise[48] – bei der tradierten Lesart, welche Art. 20a GG vor allem als relativen Abwägungsgesichtspunkt versteht.[49] In wirtschaftspolitischen Fragen erhalten ist dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum. Es bleibt Aufgabe des Staates, ökologische und ökonomische Interessenkonflikte aufzulösen.[50]

cc) Aber: Weg zu CO_2-neutraler Wirtschaftsweise langfristig vorgegeben

Dieser Befund ist indes nur eine Momentaufnahme. *Noch* bestehen mehrere Möglichkeiten, die Wirtschaft in den kommenden Jahren auf den Weg der Klimaneutralität zu führen. *Noch* ist der Klimawandel nicht so fortgeschritten, dass dem relativen Gewicht des Klimaschutzgebotes in der Abwägung praktisch stets der Vorrang einzuräumen ist.[51] Langfristig zwingt das mit dem Klimaschutzbeschluss begründete Verständnis des Art. 20a GG jedoch – zu einem noch nicht bestimmbaren Zeitpunkt – zu einer CO_2-neutralen Wirtschaftsordnung. Denn um die Erderwärmung bei der (insofern) verfassungsrechtlich vorgegebenen Temperaturschwelle anzuhalten, muss nach dem gegenwärtigen klimawissenschaftlichen Erkenntnisstand eine weitere Anreicherung der Treibhausgaskonzentration in der Erdatmosphäre notwendig verhindert werden.[52] Die „irgendwann [...] verfassungsrechtlich vorgegebene klimaneutrale Lebens- und Wirtschaftsweise“[53]

47 Hierzu im Überblick *Schulze-Fielitz* (Fn. 32), Art. 20a Rn. 48.
48 BVerfGE 157, 30 Rn. 198.
49 Beispielhaft *Schulze-Fielitz* (Fn. 32), Art. 20a Rn. 46 ff.
50 So auch *Stober/Korte* (Fn. 4), Rn. 250d.
51 Vgl. auch *Overkamp* (Fn. 41), 106 ff.
52 BVerfGE 157, 30 Rn. 198.
53 BVerfGE 157, 30 Rn. 118.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist demnach mehr als eine zufällige Randbemerkung, nämlich normativ zwangsläufiger Ausblick in die Zukunft. Offen ist freilich, wann diese Zukunft eintreten wird. Und offen bleibt, wie der Gesetzgeber die Wirtschaftsordnung dann klimaneutral zu gestalten hat. Ob der Gesetzgeber sich etwa für ein Verbot jeder treibhausgasemittierenden Produktion oder für eine Pflicht zur Treibhausgasabscheidung und -speicherung entscheidet, gibt Art. 20a GG nicht vor.

2. Intertemporale Freiheitssicherung – fortentwickeltes Verständnis der Grundrechte

a) Ausgangspunkt: Die Pflicht zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen

Der dogmatische Clou des Klimaschutzbeschlusses liegt indes darin, dass das BVerfG wegen des durch Art. 20a GG vermittelten Klimaschutzgebotes davon ausgeht, dass das Grundgesetz zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen verpflichte. Die Grundrechte, so das BVerfG, schützten als „intertemporale Freiheitssicherung" vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft.[54] Ob es „einfach falsch" ist, eine Verteilungspflicht aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit abzuleiten,[55] oder die abwehrrechtliche Konstruktion der intertemporalen Freiheitssicherung die dogmatische Unterscheidung zwischen Abwehr und Schutz zu unterlaufen droht,[56] muss hier – wie auch die zahlreiche weitere Kritik[57] – nicht diskutiert werden. Von Interesse ist allein, welche Folgen sich aus einem Verständnis der Abwehrrechte als intertemporale Freiheitssicherung für die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ergeben: Zwingt die Verpflichtung zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen den Gesetzgeber zu bestimmten wirtschaftspolitischen Maßnahmen?

Mit der Pflicht, die Freiheitschancen der verschiedenen Generationen zu einem verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen, ist dem Gesetzgeber

54 BVerfGE 157, 30 Rn. 117 ff., 183 ff.
55 *Berkemann* (Fn. 34), 714.
56 *Franzius* (Fn. 34), 104 m.w.N.
57 Anstelle vieler m.w.N. *C. Calliess*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, EL 98 März 2022, München, Art. 20a Rn. 160 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine Gestaltungsaufgabe aufgetragen. Müssen unterschiedliche Grundrechte miteinander in Abwägung gebracht werden, geht es um die Herstellung von praktischer Konkordanz. Dies ist – zumindest in methodischer Hinsicht[58] – altbekanntes Terrain.[59] Neu ist, dass bei der Abwägung nicht mehr allein gegenwärtige Grundrechtseingriffe und -schutzbedarfe miteinander in Ausgleich zu bringen, sondern auch rechtliche Gefährdungen künftiger Freiheit zu berücksichtigen sind. Gegeneinander abzuwägen sind nicht nur das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse von Unternehmen, z.B. gegenwärtig ein Kohlekraftwerk zu betreiben, mit den durch Art. 20a GG vermittelten Umweltschutzinteressen, sondern auch mit dem künftigen, ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Interesse, auch 2035 noch ein solches Kraftwerk betreiben zu können.

In die Grundrechtsdogmatik eingeführt ist mit dieser Temporalisierung des Grundrechtsschutzes eine neue Gerechtigkeitsdimension. Der Topos der intertemporalen Freiheitssicherung rückt Fragen der Belastungsgerechtigkeit in der Zeit in den Fokus. Konzise erkennt *Jörg Berkemann* hierin die staatsphilosophische Qualität des Klimaschutzbeschlusses: Freiheit für den Einzelnen werde gegenüber (dem bisher vorherrschenden) nur egalitären Verfassungsliberalismus als ein verteilungsfähiges Gut gedacht. Und dies erinnere stark an sozialphilosophische Konstruktionen, etwa eines *John Rawls*.[60]

b) Keine Konsequenzen für die wirtschaftspolitische Neutralität

Die zentrale Konsequenz für die Gestaltung der Wirtschaftsordnung liegt – denken wir dann konkret an *Rawls* „Schleier des Nichtwissens"[61] – auf der Hand. Belastungsgerecht kann nur eine Wirtschaftsordnung sein, die nicht schon in der Gegenwart sämtliche Ressourcen „verpulvert", sondern auch Ressourcen für die künftigen Generationen bewahrt. Es darf also nicht einer Generation zugestanden werden, große Teile des CO_2-Budgets zu verbrauchen, wenn damit zugleich den nachfolgenden Generationen eine radikale Reduktionslast überlassen wird.[62]

58 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg, 1999, Rn. 72.
59 Grundlegend *C. Calliess*, Umweltstaat und Rechtsstaat, Tübingen 2001, S. 566 ff.
60 *Berkemann* (Fn. 34), 712 f.
61 *J. Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1979, S. 159 ff.
62 BVerfGE 157, 30 Rn. 192.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Konkrete Grenzen für den gegenwärtigen und künftigen Ressourcenverbrauch sind dem Klimaschutzbeschluss jedoch nicht zu entnehmen: Zwar verlange die Schonung künftiger Freiheiten, den Übergang zu Klimaneutralität in allen Lebensbereichen rechtzeitig einzuleiten. Allerdings gebe das Grundgesetz nicht im Einzelnen vor, was zu regeln sei, um die Voraussetzungen und Anreize für diese Entwicklung zu schaffen.[63] Vergegenwärtigen wir uns dann noch, dass das BVerfG den ehedem im KSG bis zum Jahr 2030 vorgesehenen, wenig ambitionierten CO_2-Reduktionspfad nicht beanstandet hat, die Verfassungsbeschwerde vielmehr nur Erfolg hatte, weil „die gesetzlichen *Maßgaben für die Fortschreibung* des Reduktionspfades nach 2030 [...] verfassungsrechtlich unzureichend [sind]",[64] wird (einmal mehr) deutlich, dass dem Gesetzgeber große Gestaltungsspielräume verbleiben. Das Verständnis von Grundrechten als intertemporale Freiheitssicherung verpflichtet nicht zu einer zwingend ökologischen oder gar wachstumskritischen Wirtschaftsweise, also auch nicht zu einer Abkehr von der offenen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes.

3. Umweltschutz als primärrechtlich vorgegebene Aufgabe

Zu einer Ökologisierung der Wirtschaftsweise und damit zu einer Abkehr vom großen wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers führen schließlich (gegenwärtig) auch nicht die umweltrechtlichen Maßgaben des europäischen Primärrechts. Zwar verpflichtet das Primärrecht auch abseits der Umweltpolitik zu einer nachhaltigen Entwicklung. Dies zeigen insbesondere die Festlegung der Union auf das Ziel einer nachhaltigen Entwicklung in Art. 3 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 EUV, die Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV und der Umweltschutzgrundsatz des Art. 37 GRCh.

Doch schon der genauere Blick auf Art. 3 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 EUV macht deutlich, dass das Nachhaltigkeitsziel nicht als strikte ökologische Begrenzung unseres Wirtschaftens zu verstehen ist.[65] Die nachhaltige Entwicklung soll „auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums" stattfinden. Neben einem hohen Maß an Umweltschutz und der Verbesserung

63 BVerfGE 157, 30 Rn. 248 f.
64 BVerfGE 157, 30 Rn. 256 ff. (Hervorh. d. Verf.).
65 Vgl. auch *M. Ruffert*, in: C. Calliess/ders. (Hrsg.), EUV, AEUV, Kommentar, 6. Aufl., München 2022, EUV Art. 3 Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Umweltqualität stehen die Ziele Preisstabilität und eine in hohem Maße wettbewerbsfähige Marktwirtschaft.

Ganz auf dieser Linie liegt das im Schrifttum vorherrschende Verständnis der Art. 11 AEUV und Art. 37 GRCh. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass beide Vorschriften nur zu einer Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der (auch mitgliedstaatlichen[66]) Durchführung von Unionspolitiken führen. Dem Umweltschutz komme bei der Abwägung mit wirtschaftlichen oder sozialen Interessen dann aber kein absoluter, allenfalls ein relativer Vorrang zu.[67] Es verbleibt ein großer wirtschaftspolitischer Gestaltungsspielraum. Es obliegt der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten, die widerstreitenden Interessen zwischen ökologischer, sozialer und ökonomischer Nachhaltigkeit gegeneinander abzuwägen.

Begrenzt wäre der grundgesetzliche Gestaltungsspielraum nur, wenn von einem anderen – eher[68] in anderen Disziplinen – anzutreffenden Verständnis des Nachhaltigkeitsbegriffs auszugehen wäre. In der ökologischen Ökonomie etwa sieht man die ökologischen Belastungsgrenzen unseres Planeten als äußersten Rahmen jeder nachhaltigen Entwicklung an.[69] Wirtschaftspolitische Entscheidungen, die zu einer Überschreitung der ökologischen Belastungsgrenzen führen würden, wären bei einem solchen, engeren Verständnis primärrechtswidrig. So weit ersichtlich ist ein derartiges Verständnis des Unionsrechts bisher aber noch nirgends befürwortet worden.[70]

IV. Festlegung einer ökologischen Wirtschaftsweise de constitutione ferenda?

Ist damit festzuhalten, dass das „ökologisch scharfgestellte" Grundgesetz *gegenwärtig* wirtschaftspolitisch weitgehend offen ist und erst in *unbestimmter* Zukunft zu einer CO_2-neutralen Wirtschaftsweise verpflichtet, ergeben

66 M.w.N. *S. Heselhaus*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur EUV, GRC und AEUV, 2. Aufl., Tübingen 2023, AEUV Art. 11 Rn. 27.

67 Anstelle vieler *Heselhaus* (Fn. 66), AEUV Art. 11 Rn. 25.

68 Aber (ohne normative Anknüpfung) auch *W. Kahl*, Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, in: ders., Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Tübingen 2008, S. 1 (9 f.); *I. Appel*, Staatliche Zukunft- und Entwicklungsvorsorge, Tübingen 2005, S. 377 ff.

69 Anstelle vieler *J. Martínez-Alier/R. Muradian*, Taking stock: the keystones of ecological economics, in: dies. (Hrsg.), Handbook of Ecological Economics, Cheltenham 2015, S. 1 (2 ff.).

70 Für das Recht insgesamt aber *Appel* (Fn. 68), S. 340 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich zahlreiche wirtschaftsverfassungsrechtliche Folgefragen. Zwei in meinen Augen besonders drängende grundlegende Fragen möchte ich in der gebotenen Kürze umreißen.

Mit der Engführung des Art. 20a GG allein auf ein konkretes materielles Schutzniveau (Temperaturziel) ist – so lehrt uns ein Blick in die ökologische Ökonomie[71] – nur ein (wenn auch das gegenwärtig drängendste) Problem unserer herkömmlichen Wirtschaftsweise adressiert. Denn ökologisch nachhaltig kann nur eine Wirtschaftsweise sein, die natürliche Ressourcen nicht über das Maß ihrer Substituierbarkeit und Reproduzierbarkeit verbraucht und die ein Maß an Biodiversität erhält, welches menschliches Leben auf dem Planeten langfristig sichert. Wie sehen also verfassungsrechtliche Gestaltungsoptionen für eine (auch in diesem Sinne) ökologische Wirtschaftsverfassung aus? Da es im Schrifttum bereits zahlreiche Vorschläge für eine Ökologisierung der Verfassung *de lege ferenda* gibt, bietet es sich an, diese auf ihre wirtschaftsverfassungsrechtliche Direktionskraft zu untersuchen (dazu 1.).

Unmittelbar hiermit zusammen hängt die Frage, ob das Grundgesetz der richtige Ort zur Festlegung eines ökologisch-nachhaltigen Wirtschaftsprogramms ist. Die Ökologisierung der Wirtschaft könnte *prima facie* auch allein auf der Ebene des einfachen Rechts unternommen werden. Zu unterscheiden sind Grundlagen, die zu ihrer rechtlichen und praktischen Durchsetzung der besonderen normativen Kraft des Verfassungsrechts[72] bedürfen, und Regelungen, die effektiv auf Ebene des einfachen Rechts getroffen und umgesetzt werden können. Solange allerdings nicht einmal in der ökologischen Ökonomie ein gewisser Konsens über ein ökologisches Wirtschaftsmodell besteht, erscheint die Offenheit des Grundgesetzes als guter verfassungsrechtlicher Rahmen (dazu 2.).

1. Jedenfalls wirtschaftspolitisch neutral: Vorschläge zur Ökologisierung des Grundgesetzes im Schrifttum

Seit gut 30 Jahren legen Staatsrechtslehrer umfangreiche Monographien vor, in denen die „ökologische Verfassung“[73] des Grundgesetzes diskutiert

71 Grundlegend *P. Kumar* (Hrsg.), The Economics of Ecosystems and Biodiversity, Abingdon 2010.

72 *K. Hesse*, Die normative Kraft der Verfassung, Tübingen 1959.

73 *R. Steinberg*, Die ökologische Verfassung, Frankfurt a.M. 1998, S. 396 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder etwa ein „ökologisches Grundgesetz“[74] oder eine „Nachhaltigkeitsverfassung“[75] *de lege constitutione ferenda* entworfen werden. Hinzu kommen zahlreiche Einzeluntersuchungen zu neuen Grundrechtsgewährleistungen und Möglichkeiten der Versubjektivierung von Naturgütern.[76] Etwas überraschend werden in diesen Arbeiten wirtschaftsverfassungsrechtliche Fragen kaum einmal angesprochen. Auch die wirtschaftspraktischen Folgen der unterbreiteten Regelungsvorschläge werden allenfalls im Ansatz[77] reflektiert. Die Untersuchung von zwei häufig diskutierten Vorschlägen soll genügen, um zu verdeutlichen, dass es wohl nur zu Akzentverschiebungen, nicht aber zu einer grundlegenden Umgestaltung der Wirtschaftsverfassung kommen würde.

a) Aufnahme eines Nachhaltigkeitsstaatsziels

Vorgeschlagen wurde, Nachhaltigkeit als neues Staatsziel neben Art. 20a GG aufzunehmen.[78] Besonders betont werden sollen durch ein Nachhaltigkeitsstaatziel die Interessen künftiger Generationen.[79] Verstanden werden soll Nachhaltigkeit ähnlich wie im europäischen Primärrecht und in Abgrenzung zu Art. 20a GG im integrativ-dreidimensionalen Sinne.[80]

Eine besondere wirtschaftsverfassungsrechtliche Direktionskraft käme einem solchen Staatsziel nicht zu. Dies liegt zum einen an der Ausgestaltung als Staatszielbestimmung. Kern der Rechtsnatur von Staatszielbestimmungen ist ein großer Konkretisierungsbedarf. Das „Wie“ der Erfüllung obliegt den Staatsorganen, insbesondere dem Parlament.[81] Weiterhin abzuwägen wären also die Forderungen der Nachhaltigkeit mit grundrechtlich geschützten Interessen, insbesondere den Wirtschaftsgrundrechten. Zum

74 *J. Kersten*, Das ökologische Grundgesetz, München 2022, S. 51 ff.
75 *W. Kahl*, Nachhaltigkeitsverfassung, Tübingen 2018, S. 21 ff.
76 Früh etwa *H. v. Lersner*, Gibt es Eigenrechte der Natur, NVwZ 1988, 988; zuletzt *A. Fischer-Lescano*, Natur als Rechtsperson, ZUR 2018, 205 ff.; *A. Gutmann*, Der globale Trend zur Rechten der Natur, in: F. Adloff/T. Busse (Hrsg.), Welche Rechte braucht die Natur, Frankfurt a.M. 2021, S. 133 ff.; kritisch *R. Steinberg*, Rechte der Natur in der Verfassung, NVwZ 2023, 138 ff.
77 Beispielhaft *Calliess* (Fn. 59), S. 534 ff.
78 BT-Drs. 16/3399, S. 3; *J. Wieland*, Verfassungsrang für Nachhaltigkeit, ZUR 2016, 473 (480 f.); *Kahl* (Fn. 75), S. 21 ff.
79 BT-Drs. 16/3399, S. 5; *Wieland* (Fn. 78), 480.
80 Vgl. *Kahl* (Fn. 75), S. 10.
81 Anstelle vieler m.w.N. *K.-A. Schwarz*, in: Stern/ Sodan/Möstl (Fn. 40), Staatsrecht, § 20 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anderen liegt es an der fehlenden rechtlichen Direktionskraft des dreidimensionalen Nachhaltigkeitskonzepts, dem eine große Offenheit immanent ist. Stets sind soziale, ökologische und ökonomische Dimension miteinander abzuwägen. Die Abwägung muss sich dabei auf zahlreiche politische Wertungen der zuständigen Akteure, insbesondere des Parlaments, stützen und wäre daher selten gerichtlich (abseits einer Evidenzkontrolle) nachprüfbar.[82] Gut sichtbar geworden ist diese geringe Determinationskraft bereits im internationalen Recht. Obwohl dort mittlerweile seit über 20 Jahren anerkannt,[83] konnte die Verpflichtung zu mehr Nachhaltigkeit nicht verhindern, dass die planetaren Belastungsgrenzen weiterhin und zunehmend überschritten werden.

b) Einführung von Eigenrechten der Natur

Ebenfalls häufig vorgeschlagen wird, Eigenrechte der Natur in die Verfassung aufzunehmen.[84] Diesen – im Einzelnen sehr unterschiedlichen – Vorschlägen liegt die Idee zugrunde, dass nicht nur juristische und natürliche Personen, sondern auch Ökosysteme Träger von subjektiven Rechten sein könnten. Der Natur käme in rechtlichen Abwägungsprozessen dann neues, eigenes Gewicht zu. Man erhofft sich einen „rechtsdogmatischen Paradigmenwechsel".[85]

Mit Blick auf die Wirtschaftsverfassung ergibt sich zweierlei. Zutreffend ist erstens, dass Eigenrechte der Natur Rechtfertigungslasten umkehren würden: Wirtschaftliche Betätigungen, welche die Umwelt belasten, wären plötzlich rechtfertigungsbedürftig. Das Umweltrecht wäre nicht nur Eingriff in die Wirtschaftsgrundrechte.[86] Konkrete wirtschaftspolitische Maßgaben ergäben sich – zweitens – dennoch nicht. Wirtschaftliche Betätigungen zulasten der Umwelt wären weiterhin möglich, sofern die widerstreiten Grundrechte zu einem angemessenen Ausgleich gebracht würden. Die Rechte der Natur gälten nicht absolut.[87] Und da die möglichen Umweltfol-

82 *O. Lepsius*, Nachhaltigkeit und Parlament, in: Kahl (Fn. 68), Verbundbegriff, S. 326 (329 ff.).; und im Anschluss *Kahl* (Fn. 75), S. 36.
83 *S. Birkner*, Das Nachhaltigkeitsprinzip im Völkerrecht, NVwZ 2024, 1394; *K. F. Gärditz*, Nachhaltigkeit und Völkerrecht, in: Kahl (Fn. 68), Verbundbegriff, S. 137 ff.
84 S. bereits die Nachw. in Fn. 76.
85 *A. Buser/H. E. Ott*, Zur Ökologisierung des Rechts: Recht der Natur als Paradigmenwechsel, in: Adloff/Busse (Fn. 76), S. 159.
86 Deutlich *Buser/Ott* (Fn. 85), S.166.
87 *Steinberg* (Fn. 76), 140.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen durch ein hohes Maß an Prognoseunsicherheit geprägt sind, dürfte die Rechtsprechung – bliebe sie bei ihrer bisherigen Linie – dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zugestehen.

2. Wirtschaftspolitische Offenheit als Vorteil

Der Blick auf die Erkenntnisse der ökologischen Ökonomie wiederum offenbart, dass es an breiter konsentierten Gesamtkonzepten für eine ökologisch-nachhaltige Wirtschaftsordnung mangelt.[88] Ein entscheidender Grund hierfür dürfte die grundlegende Erkenntnis sein, dass sich *allein* aus naturwissenschaftlichem Wissen über die Tragfähigkeit der Erde keine konkreten Rahmenbedingungen für eine ökologische Wirtschaft entwickeln lassen.[89] Für wie viele zukünftige Generationen noch Ressourcen vorhanden und die Umwelt für Schadstoffe aufnahmefähig sein soll, ist nur ethisch zu beantworten. Ebenfalls nur ethisch zu beantworten ist, wie viel Verzicht man den heute lebenden Menschen zugunsten zukünftiger Generationen zumuten kann.[90] Je nachdem wie man diese ethischen Fragestellungen beantwortet, ergeben sich unterschiedliche ökonomische Handlungsempfehlungen.

In diesen Erkenntnissen spiegelt sich ein wenig von dem wider, was uns schon im Klimaschutzbeschluss begegnet ist. Es besteht *notwendig* ein normativer Entscheidungsspielraum. Ist naturwissenschaftlich nicht bestimmt und nicht bestimmbar, wie wir mit den planetaren Ressourcen umgehen müssen, ist diese Entscheidung der Gesellschaft überlassen. Erst wenn gesellschaftlich, mithin politisch entschieden ist, welche Grenzen wir gegenwärtig für unsere eigene Bedürfnisbefriedigung akzeptieren, können wir mit der rechtlichen Umsetzung ökonomischer Modelle beginnen. Erst dann konkret zu beantworten ist, was verfassungsrechtlich und was durch einfaches Gesetz geregelt werden müsste.

Bis dahin erweist sich die wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes als großer Vorteil.[91] Ist das Grundgesetz nicht einem bestimmten

88 Vgl. nur *Faber/Manstetten/Jöst* (Fn. 24), S. 205; *A. Endres/D. Rübbelke*, Umweltökonomie, 5. Aufl., Stuttgart, 2022, S. 355 ff.

89 *Faber/Manstetten/Jöst* (Fn. 24), S. 216 ff.

90 *Faber/Manstetten/Jöst* (Fn. 24), S. 214 m.w.N.

91 Vgl. auch *M. Fehling,* Demokratische Gestaltbarkeit auch der Wirtschaftsordnung, ZöR 2022, 559 (563).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Modell der ökologischen Ökonomie verschrieben, können unterschiedliche Ansätze – beispielsweise die Idee eines „Grünen Nettosozialprodukts“[92] und eine Ressourcenbesteuerung[93] – flexibel miteinander kombiniert und erprobt werden.

V. Zusammenfassung

Der vom BVerfG bereits 1954 eingeführte Topos der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes greift die bewusste Nichtentscheidung des Parlamentarischen Rates für oder gegen ein bestimmtes Wirtschaftssystem unter dem Grundgesetz auf. Der Topos erteilt sämtlichen wirtschaftstheoretischen Gesamtkonzeptionen eine Absage. Dies gilt auch für das „ökologisch scharfgestellte“ Grundgesetz. Weder Art. 20a GG noch die intertemporale Freiheitssicherung, noch die umweltrechtlichen Bestimmungen des europäischen Primärrechts verpflichten gegenwärtig zu einer ökologisch-nachhaltigen oder gar wachstumskritischen Wirtschaftsweise. Die im Klimaschutzbeschluss herausgestellte Pflicht des Art. 20a GG zu langfristiger Klimaneutralität bedeutet nur eine weitere Konturierung des wirtschaftspolitischen Gestaltungsspielraums. Vielfältig diskutiert werden zwar Vorschläge für eine Ökologisierung des Grundgesetzes. Ausgeblendet wurden dabei bisher aber Fragen einer ökologischen Wirtschaftsverfassung. Weder ein Nachhaltigkeitsstaatsziel noch Eigenrechte der Natur zwängen indes zu einer Abkehr von der wirtschaftspolitischen Offenheit des Grundgesetzes. Diese erweist sich vielmehr in Anbetracht noch fehlender ökologisch-ökonomischer Gesamtkonzeptionen als Vorteil.

92 Weiterführend etwa *J. Boyd*, Nonmarket benefits of nature: What should be counted in green GDP?, Ecological Economics 61 (2007), 716 ff.

93 Zu den sog. Pigou-Steuern etwa *Endres/Rübbelke* (Fn. 88), S. 105 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Klimaschutz als Grundrecht

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Klimabezogene Schutzpflichten als Herausforderung für die Grundrechtsdogmatik

Miriam Hofer

Abstract: *Ein Blick auf die Judikatur des EGMR zu den in der EMRK verankerten „positiven Verpflichtungen" der Vertragsstaaten zum Klimaschutz zeigt, dass das bekannte „Opfer-Störer-Staat"-Dreieck als zu eng erscheint, um alle Dimensionen grundrechtlicher Schutzpflichten zu erfassen. Ein EMRK-konformes Schutzpflichtverständnis rückt die Möglichkeit des Staates, einer (wie auch immer gearteten) Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Sphäre des Einzelnen Abhilfe zu schaffen, in den Fokus der Betrachtung, und erfordert eine umfassendere nachprüfende Kontrolle potentieller Schutzpflichtverstöße durch das deutsche BVerfG und den österreichischen VfGH. Die Anerkennung klimabezogener Schutzpflichten im nationalen Grundrechtsgefüge macht aber nicht nur eine Erweiterung unseres Verständnisses von Struktur und Umfang grundrechtlicher Schutzpflichten und der Kontrolldichte potentieller Schutzpflichtverstöße, sondern auch eine Ausdehnung der (kollektiven) Rechtsschutzmöglichkeiten notwendig.*

A. Einleitung

Auf globaler Ebene zeichnet sich immer deutlicher ab: die Einhaltung des 1,5°C-Ziels des Pariser Übereinkommens wird stetig unwahrscheinlicher.[1] Doch das gehäufte Auftreten von Extremwetterereignissen als Folge des ungebremsten Klimawandels würde drastische Auswirkungen auf Gesundheit, Eigentum und im schlimmsten Fall auch das Leben der Bürger:innen haben.[2] Die Vertragsstaaten der Europäischen Konvention zum Schutz der

1 So ist weiterhin ein Anstieg der globalen Treibhausgasemissionen zu verzeichnen, im Jahr 2023 um 2 % gegenüber dem Vorjahr. Seit 1990 sind die weltweiten Treibhausgasemissionen um 62 % angestiegen. Siehe *M. Crippa/D. Guizzardi/F. Pagani/M. Banja/M. Muntean/E. Schaaf/F. Monforti-Ferrario/W. E. Becker/R. Quadrelli/A. Risquez Martin/P. Taghavi-Moharamli/J. Köykkä/G. Grassi/S. Rossi/J. Melo/D. Oom/A. Branco/J. San-Miguel/G. Manca/E. Pisoni/E. Vignati/F. Pekar*, GHG emissions of all world countries, Publications Office of the European Union (2024), abrufbar unter https://edgar.jrc.ec.europa.eu/booklet/GHG_emissions_of_all_world_countries_booklet_2024report.pdf (22.10.2024).

2 Siehe insb. International Panel on Climate Change (IPCC) (Hrsg.), Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Working Group II contribution to the

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Menschenrechte und Grundfreiheiten[3] (EMRK) sind deshalb verpflichtet, umfassende Klimaschutzmaßnahmen zu ergreifen, um das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) zu schützen – mit dieser aufsehenerregenden Entscheidung bestätigte der EGMR im April diesen Jahres erstmals das Bestehen sogenannter „positive obligations" in Bezug auf den Klimawandel im System der EMRK. Das Urteil in der Rs. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz*[4] bildet damit den vorläufigen Höhepunkt einer Judikaturlinie, die – wenngleich die EMRK kein explizites Grundrecht auf Umwelt- oder gar Klimaschutz beinhaltet – beginnend bereits in den 1990er-Jahren aus Art. 2 EMRK, Art. 8 EMRK und Art. 1 1. ZP-EMRK Verpflichtungen der Vertragsstaaten zum Schutz vor umweltbedingten Grundrechtsbeeinträchtigungen ableitet.[5]

Im Mittelpunkt dieser Judikatur steht der Gedanke, dass der Staat – selbst, wenn er nicht direkt in die grundrechtlich geschützte Sphäre einer Einzelperson eingreift – diese Person vor anderweitigen Beeinträchtigungen der Grundrechtssphäre schützen muss. Angesprochen ist also nicht die dem Jellinek'schem Verständnis vom *status negativus* folgende Abwehrfunktion der Grundrechte, sondern die Schutzpflichtdimension der Grundrechte, die dem Einzelnen einen *status positivus* gewährt.[6] Eine Instrumentalisierung staatlicher Schutzpflichten für den Klimaschutz bietet zwar den

IPCC Sixth Assessment Report (2022) Policy recommendations, S. 10, https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/ (22.10.2024).

3 Europäische Menschenrechtskonvention, österr. BGBl. 1958/210 i.d.F. BGBl. III 2023/171 sowie Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, dt. BGBl. II 1952/14, S. 685. Hinzuweisen ist darauf, dass die EMRK in Österreich im Verfassungsrang steht (siehe Art. II Z. 7 Bundesverfassungsgesetz vom 4. März 1964, mit dem Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 über Staatsverträge abgeändert und ergänzt werden, österr. BGBl 1964/59); in Deutschland kommt ihr der Rang eines einfachen Gesetzes zu (vgl. BVerfGE 111, 307 [331]).

4 EGMR 9.4.2024, 53600/2020, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz*.

5 Zur Entwicklung der umweltbezogenen Judikatur des EGMR siehe schon *O. Pedersen*, The Ties that Bind: The Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law, European Public Law 2010, 571.

6 Zur Statuslehre grundlegend *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. B. 1892, S. 87 ff.; dazu im Kontext grundrechtlicher Gewährleistungen *M. Holoubek/C. Bezemek*, Die Grundrechte, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, Wien 2014, S. 61 (62). Vgl. zu Status Negativus und Status Positivus auch schon *H. Krieger*, Kapitel 6: Funktionen von Grund- und Menschenrechten, in: O. Dörr/R. Grothe/T. Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Aufl., Tübingen 2022, Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorteil, dass hierfür bestehende Grundrechtskataloge herangezogen werden könnten – es bedürfte also insofern nicht erst, wie in Österreich diskutiert,[7] der verfassungsrechtlichen Verankerung eines neuen „Grundrechts auf Klimaschutz". Dennoch, und das offenbart der Fall der klimabezogenen Schutzpflichten ganz besonders, geht das Verständnis der positiven Verpflichtungen des EGMR und deren nachprüfende Kontrolle über das herkömmliche Verständnis der „Schutzpflicht" im deutschsprachigen Raum hinaus. Anhand des Beispiels klimabezogener Schutzpflichten soll im Folgenden aufgezeigt werden, dass eine EMRK-konforme Interpretation der Schutzpflichtdimension der Grundrechte nicht zuletzt eine Modifikation unseres Verständnisses von Schutzpflichten notwendig macht.

B. Grundrechtsfunktionen: Schutzpflichten und positive Verpflichtungen

I. Grundrechtliche Schutzpflichten

1. Grundrechte als Abwehrrechte und „Entdeckung"[8] der Schutzpflichten

Grundrechte wie beispielsweise das Recht auf Leben, auf Achtung des Privat- und Familienlebens oder das Eigentumsrecht wurden zunächst vorrangig als Abwehrrechte gegenüber dem Staat verstanden:[9] sie bieten dem einzelnen Normunterworfenen Schutz vor unverhältnismäßigen Eingriffen des Staates, beispielsweise vor unverhältnismäßigen Enteignungen oder Verhaftungen.[10] In dieser Funktion verpflichten die betreffenden Grundrechte den Staat, von bestimmten Handlungen Abstand zu nehmen; der Gesetzgeber wird also zu einem *Unterlassen* verpflichtet. Dem diametral gegenüber steht die Funktion der grundrechtlichen Schutzpflichten: sie

7 Vgl. *D. Ennöckl*, Möglichkeiten einer verfassungsrechtlichen Verankerung eines Grundrechts auf Klimaschutz, ZÖR 2022, 361.

8 Dazu *K. Stern*, Die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, 241 (241).

9 Dies gilt sowohl für Deutschland als auch Österreich; vgl. dazu bloß (für Deutschland) *A. Voßkuhle/A. Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte, JuS 2011, 411 (411); und *T. Öhlinger/H. Eberhard*, Verfassungsrecht, 13. Aufl., Wien 2022, Rn. 692 (für Österreich). Vgl. auch bspw. *Stern*, Schutzpflichtfunktion (Fn. 8), 242 m.w.N., wonach die Grundrechte in Deutschland allerdings nie ausschließlich als Abwehrrechte verstanden wurden; ihnen wurden schon im 19. Jh. eine objektiv-rechtliche Funktion zugesprochen.

10 Zur abwehrrechtlichen Funktion von Gleichheitsrechten siehe *Krieger* (Fn. 6), Funktionen Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beinhaltet ein Handlungs*gebot*, also eine Pflicht zu einem aktiven Tun des Staates zum Schutz der Grundrechtssphäre des Einzelnen. Die Funktion der Grundrechte als Schutzpflicht verleiht dem Einzelnen, anders als in der abwehrrechtlichen Dimension, einen *status positivus*. Umgekehrt wird ein Verstoß gegen eine grundrechtliche Schutzpflicht systematisch durch eine Unterlassung begründet.

In Deutschland erkannte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) schon im Jahr 1975 mit dem sogenannten „ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch"[11] erstmals das Bestehen grundrechtlicher Schutzpflichten, *in concreto* eine Pflicht des Gesetzgebers zum Schutz des ungeborenen Lebens, an.[12] Wenig später, im Jahr 1979, urteilte auch der EGMR erstmalig über das Bestehen positiver Verpflichtungen der Vertragsstaaten der EMRK in der Rs. *Marckx gg. Belgien*[13], die er in der Folge immer weiter konkretisierte und spezifizierte.[14] Wenngleich der EGMR immer wieder betont, keine allgemeine Theorie der positiven Verpflichtungen aufzustellen,[15] so lassen sich aus den inzwischen sehr umfangreichen Judikaten allgemeine Grundsätze ableiten, die der EGMR in unterschiedlichen Fallkonstellationen immer wieder heranzieht.[16] Charakteristisch ist dabei die Unterscheidung zwischen substantiellen und prozeduralen positiven Verpflichtungen, also einerseits Verpflichtungen, die inhaltlich auf die Verhinderung und Beseitigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen gerichtet sind, und andererseits bestimmte Untersuchungs- und Informationspflichten sowie verfahrensrechtliche Verpflichtungen bei (potentiellen) Grundrechtsbeeinträchtigun-

11 BVerfGE 39, 1.

12 Siehe dazu bereits *E. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, 1633; vgl. auch *Stern*, Schutzpflichtfunktion (Fn. 8), 243. Zur Entwicklung der Schutzpflichten in der Judikatur siehe insb. *G. Britz*, Grundrechtliche Schutzpflichten in bald 50 Jahren Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2023, 1449.

13 EGMR 13.6.1979, 6833/74, *Marckx gg. Belgien*. Mitunter wird auch die Entscheidung EGMR 23.7.1968, 1474/62, *Belgischer Sprachenfall,* bereits als Ursprung der Judikatur zu positiven Verpflichtungen gesehen; in *Marckx gg. Belgien* nahm der EGMR aber erstmals wörtlich auf positive Verpflichtungen Bezug.

14 Zur Entwicklung der Judikatur zu ‚positive obligations' siehe bereits *A. Mowbray*, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, London 2004.

15 So schon in EGMR 21.6.1988, 10126/82, *Plattform 'Ärzte für das Leben' gg. Österreich*, Rn. 32.

16 Siehe dazu insb. V. *Stoyanova*, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. Within and Beyond Boundaries, Oxford 2023, S. 3 ff.; und *J. Gerards*, General Principles of the European Convention on Human Rights, Cambridge 2019, S. 108 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen.[17] Ausgehend von der Entscheidung des EGMR in der Rs. *Plattform ‚Ärzte für das Leben' gg. Österreich*[18] erkannte auch der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) erstmals das Bestehen grundrechtlicher Schutzpflichten, hier im Kontext der Versammlungsfreiheit, an.[19]

2. Schutzpflichtverständnis im Opfer-Störer-Staat-Dreieck

Neben der oben schon angesprochenen Funktion des Abwehrrechts ist also auch in Deutschland und Österreich anerkannt, dass insb. Freiheitsrechte wie das Recht auf Leben, Achtung des Privat- und Familienlebens und das Eigentumsrecht eine Schutzpflichtkomponente beinhalten. Dies wird in Deutschland aus der Funktion der Grundrechte als objektive Wertordnung hergeleitet;[20] in der österreichischen Lehre werden Schutzpflichten nach *Holoubek* als Teil der Gewährleistungspflichten betrachtet, die daneben auch Verfahrens- und Organisationsgarantien, Teilhaberechte und institutionelle Garantien sowie Institutsgarantien umfassen.[21]

Der Schutzpflichtgehalt umfasst also im Wesentlichen das, was der EGMR als substantielle positive Verpflichtung bezeichnet; dennoch ist das herkömmliche Verständnis von Schutzpflichten strukturell anders geartet als jenes der positiven Verpflichtungen i.S.d. EMRK. In Deutschland und Österreich werden Schutzpflichten nämlich vorrangig drittbezogen erfasst: unter Berufung auf ein Dreiecksverhältnis zwischen Staat, Störer und Op-

17 Zur Differenzierung zwischen substantiellen und prozeduralen positiven Verpflichtungen siehe *Gerards,* General Principles (Fn. 16), S. 121 ff.

18 EGMR 21.6.1988, 10126/82, *Plattform ‚Ärzte für das Leben' gg. Österreich*.

19 VfSlg 12.501/1990; zur Entwicklung in Österreich siehe insb. *M. Holoubek,* Grundrechtliche Schutzpflichten, in: E. Bernat/C. Grabenwarter/B. Kneihs/M. Pöschl/K. Stöger/E. Wiederin/J. Zahrl (Hrsg.), FS Christian Kopetzki, Wien 2019, S. 205 (210 ff).

20 Vgl. z.B. *O. Klein*, Das Untermaßverbot – Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung, JuS 2006, 960 (960), demzufolge die grundrechtliche Schutzpflicht zu Recht „als die zentrale Figur der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte" gilt. Siehe für Österreich hingegen *C. Grabenwarter*, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – Aus Sicht des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes, EuGRZ 2006, 487 (488): „*Vereinzelte Ansätze der Begründung der Schutzpflicht über eine objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte* […] *vermochten sich weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur durchsetzen*.".

21 Daneben beinhalten grundrechtliche Gewährleistungspflichten nach *Holoubek* außerdem Teilhaberechte sowie institutionelle Garantien und Institutsgarantien. Vgl. *M. Holoubek,* Grundrechtliche Gewährleistungspflichten. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Wien 1997, S. 73 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fer wird angenommen, der Staat sei verpflichtet, Beeinträchtigungen der grundrechtlich geschützten Sphäre durch Dritte hintanzuhalten, indem er das störende Verhalten des Dritten unterbindet.[22] Ausgehend von diesem Dreiecksverständnis wird ausgeführt, dass die Differenzierung zwischen Abwehrrecht und Schutzpflicht je nach Verursacher der Gefahr getroffen werden müsse; nur dann, wenn der Staat als Gefahrenverursacher ausgeschlossen werden kann, liegt ein Aspekt der Schutzpflicht vor.[23]

Folglich ist auch umstritten, ob Gefahren, die nicht von Dritten verursacht werden – insbesondere Naturgefahren – überhaupt staatliche Schutzpflichten auslösen können.[24] Ebenso strittig ist, ob diese Form der Schutzpflicht strukturell überhaupt ein *aliud* zu einem Abwehrrecht darstellt, oder diese Fallkonstellationen vielmehr – mit Fokus darauf, dass der Staat die Störung erlaubt und insofern durch die Schutzpflicht mittelbar wieder zum Unterlassen (nämlich dieser Erlaubnis) verpflichtet wird – abwehrrechtlich zu erfassen sind.[25]

3. Herausforderungen durch den Klimawandel

Dieses Verständnis stößt im Kontext des Klimawandels naturgemäß an Grenzen: der Charakter als multitemporales und -faktorielles Geschehen sowie das zeitliche, örtliche und personelle Auseinanderfallen von Ursache

22 Vgl. *Stern*, Schutzpflichtfunktion (Fn. 8), 246: „*Der Staat ist* […] *derjenige, der zu Hilfe gerufen wird, weil ein* Dritter [Hervorhebung im Original] *in die Grundrechtssphäre eingreift*"; *C. Calliess*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321; *ders,* in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa II: Allgemeine Lehren, Köln 2006, § 44 Schutzpflichten, Rn. 18 ff. und *Isensee*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Köln 2011, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rn. 206 f. Für Österreich siehe insb. *Holoubek,* Grundrechtliche Schutzpflichten, in: E. Bernat et al. (Hrsg.), FS Kopetzki (Fn. 19), S. 220 ff.; R. *Feik*, Staatliche Gewährleistungspflichten und Nachbarrechte im gewerblichen Betriebsanlagenrecht, in: C. Grabenwarter/R. Thienel (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der EMRK, Kehl 1998, S. 205; und *W. Berka/C. Binder/B. Kneihs*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich, 2. Aufl., Wien 2019, S. 160: „*Wenn und soweit Gewährleistungspflichten auf die Verhältnisse Privater untereinander bezogen sind, also den Zweck haben, Grundrechtsträger vor der Ingerenz anderer Grundrechtsträger in Schutz zu nehmen, werden sie Schutzpflicht genannt*".

23 Siehe *Krieger* (Fn. 6), Funktionen Rn. 51.

24 Siehe hierzu die Nachweise bei *Krieger* (Fn. 6), Funktionen Rn. 58.

25 Für Österreich, auch bezugnehmend auf die deutsche Lehre, *Holoubek,* Grundrechtliche Schutzpflichten, in: E. Bernat et al. (Hrsg.), FS Kopetzki (Fn. 19), S. 220 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Wirkung machen eine einfache Subsumtion unter das oben beschriebene Dreiecksverhältnis unmöglich. Weder lässt sich ein Verursacher bzw. eine Verursachergruppe identifizieren, dessen emissionsintensive Aktivitäten für sich allein den Klimawandel auslösen, noch lässt sich ein bestimmter Akt des Gesetzgebers als für sich genommen ursächlich für das Phänomen identifizieren. Überhaupt liegt ein Großteil der Emissionsquellen außerhalb des betreffenden Staates; das für die Dreieckskonstellation kennzeichnende Störer-Staat-Verhältnis scheitert insofern also an der Definition konkreter „Störer", die der Einflusssphäre des betreffenden Staates unterliegen.

Ein drittbezogenes Schutzpflichtverständnis findet seine Grenzen folglich dort, wo ein einzelner Dritter (oder zumindest eine bestimmte Gruppe „Dritter") nicht mehr zu identifizieren ist; was in Bezug auf den Klimawandel angesichts der unüberblickbaren Vielzahl einzelner Emissionsquellen sowie dem Umstand, dass die Treibhausgasemissionen eines einzelnen Emittenten für sich genommen noch nicht schädlich sind, sondern die negativen Folgen erst durch die Menge der Emissionen insgesamt begründet werden, zutrifft. Im Klimawandel ist global betrachtet jeder Einzelne – in freilich ganz unterschiedlichem Ausmaß – verursachender „Dritter". Auch lässt sich nicht eine bestimmte gesetzliche Bestimmung identifizieren, die, weil sie ein emissionsintensives Verhalten zulässt oder genehmigt, als ursächlich für den Klimawandel betrachtet werden kann.

Selbst Klimaschutzgesetze wie das deutsche Bundes-Klimaschutzgesetz[26] oder das österreichische Klimaschutzgesetz[27] erlauben oder verbieten nicht direkt einzelnen Dritten emissionsintensive Aktivitäten, sondern bedürfen einer näheren Konkretisierung durch einzelne Maßnahmen zur Emissionsreduktion; umgekehrt lässt sich aus den darin enthaltenen Zielbestimmungen alleine auch keine Genehmigung von treibhausgasintensiven Tätigkeiten im Ausmaß der vorgegebenen Emissionshöchstgrenzen ableiten.

Klimabezogene Schutzpflichten als verkappte Abwehrrechte über das oben beschriebene Dreiecksverhältnis zu erfassen, muss also schon auf Ebene des Verhältnisses zwischen Staat und Störer scheitern. Dennoch erkannten sowohl das BVerfG als auch der VfGH bereits grundsätzlich an, dass auch im Hinblick auf den Klimawandel grundrechtliche Schutzpflich-

26 Bundes-Klimaschutzgesetz, dt. BGBl. I 2019/2513 i.d.F. dt. BGBl. I 2024/235.

27 Bundesgesetz zur Einhaltung von Höchstmengen von Treibhausgasemissionen und zur Erarbeitung von wirksamen Maßnahmen zum Klimaschutz (Klimaschutzgesetz – KSG), österr. BGBl. I 2011/106 i.d.F. österr. BGBl. I 2017/58.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten bestehen.[28] In dieser Anerkennung muss also eine erste Aufweichung der Erfassung von Schutzpflichten in der Dreieckskonstruktion erblickt werden.

II. Positive Verpflichtungen in der Systematik der EMRK

Unabhängig davon wird auch bei näherer Betrachtung der „positiven Verpflichtungen" unter der EMRK deutlich, dass die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte bei EMRK-konformer Konzeption nicht mehr rein drittbezogen über das Dreiecksverhältnis erfasst werden kann. Das Konzept der positiven Verpflichtungen in der Judikatur des EGMR reicht demgegenüber nämlich viel weiter: sie begründen einen umfassenden Anspruch des Einzelnen auf Schutz vor Beeinträchtigungen der grundrechtlich geschützten Sphäre unabhängig von der Ursache der Beeinträchtigung, also insbesondere auch bei Naturkatastrophen und u.U. sogar dann, wenn die Gefahr von der betroffenen Person selbst ausgeht oder von ihr verursacht wurde.

So bestehen positive Verpflichtungen insbesondere auch dann, wenn Gefahren durch eine Naturkatastrophe – Beispiele betreffen hier Erdbeben[29], Murenabgänge[30] und Hochwasser[31] – verursacht werden. Daneben erkannte der EGMR das Bestehen positiver Verpflichtungen auch bei von Krankheiten ausgehenden Gesundheitsgefahren[32] oder bei Gefahren, die durch ausländische staatliche Kräfte ausgelöst werden,[33] an. Selbst bei allgemeinen Lebensgefahren – wie etwa gefährlichen Strömungen an Küsten[34] – bestehen dem Grunde nach staatliche Schutzpflichten, die allerdings mitunter schon durch bloße Informationstätigkeiten erfüllt werden können.

28 Siehe bloß BVerfGE 157, 30–177; für Österreich siehe VfGH 27.06.2023, E 1517/2022, worin der VfGH das Bestehen einer grundrechtlichen Schutzpflicht in Bezug auf den Klimawandel nicht grundsätzlich ausschloss, aber ablehnte, dass sich aus einer solchen Schutzpflicht ein Anspruch auf Erlassung einer Verordnung hinsichtlich eines Verkaufsverbots für fossile Treibstoffe und Heizöl ableiten lasse.

29 EGMR 17.11.2015, 14350/05, *Özel u.a. gg. Türkei.*

30 EGMR 20.3.2008, 15339/02, *Budayeva u.a. gg. Russland.*

31 EGMR 28.2.2012, 17423/05, *Kolyadenko u.a. gg. Russland.*

32 Zu positiven Verpflichtungen im Kontext einer Krebserkrankung EGMR 13.11.2012, 47039/11, *Hristozov u.a. gg. Bulgarien.*

33 Dazu ausführlich *Stoyanova*, Positive Obligations (Fn. 16), S. 219 ff.

34 EGMR 19.05.2015, 66309/09, *Gökdemir gg. Türkei.*

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbst bei Gefahren, die von der betroffenen Person selbst ausgehen – sei es aus Fahrlässigkeit,[35] bei sportlichen Aktivitäten[36] oder aufgrund einer psychischen Erkrankung[37] – ist der Staat dem Grunde nach verpflichtet, Vorkehrungen gegen die Verwirklichung der betreffenden Gefahren zu treffen. Positive Verpflichtungen zum Schutz der Grundrechtssphäre bestehen also in den unterschiedlichsten Lebenssituationen; von Dritten ausgehende, durch den Staat legitimierte Aktivitäten, die die grundrechtlich geschützte Sphäre beeinträchtigen, stellen dabei nur eine von vielen Fallgruppen dar.

III. Dekonstruktion des Dreiecksverhältnisses

All diese Beispiele offenbaren, dass es im Kern eigentlich um etwas anderes geht, nämlich den Schutz vor – wie auch immer gearteten – Beeinträchtigungen der grundrechtlich geschützten Sphäre, wenn und soweit der Staat Mittel und Wege besitzt, diese hintanzuhalten.[38] Positive Verpflichtungen sind also nicht lediglich auf den Schutz vor dritten „Störern" beschränkt; diese Konstellation stellt nur eine von vielen dar, in welchen die EMRK die Vertragsstaaten zum aktiven Handeln verpflichtet. Ausschlaggebend ist, und das illustrieren die oben genannten Judikaturbeispiele eindrücklich, nicht, ob der Staat selbst die Gefahr kausal i.e.S. verursacht hat, sondern ob eine – wie auch immer ausgelöste – Gefahr unmittelbar droht, der Staat Kenntnis von dieser Bedrohung hat oder haben müsste, und schließlich, ob ihm entsprechende (verhältnismäßige) Abhilfemaßnahmen zur Verfügung stehen.[39] Es muss insofern zwar ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Eintritt der Grundrechtsbeeinträchtigung und dem Tun oder Unterlassen des Staates bestehen. Dieser Zusammenhang muss aber nicht (notwendigerweise) durch die Verursachung i.S. des Auslösens der Gefahr begründet werden; ausschlaggebend kann etwa auch sein, dass der Staat keine ihm möglichen Maßnahmen zur Abwehr oder Milderung einer (ohne sein Zutun entstandenen) Gefahr ergriffen hat. Auch im Fall des Klimawandels legte der EGMR klimabezogenen Verpflichtungen der Staaten kein strenges

35 EGMR 2.9.2010, 17185/02, *Fedina gg. Ukraine*.
36 EGMR 2.12.2008, 42994/05, *Furdik gg. Slowakei*.
37 EGMR 31.1.2019, 78103/14, *Fernandes de Oliveira gg. Portugal*.
38 Der EGMR wendet in diesem Zusammenhang den „*reasonable knowledge and means*"-Test an; dazu ausf. *Gerards,* General Principles (Fn. 16), S. 116 ff.
39 Zu den einzelnen Kriterien ausführlicher *Stoyanova,* Positive Obligations (Fn. 16), S. 33 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kausalitätsverständnis i.S.e. *conditio sine qua non* zugrunde, sondern stellte auf das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortung der Staaten, das u.a. im Pariser Übereinkommen verankert wurde, ab. Dem Kausalitätszusammenhang wurde also ein kapazitätsorientiertes und nicht verursacherorientiertes Verständnis zugrunde gelegt.[40]

Folglich muss, um zwischen Abwehrrechten einerseits und Schutzpflichten andererseits zu unterscheiden, nicht nach dem *Verursacher* der Gefahr, sondern der Natur des Anspruchs des Einzelnen gefragt werden: kann der Einzelne einen Anspruch auf *Unterlassen* gegenüber dem Staat geltend machen, so ist die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte angesprochen; wird ein Anspruch auf *aktives Handeln* geltend gemacht, so betrifft dies die Schutzpflichtdimension der Grundrechte. Oft, aber eben nicht immer, begründet eine Gefahrenverursachung durch Dritte einen solchen Schutzanspruch; die Definition der Schutzpflicht verursacherabhängig zu formulieren, würde insofern also zu kurz greifen.

Spätestens bei EMRK-konformer Interpretation der Grundrechtsfunktionen wird also deutlich, dass eine Modifikation unseres herkömmlichen Verständnisses von Schutzpflichten notwendig wird, um alle Dimensionen der grundrechtlich verankerten substantiellen Handlungspflichten des Staates zum Schutz der Grundrechtssphäre seiner Bürger:innen erfassen zu können.

C. Verstoß gegen grundrechtliche Schutzpflichten

I. Prävention als objektiv-rechtliche Schutzverpflichtung

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass positive Verpflichtungen nicht erst dann bestehen, wenn eine Gefahr bereits verwirklicht wurde bzw. die grundrechtlich geschützte Sphäre Einzelner bereits beeinträchtigt wird. Der Hauptfokus positiver Verpflichtungen liegt im *präventiven* Grundrechtsschutz, also der Vorbeugung von Gefahren und Risiken für den Einzelnen.[41] Hierzu hat der Staat einen regulatorischen Rechtsrahmen

40 Vgl. dazu auch *A. Kling*, Menschenrechte in der Klimakrise – Urteilsbesprechung der KlimaSeniorinnen v. Schweiz vor dem EGMR, ZUR 2024, 468 (470).

41 Vgl. *D. Xenos*, The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights, Abingdon 2012, S. 97: "*the quintessence of protection concerns the* prevention *of human rights violations*" (Hervorhebung im Original).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu schaffen, der der Prävention dient, und dessen ordnungsgemäßes Funktionieren sicherzustellen.[42]

Bei der Wahl der Mittel, insbesondere bei komplexen technischen und wissenschaftlichen Zusammenhängen, kommt den Vertragsstaaten der EMRK grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum („wide margin of appreciation") zu; dies betrifft regelmäßig auch umweltbezogene Fallkonstellationen.[43] Dieser Spielraum betrifft aber nur die Wahl zwischen verschiedenen, gleichermaßen effektiven Mitteln: Im Fall *Fadeyeva/Russland*[44] betonte der EGMR, dass die Wahl der Mittel, im vorliegenden Fall zum Schutz vor gesundheitsgefährdenden Emissionen aus einer Stahlfabrik, zwar dem Vertragsstaat selbst überlassen sei. Es müsse jedoch gewährleistet werden, dass irgendwelche effektiven Mittel („*any effective solution*") ergriffen werden, um die Emissionsbelastung auf ein akzeptables Maß zu reduzieren.[45]

II. Nachprüfende Kontrolle durch den EGMR

Wenngleich der Staat also grundsätzlich verpflichtet ist, wirksame Mittel zur Verhinderung bzw. Beseitigung einer Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Sphäre bereitzustellen, so stellt es dennoch keinen Verstoß gegen Schutzpflichten dar, wenn im Einzelfall die Grundrechtsbeeinträchtigung nicht verhindert werden kann, beispielsweise das Rettungswesen aufgrund außergewöhnlicher Umstände im einzelnen Fall eine rechtzeitige Bergung einer verunglückten Person nicht gewährleisten kann, der Rechtsrahmen insgesamt aber hinreichend effektiv ausgestaltet ist. Nicht jede punktuelle Verwirklichung eines Risikos hat also notwendigerweise einen Schutzpflichtverstoß zur Folge. Ausgehend vom Fall *Lopes de Sousa Fernandes gg. Portugal*[46] hat der EGMR in medizinrechtlichen Fällen wiederholt auf das Vorliegen „systemischer" bzw. „struktureller" Defizite im Rechtsrah-

42 "Effective Regulatory Frameworks", vgl. *Stoyanova*, Positive Obligations (Fn. 16), S. 171 ff.

43 Dazu ausführlich *H. Müllerová*, Environment Playing Short-handed: Margin of Appreciation in Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Review of European, Comparative & International Environmental Law 2015, 83 (89 ff.).

44 EGMR 9.6.2005, 55723/00, *Fadeyeva gg. Russland*.

45 EGMR 9.6.2005, 55723/00, *Fadeyeva gg. Russland,* Rn. 133.

46 EGMR 19.12.2017 (GK), 56080/13, *Lopes de Sousa Fernandes gg. Portugal.*

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men abgestellt, um einen Verstoß gegen Schutzpflichten zu prüfen.[47] Eine Überzeichnung der staatlichen Verantwortung, die den Staat gleichsam zum allgemeinen Risikoträger werden lässt, wird dadurch verhindert.

Betreffend den Klimawandel wird besonders deutlich, dass die staatliche Verantwortung überspannt werden würde, würde man schon das Scheitern einzelner Instrumente zum Klimaschutz als Schutzpflichtverstoß qualifizieren. Die Transformation zu einer klimaneutralen Gesellschaft und Wirtschaft erfordert umfassende und übergreifende Emissionsminderungen in allen Bereichen unseres Lebens und Wirtschaftens; die Vielzahl der hierbei zur Verfügung stehenden Mittel lässt ganz unterschiedliche Ausgestaltungen des Transformationspfades zu. Umgekehrt würde es also auch die auf eine nachprüfende Kontrolle beschränkte Kompetenz des EGMR überschreiten und den Gestaltungsspielraum des Staates zu weit beschränken, würde der EGMR dem Staat einzelne konkrete Maßnahmen zum Klimaschutz vorschreiben können bzw. deren Fehlen allein als ausreichend für einen Verstoß gegen Klimaschutzpflichten qualifizieren können.

Folglich betonte der EGMR auch im Fall *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz*, dass den Vertragsstaaten bei der Wahl der Mittel zum Klimaschutz ein besonders weiter Gestaltungsspielraum zukommt.[48] Der Spielraum in Bezug auf die allgemeine Festlegung der Klimaschutzziele sei aber demgegenüber reduziert; insofern stellte der EGMR auch relativ detaillierte Kriterien auf, denen der nationale Rechtsrahmen zum Klimaschutz entsprechen muss. So muss das nationale Klimaschutzrecht (1) einen generellen Rahmen hin zur Klimaneutralität inkl. eines „*carbon budgets*", also eines Treibhausgas-Restbudgets, vorgeben; (2) dieser generelle Rahmen muss durch sektorspezifische Zielpfade und Zwischenziele ergänzt werden; (3) es bedarf entsprechender Umsetzungsmaßnahmen, um die Einhaltung der Ziele sicherzustellen; (4) außerdem muss eine regelmäßige Überprüfung der Zielsetzungen anhand der besten verfügbaren wissenschaftlichen Daten sowie ggf. die Anpassung der Ziele sichergestellt werden; und schließlich muss (5) der Klimaschutzrechtsrahmen insgesamt angemessen, konsistent und zeitlich adäquat ausgestaltet sein.[49]

47 Siehe insb. auch EGMR 27.1.2015, 24109/07, *Asiye Genc gg. Türkei*.

48 EGMR 9.4.2024, 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz*, Rn. 549.

49 Siehe hierzu *M. Hofer*, Klimaschutz als Grundrecht: EGMR erkennt positive Klimaschutzpflichten der Vertragsstaaten an, Recht der Umwelt 2024, 136 (139 f.); und *D. Ennöckl/N. Handig/N. Polzer/L. Vouk*, KlimaSeniorinnen erkämpfen Recht auf Klimaschutz vor dem EGMR. Eine Besprechung des Urteils EGMR 9.4.2024 (GK),

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anschließend aber schränkte der EGMR seine nachprüfende Kontrolle selbst ein, indem er ausführte, die Einhaltung dieser Anforderungen nur gesamthaft zu prüfen.[50] Wenngleich er in dieser Entscheidung nicht wörtlich auf das Vorliegen eines "systemischen" bzw. „strukturellen" Defizits abstellte, so wird durch diese Einschränkung dennoch deutlich, dass nicht schon ein punktueller Fehler im Rechtsrahmen zum Klimaschutz einen Verstoß gegen Schutzpflichten begründen kann.

III. Verschärfung des Untermaßverbots

Dennoch prüft der EGMR weit detaillierter, ob ein Schutzpflichtverstoß vorliegt, als dies in Österreich und Deutschland bislang der Fall ist: ist zu prüfen, ob der österreichische Gesetzgeber gegen eine grundrechtliche Schutzpflicht verstoßen hat, so überlässt der VfGH dem Gesetzgeber nämlich grundsätzlich einen sehr weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum. Nur in „exzessiven" Fällen erkennt er einen Schutzpflichtverstoß an.[51] Etwas strenger ist hingegen der Prüfmaßstab des BVerfG: Dieses prüft einen Verstoß gegen Schutzpflichten anhand der Evidenzkontrolle bzw. des Untermaßverbots;[52] ein Schutzpflichtverstoß liegt demnach vor, wenn überhaupt keine Schutzvorkehrungen getroffen werden, die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.[53] Der Prüfmaßstab des EGMR erweist sich insofern als einerseits

53600/20, Verein KlimaSeniorinnen ua/Schweiz, Österreichische Jurist:innenzeitung 2024, 624 (630).

50 EGMR 9.4.2024, 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz*, Rn. 551: „*overall nature*".

51 Vgl. bloß *Öhlinger/Eberhard,* Verfassungsrecht (Fn. 9), Rn. 697.

52 Zur „Auflösung" der Divergenz zwischen Untermaßverbot und Evidenzkontrolle in der Judikatur des BVerfG siehe *Britz*, Grundrechtliche Schutzpflichten (Fn. 12), 1453 f: „*Jüngst hat das BVerfG diese viergliedrige Formel nun insgesamt als „Untermaßverbot" bezeichnet und damit die bis dahin nebeneinander existierenden Maßstäbe kurzerhand zusammengeführt*".

53 *Ebd*., 1453. Siehe außerdem insb. im Klima-Beschluss des BVerfG, BVerfGE 157, 30 (152). Zum Untermaßverbot auch schon *Klein*, Das Untermaßverbot (Fn. 20), 960; sowie im Kontext des Klimaschutzes näher *W. Kahl*, Klimaschutz und Grundrechte, JURA 2021, 117 (120 ff.); und *M. Weinrich*, Die grundrechtlichen Umweltschutzpflichten des Staates, Berlin 2022, S. 392 ff. Hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, dass ein strengeres Verständnis des Untermaßverbots, wie es zuerst im zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 88, 203 [254]) zum Ausdruck kam (abstellend

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

differenzierter, weil in Bezug auf die Kontrollintensität zwischen dem allgemeinen Rechtsrahmen zum Klimaschutz und den einzelnen Mitteln zum Klimaschutz unterschieden wird;[54] und andererseits auch detaillierter, weil nicht allein ein „erhebliches Zurückbleiben" hinter den Schutzzielen als ausschlaggebend für einen Schutzpflichtverstoß erachtet wird. Eine Prüfung anhand der vom EGMR aufgestellten Kriterien, wenngleich nur „gesamthaft", führt also zu einer Verschärfung des „Untermaßverbots" und lässt eine eingehendere Untersuchung des Rechtsrahmens zum Klimaschutz notwendig erscheinen.

D. Rechtsschutz bei Schutzpflichtverstößen

I. Untätigkeit als zentrales Element des Schutzpflichtverstoßes

Was bleibt, ist die Frage, wann und von wem ein Verstoß gegen staatliche Schutzpflichten geltend gemacht werden kann. Kommt ein Staat dieser Pflicht zur Schaffung eines funktionsfähigen Klimaschutzrechtsrahmens nicht nach, etwa indem, wie derzeit in Österreich,[55] auf nationaler Ebene überhaupt keine Zielwerte zur Reduktion von Treibhausgasemissionen bestehen, so stellt sich die Frage, wie dieser Verstoß rechtlich geltend gemacht werden kann.

Aus dem Charakteristikum von Schutzpflicht, das in einer aktiven Handlungspflicht des Staates – im Gegensatz zur Pflicht, einen Eingriff in Grundrechte zu unterlassen – besteht, ergibt sich, dass ein Verstoß gegen staatliche Schutzpflichten umgekehrt in einem Unterlassen bestehen muss. Damit erweist es sich als ungleich schwerer, effektiven Rechtsschutz gegen

---

auf die Wirksamkeit und Angemessenheit des Schutzes; siehe dazu bei *Britz*, Grundrechtliche Schutzpflichten [Fn. 12], 1452) und später auch bei „*Gefährdung höchster Rechtsgüter*" angewendet wurde (vgl *Klein*, Das Untermaßverbot [Fn. 20] 964), sich im Ergebnis wohl der Kontrolldichte des EGMR – der die oben dargestellten Prüfkriterien allerdings im Kontext eines Verstoßes gegen Art 8 EMRK, nicht Art. 2 EMRK aufstellte – annähert (vgl dazu insb. *C. Calliess/N. Täuber*, Klimaklagen nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, NVwZ 2024, 945 [952]).

54 Das BVerfG spricht dem Gesetzgeber hingegen schon bei der Festlegung des allgemeinen Klimaschutzziels aus der Perspektive der Schutzpflichten einen weiten Gestaltungsspielraum zu: „[Es] *bleibt dem Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflicht derzeit jedoch ein erheblicher Entscheidungsspielraum*" (BVerfGE 157, 30 [162]).

55 Siehe Anlage 2 des österr. KSG (Fn. 27), worin sektorspezifische Zielwerte nur bis inklusive des Jahres 2020 festlegt sind.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutzpflichtverstöße zu gewähren. In der klassischen Abwehrfunktion gewährt ein Grundrecht einen Anspruch auf Unterlassen. Dies kann im Rechtsschutzwege geltend gemacht werden, ohne dabei die rechtspolitische Gestaltungsfunktion des Gesetzgebers durch ein Gericht wahrnehmen zu lassen. Rechtsschutz kann in diesen Fällen nämlich gewährt werden, indem die gesetzliche Grundlage für das Tätigwerden des Staates, welches die Grundrechtsverletzung begründet, durch das Verfassungsgericht beseitigt wird.

Anders im Fall von Schutzpflichten: hier besteht der Verstoß darin, dass eine entsprechende gesetzliche Grundlage für das grundrechtlich gebotene Tätigwerden fehlt. Um diese Untätigkeit zu beseitigen, wäre es notwendig, eine solche Grundlage zu schaffen – dies würde aber freilich das Gefüge der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgeber und nachprüfender verfassungsgerichtlicher Kontrolle aushebeln. Während das deutsche BVerfG einen Schutzpflichtverstoß auch dann feststellen kann, wenn überhaupt keine einschlägige gesetzliche Grundlage vorhanden ist,[56] kann in Österreich nur eine sogenannte „partielle Untätigkeit durch den VfGH aufgegriffen werden. Dies liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber einen gewissen Bereich schon geregelt hat, es dabei aber unterließ, gesetzliche Vorkehrungen zum Schutz der Grundrechtssphäre zu treffen.[57] Der verfassungsgerichtliche Rechtsschutz ist in diesem Kontext also auf die Aufhebung bestehender Gesetze bei deren Verfassungswidrigkeit beschränkt.

Auch hier illustriert das Beispiel der klimabezogenen Schutzpflichten in Österreich das bestehende Rechtsschutzdefizit besonders eindrücklich: etwa das im Klimaschutz vorherrschende gesetzgeberische Unterlassen in Bezug auf die Festlegung sektorspezifischer Klimaschutzziele (denn solche bestanden in Österreich überhaupt nur bis zum Jahr 2020)[58] kann mangels gesetzlicher Verankerung von Zielwerten und einer damit (jedenfalls in dieser Hinsicht) nicht nur partiellen Untätigkeit insofern überhaupt verfassungsgerichtlich nur schwer aufgegriffen und durch den VfGH allein jedenfalls nicht beseitigt werden. Auch Bemühungen, einzelne bestehende Bestimmungen, die klimaschädigendes Verhalten finanziell begünstigten,

56 Vgl. bloß BVerfGE 160, 79–129.

57 Dazu *M. Holoubek*, Säumnis des Gesetzgebers, in: M. Holoubek/M. Lang (Hrsg.), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit, Wien 2011, S. 247 (250).

58 Siehe hierzu schon den Nachweis in Fn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufzuheben, scheiterten (ebenso wie andere „Klimaklagen“[59]) bislang bereits auf Ebene der Zulässigkeit.[60]

II. Individuelle Betroffenheit durch den Klimawandel

Daneben stellt sich auch die Frage, von wem eine allfällige Untätigkeit des Gesetzgebers verfassungsgerichtlich geltend gemacht werden kann. Auch hier ergeben sich besondere Hürden für den Rechtsschutz in Bezug auf klimabezogene Schutzpflichten: Denn wir alle sind in kleinerem oder größerem Ausmaß „Opfer“ des Klimawandels, werden also von den Klimaänderungen betroffen sein. Diese negativen Auswirkungen des Klimawandels werden dabei zwar manche Bevölkerungsgruppen besonders negativ betreffen, abhängig etwa vom Alter, Wohnort oder bei bestehenden Vorerkrankungen. Wann jedoch die Schwelle erreicht ist, um eine bestimmte Person bzw. Personengruppe als „Opfer“ eines Verstoßes gegen klimabezogene Schutzpflichten zu qualifizieren, ist unklar. Aus diesem Grund betonte der EGMR in der Rechtssache *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz* den besonderen Stellenwert des kollektiven Rechtsschutzes;[61] im vorliegenden Fall wurden auch die einzelnen Beschwerdeführerinnen, allesamt Seniorinnen mit diversen Vorerkrankungen, nicht als „Opfer“ einer Verletzung von Konventionsrechten i.S.v. Art. 34 EMRK eingestuft Hingegen wurde, in Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 34 EMRK, die Beschwerdelegitimation des Vereins selbst anerkannt.[62]

Während bekanntlich das deutsche BVerfG im Klima-Beschluss die Beschwerdebefugnis der einzelnen Beschwerdeführer anerkannte und – allerdings unter Zugrundelegung einer abwehrrechtlichen Konstruktion – Teile

59 Vgl. VfGH 27.06.2023, G 139/2021; VfGH 27.06.2023, G 123/2023; VfGH 18.06.2024, G 2274/2023. Siehe dazu kritisch etwa *D. Ennöckl*, Klimaklagen – Strukturen gerichtlicher Kontrolle im Klimaschutzrecht (Teil II), Recht der Umwelt 2022, 184 (191); *M. Krömer*, Klimaklagen in Österreich, in: IUR (Hrsg.), Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts 2022, Wien 2022, S. 151; und *S. Gstöttner/P. Hahnenkamp*, Bleibt die Antragslegitimation Türhüter für Klimaklagen? Neue höchstgerichtliche Entscheidungen zum Rechtsschutz im Klima- und Umweltrecht, juridikum 2023, 277.

60 VfGH 30.09.2020, G 144/2020 ua.

61 EGMR 9.4.2024, 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz*, Rn. 622.

62 Dazu kritisch etwa *L. Fremuth*, Der Klimawandel vor dem EGMR und die Grenzen der Menschenrechtskonvention, EuZW 2024, 697 (702).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des dt. B-KSG für mit Grundrechten unvereinbar erklärte,[63] scheiterten Klimaklagen in Österreich bislang an der Zulässigkeitshürde; ob angesichts des vorherrschenden engen Verständnisses der Beschwerdelegitimation, die etwa bei der Normenkontrolle gem. Art. 140 B-VG voraussetzt, dass ein Einzelner als „Normadressat" qualifiziert werden kann, Klimaklagen überhaupt zulässig sein können, ist fraglich. Auch ein Beschwerderecht für Vereine besteht in diesem Zusammenhang in Österreich nicht.[64] Im Hinblick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes bei einer Verletzung von Konventionsrechten gem. Art. 13 EMRK sowie im Lichte von Art. 6 EMRK, der, wie der EGMR im Fall *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz* judizierte,[65] bei Verstößen gegen administrative Klimaschutzpflichten anwendbar ist, gilt es also, dieses Rechtsschutzdefizit zu beheben, um eine konventionswidrige Beschränkung des Zugangs zu Gericht bei Schutzpflichtverstößen im Hinblick auf den Klimawandel zu vermeiden.

E. Fazit

Erkennt man an, dass auch im Hinblick auf die durch den Klimawandel verursachten Gefahren für die grundrechtlich geschützte Sphäre Einzelner Schutzpflichten des Staates bestehen, so ist eine Anpassung des herkömmlichen Schutzpflichtverständnisses notwendig; eine Subsumtion unter das klassische „Opfer-Störer-Staat"-Dreieck ist in diesem Fall nicht möglich. Doch ein Blick auf die Judikatur des EGMR zu den in der EMRK verankerten „positiven Verpflichtungen" der Vertragsstaaten zeigt, dass nicht erst im Fall von klimabezogenen Schutzpflichten das Dreiecksverhältnis als zu eng erscheint, um alle Dimensionen der substantiellen positiven Verpflichtungen zu erfassen. Ein EMRK-konformes Verständnis von Schutzpflichten führt also zu einer Dekonstruktion des „charakteristischen Dreieckverhältnisses" und rückt die Möglichkeit des Staates, einer (wie auch immer gearteten) Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Sphäre des Einzelnen Abhilfe zu schaffen, in den Fokus der Betrachtung. Hinzu kommt, dass eine eingehende nachprüfende Kontrolle der Wahrung klimabezoge-

63 BVerfGE 157, 30 (90 ff.).

64 Siehe hierzu *B. Hollaus*, Das Urteil des EGMR im Fall KlimaSeniorinnen und seine Implikationen für den europäischen Grundrechtsschutz, Juristische Blätter 2024, 485 (502).

65 EGMR 9.4.2024, 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz gg. Schweiz*, Rn. 629 ff. Dazu ausführlicher *Hollaus*, Urteil (Fn. 64), 499 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ner Schutzpflichten nicht schon mittels Verweises auf den besonders weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers unterbleiben kann. Auch das Untermaßverbot scheint, wenn es bloß auf das erhebliche Zurückbleiben hinter dem Zielzustand abstellt, im Vergleich zu den vom EGMR aufgestellten Prüfkriterien dem Gesetzgeber einen zu weiten Spielraum offenzulassen.

Ob die oben dargestellten Defizite im österreichischen Rechtsrahmen zum Klimaschutz ausreichen werden, um insgesamt als Verstoß gegen aus Art. 8 EMRK abgeleitete Klimaschutzpflichten eingestuft zu werden, wird sich alsbald zeigen; einem derzeit anhängigen Verfahren am EGMR wurde jüngst Prioritätsstatus aufgrund der besonderen Vulnerabilität des Beschwerdeführers zuerkannt.[66] Schon jetzt lässt sich aber festhalten, dass eine Anerkennung klimabezogener Schutzpflichten im nationalen Grundrechtsgefüge eine Erweiterung nicht nur unseres Verständnisses von Struktur und Umfang grundrechtlicher Schutzpflichten, sondern auch des Rechtsschutzes, notwendig macht.

66 EGMR 18859/21, *Müllner gg. Österreich* (Entscheidung ausstehend).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zukunftssicherung als Aufgabe grundrechtlicher Schutzpflichten – Eine kritische Analyse der Dogmatik der Figur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“

Friederike Gebhard

Abstract: *Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Klimaschutzbeschluss vom 24.03.2021 grundrechtsdogmatisches Neuland betreten, indem es die Figur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung" entwickelt hat. Demnach sollen staatliche Maßnahmen, die nicht ausreichen, um die Erreichung eines in der Zukunft liegenden Schutzzieles zu gewährleisten, schon heute als Grundrechtseingriff zu qualifizieren sein. Der Beitrag unterzieht diese Figur einer kritischen Prüfung und stellt die Frage, ob nicht das hergebrachte Instrument der grundrechtlichen Schutzpflicht, die laut Bundesverfassungsgericht nicht verletzt sei, dogmatisch überzeugender gewesen wäre. Ausschlaggebend sind insbesondere die dogmatische Einordnung staatlichen Unterlassens, der Umfang staatlicher Verpflichtungen aus Art. 20a GG sowie die fragliche Gegenwartswirkung solcher „Eingriffe“.*

Der Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts[1] hat viel Aufsehen erregt. Das liegt zum einen freilich an der Bedeutung des Judikats für den Stellenwert, den Umwelt- und Klimaschutz als „Zukunftsschutz“ im Grundgesetz einnimmt, zum anderen aber auch an einer spektakulären verfassungsrechtsdogmatischen „Erfindung“, die das Gericht in dieser Entscheidung aus der Taufe gehoben hat: dem „intertemporalen Freiheitsschutz“, vermittelt durch die Figur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“. Die grundlegende Aussage des Beschlusses, dass es mehr bzw. effektivere Bemühungen um wirksamen Klimaschutz bedarf, wird – auch von der Autorin – zwar ausdrücklich geteilt. Das dogmatische Fundament des Klimaschutzbeschlusses jedoch steht in diesem Beitrag auf dem Prüfstand. Dazu erfolgt zunächst eine dogmatische Betrachtung der grundrechtlichen Schutzpflichten, die das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung – überraschenderweise – gerade als nicht verletzt erachtet hat. Anschließend wird die dogmatische Begründung der vom Gericht stattdessen entwickelten Figur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ untersucht und hinsichtlich ihrer Überzeugungskraft kritisch gewürdigt: Bedurfte es dieses dogmatischen

1 BVerfGE 157, 30.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Novums überhaupt, oder ist die „eingriffsähnliche Vorwirkung" nicht vielmehr eine „Schutzpflicht unter falschem Namen"?

I. Die Aufgabe der grundrechtlichen Schutzpflicht

Die Verfassung garantiert den Schutz der Grundrechte in zwei Dimensionen: Zum einen gewährt sie den Schutz der Freiheiten vor dem Staat (das Abwehrrecht), zum anderen deren Schutz durch den Staat (die Schutzpflicht).[2] Die Abwehrdimension enthält das Recht, sich gegen aktive staatliche Freiheitseingriffe zu wehren. Die Schutzpflichtdimension hingegen verleiht dem Einzelnen einen Schutzanspruch gegen den Staat beim Bestehen von Risiken für die Grundrechtsgewährleistungen, die nicht vom Staat selbst ausgehen.[3] Die Abwehrrechtsdimension fordert daher ein Unterlassen des staatlichen Eingriffs, die Schutzdimension ein Handeln des Staates bei Bedrohungen durch Dritte. Beide Dimensionen[4] stehen gleichberechtigt nebeneinander.[5]

Die Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, die bei Umweltbedrohungen wie etwa Naturkatastrophen maßgeblich ist,[6] wird gleichermaßen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und der Menschenwürdegarantie hergeleitet. Deshalb kommt ihr schon bei abstrakter Betrachtung ein hohes Gewicht zu, jedenfalls ein höheres als der Abwehrdimension beispielsweise der Berufsfreiheit oder der Eigentumsfreiheit.

Die Schutzpflicht besteht aber nicht aus sich selbst heraus, sondern muss erst durch eine Risikolage aktiviert werden, um abwägungsfähig zu sein.

2 Kompakte Beschreibung bei *T. Wahnschaffe/F. Lücke*, Die eingriffsähnliche Vorwirkung auf Freiheitsrechte als Ansatz intertemporaler Freiheitssicherung, DÖV 2021, 1099 (1100).

3 Eine Zusammenfassung der Herleitung der weit überwiegend anerkannten grundrechtlichen Schutzpflichten findet sich bei *F. Gebhard*, Impfpflicht und Grundgesetz, Tübingen 2022, S. 118–123, 136–138 m.w.N.

4 Bei der „intertemporalen Freiheitssicherung" handelt es sich nicht um eine „Grundrechtsdimension", *Wahnschaffe/Lücke*, Vorwirkung auf Freiheitsrechte (Fn. 2), 1100; anders aber *M. Breuer*, Die Freiheit der Anderen, VerfBlog v. 18.05.2021 sowie *L. Bitz*, Zurückstecken für die Zukunft?, GRZ 2022, 11 ff.

5 *F. Ekardt/F. Heß*, Intertemporaler Freiheitsschutz, Existenzminimum und Gewaltenteilung nach dem BVerfG-Klima-Beschluss, ZUR 2021, 579 (581); für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ausführlich *Gebhard*, Impfpflicht (Fn. 3), S. 151–166.

6 Vgl. *T. Groß*, Die Ableitung von Klimaschutzmaßnahmen aus grundrechtlichen Schutzpflichten, NVwZ 2020, 337 (339).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die vage Aussicht, zukünftig irgendwann einmal betroffen sein zu können, reicht dafür zwar nicht aus.[7] Andererseits ist aber auch keine „konkrete Bedrohungslage" erforderlich. Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit verlangt, dass schon bei einer nur geringen Realisierungswahrscheinlichkeit von Beeinträchtigungen effektive Risikovorsorge betrieben wird.[8]

Die Aufgabe der Schutzpflicht liegt in der Zukunftssicherung:[9] Sie fordert ein Ende staatlichen Unterlassens von Schutzmaßnahmen und weist stets in die Zukunft,[10] weil sie sich auf die Ungewissheit einer Risikorealisierung und deren Ausmaß bezieht. Ein Element der Grundrechtsvorsorge ist ihr geradezu inhärent.[11] In die Zukunft zu wirken und nicht erst auf den Gefahreneintritt warten zu müssen, bevor grundrechtsschützende Maßnahmen ergriffen werden dürfen, ist gerade prägend für den Charakter der Schutzpflicht.

Das gilt auch hinsichtlich der Gefahren des Klimawandels: Dass die tatsächliche (Lebensgrund-)Lage sich bei einer Fortsetzung des derzeitigen Verhaltens des Menschen dramatisch zum Schlechten ändern wird, wird nicht ernsthaft bestritten.[12] Gesundheitsbedrohungen durch die Auswirkungen des Klimawandels sind hinreichend wahrscheinlich, die grundrechtliche Schutzpflicht ist also aktiviert.[13] Ungewiss ist im Einzelnen nur, wann, wo und wie intensiv Freiheitsgewährleistungen in der Zukunft tatsächlichen Gefahren durch Umweltveränderungen ausgesetzt sind.[14] Hier greift also prima facie die grundrechtliche Schutzpflicht für Leben und körperli-

7 Vgl. BVerfGE 160, 79 ff. – Triage.

8 Vgl. für viele *B. Stepanek-Bühringer*, in: P. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 8. Aufl., München 2024, Art. 2 Rn. 406.

9 Es geht „darum, die Chancen zukünftiger, nachrückender Generationen auf Befriedigung der eigenen Interessen mindestens so zu respektieren wie diejenigen der heute lebenden Generationen", mit dieser Definition *C. Calliess*, Verfassungsprinzip der Zukunftssicherung, in: G. Kirchhof/D. Wolff (Hrsg.), Zukunftssicherndes Verfassungsrecht, Tübingen 2024, S. 107 f.

10 *K. Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG, NJW 2021, 2085 (2089).

11 Vgl. *A. Stark*, Klimaschutz als intertemporaler Freiheitsschutz, KritV 2021, 237 (252).

12 *Sachverständigenrat für Umweltfragen*, Umweltgutachten 2020, S. 91 ff.; *A. Buser*, Ein Grundrecht auf Klimaschutz?, DVBl. 2020, 1389 (1390); *M. Eifert*, Verfassungsauftrag zum freiheitsschonenden Klimaschutz, JURA 2021, 1085.

13 *S. Meyer*, Grundrechtsschutz in Sachen Klimawandel?, NJW 2020, 894 (895 ff.); *W. Kahl*, Klimaschutz und Grundrechte, JURA 2021, 117 (126); *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 251; *Eifert*, Verfassungsauftrag (Fn. 12), 1089.

14 *Groß*, Ableitung (Fn. 6), 340.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

che Unversehrtheit und verpflichtet den Staat zu effektiven Schutzmaßnahmen.

II. Die Grundrechtsdogmatik des Klimaschutzbeschlusses

Der Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts kam vor diesem Hintergrund recht unerwartet, in dem stattdessen die Figur einer „eingriffsähnlichen Vorwirkung" entwickelt wurde.[15]

1. Die Entscheidung des BVerfG

Zwar folge aus der Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit auch „die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels, etwa vor klimabedingten Extremwetterereignissen wie Hitzewellen, Wald- und Flächenbränden, Wirbelstürmen, Starkregen, Überschwemmungen, Lawinenabgängen oder Erdrutschen zu schützen."[16] Eine Verletzung von Schutzpflichten durch das Klimaschutzgesetz (KSG) läge hingegen nicht vor, denn es sei angesichts des Spielraums, der dem Gesetzgeber bei der Erfüllung von Schutzpflichten zukommt, nicht „offensichtlich ungeeignet", um vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Völlig unzulänglich sei nur ein Schutzkonzept, das nicht das Ziel der Klimaneutralität verfolge, weil die Erderwärmung dann nicht aufgehalten werden könne.[17] Das Untermaßverbot sei daher nicht verletzt.[18]

Der Gesetzgeber habe aber „Grundrechte verletzt, weil er keine ausreichenden Vorkehrungen getroffen hat, die Emissionsminderungspflichten grundrechtsschonend zu bewältigen."[19] Die Regelungen des KSG, die sich lediglich auf die Zeit bis 2030 beziehen, und in dieser eben rechtlich derart große Emissionsmengen ermöglichen, dass nach 2030 noch drastischere

15 Es handele sich um eine „bundesverfassungsgerichtliche Innovation", so *C. Franzius*, Die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung, KritV 2021, 136 (158).
16 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 31/2021 v. 29.04.2021.
17 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 31/2021 v. 29.04.2021.
18 Zustimmend *S. Schlacke*, Klimaschutz – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (914).
19 BVerfGE 157, 30 (130).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Verhaltensänderungen notwendig wären, um das „Paris-Ziel“[20] noch zu erreichen, und dadurch praktisch jede grundrechtliche Freiheit gefährdet sei, entfalteten eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“. Die angegriffenen Regelungen seien verfassungswidrig, soweit eine den grundrechtlichen Anforderungen genügende Regelung *fehle*.[21] [Hervorh. d. Verf.]

2. Grundrechtsdogmatisches Novum: Die „eingriffsähnliche Vorwirkung“

Das Bundesverfassungsgericht hebt also ein grundrechtsdogmatisches Novum aus der Taufe: Vorschriften, die in der Gegenwart CO_2-Emissionen nicht ausreichend beschränkten, begründeten eine „unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit“. Eine „eingriffsähnliche Vorwirkung“ liege vor, weil das KSG „unverhältnismäßige Gefahren der Beeinträchtigung künftiger grundrechtlicher Freiheit“[22] begründe.[23] Die Auswirkungen heutiger Freiheit auf künftige Freiheit müssten aber verhältnismäßig sein.[24] Als „intertemporale Freiheitssicherung“ schützten die Grundrechte auch die Beschwerdeführer (schon jetzt) vor umfassenden Freiheitsgefährdungen durch die einseitige Verlagerung der Treibhausemissionslast.

Die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung ist ein grundrechtsdogmatisches Paradoxon: Eine staatliche Regelung, die „nicht offensichtlich ungeeignet“ sei, um Grundrechte zu schützen, sei zugleich ein rechtfertigungsbedürftiger *Eingriff* in dieselben Grundrechte, weil der Gesetzgeber es unterlassen habe, „zur Gewährleistung eines freiheitsschonenden Übergangs in die Klimaneutralität hinreichende *Vorkehrungen*“ [Hervorh. d. Verf.]

20 In Art. 2 Abs. 1 lit. a) des Pariser Übereinkommens einigten sich 195 Vertragsparteien im Rahmen der UN-Klimakonferenz auf Bemühungen, den Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen; deutsche Übersetzung in BGBl. II 2016, S. 1082 (1085).

21 BVerfGE 157, 30 (176).

22 BVerfGE 157, 30 (130).

23 Mit dem zutreffenden Vorwurf, der Entscheidung fehle es sowohl an der dogmatischen Herleitung der Erweiterung des Eingriffsbegriffs als auch an einer Erläuterung dieser durch Hinweise auf die eigene Rechtsprechung *C. Calliess*, Der Klimaschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Nr. 146, S. 17.

24 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 31/2021 v. 29.04.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu treffen.[25] Die eingriffsähnliche Vorwirkung besteht also in einem „zu wenig" staatlichen Handelns.[26]

III. Die „eingriffsähnliche Vorwirkung" als dogmatisches Paradoxon – eine Kritik

Das verlangt eine kritische Analyse. Die vorbeugende Abwehr von Risiken durch unpersonale Gefahrenquellen war schließlich bislang klassische Aufgabe der Schutzpflicht.[27]

1. Staatliches Unterlassen bleibt Schutzpflichtverletzung

Zuerst muss angesichts dieses Novums gefragt werden: Ist es dogmatisch auch dann ein Eingriff, wenn der Staat zwar aktiv handelt, aber mit diesem Handeln nicht intensiv genug in Grundrechte eingreift, sondern zu wenig tut, um Grundrechte zu schützen?

a) Kein Eingriff durch Unterlassen

Ein Eingriff in ein Abwehrrecht liegt nur vor, wenn die Beeinträchtigung des geschützten Verhaltens durch staatliches Handeln bewirkt wird.[28] Jedes Verhalten und jeder Umstand, das/der die Grundrechte von anderer Seite bedroht, ist dogmatisch und terminologisch kein Eingriff, sondern allenfalls eine „Beeinträchtigung".

Eine Schutzpflicht-Verletzung liegt hingegen vor, wenn die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutz der Grundrechte entweder überhaupt nicht, offensichtlich gänzlich ungeeignete oder zur Erreichung des Schutzziels völlig unzulängliche Maßnahmen getroffen hat.[29] Eine Verletzung des Untermaßverbots liegt vor, wenn getroffene Maßnahmen erheblich hinter

25 BVerfGE 157, 30 (130).
26 *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 238.
27 Vgl. *J. Klement*, § 80 Grundrechtseingriffe, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 2. Aufl., München 2022, Rn. 72, 74.
28 *V. Epping*, Grundrechte, 9. Aufl., Berlin 2021, Rn. 39; *Wahnschaffe/Lücke*, Vorwirkung auf Freiheitsrechte (Fn. 2), 1102 m.w.N.
29 BVerfGE 157, 30 (114); vgl. BVerfGE 77, 170 (214 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem definierten Schutzziel zurückbleiben,[30] wenn getroffene Vorkehrungen (!) für einen angemessenen und wirksamen Schutz also nicht ausreichen.[31] Ein Eingriff durch Unterlassen des Staates ist dogmatisch nicht möglich.[32]

Dass die grundrechtliche Schutzpflicht durch die Regelungen des KSG nicht verletzt sei, weil es nicht offensichtlich ungeeignet sei, um vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen, ist – hier liegt das Paradoxon – schon zweifelhaft, wenn dieselben Regelungen die Grundrechte doch „eingriffsähnlich" berühren: Wären sie nicht ungeeignet, würden sie wirken und wären gerade nicht „eingriffsähnlich".[33] Auch sie sind nach Ansicht des Gerichts aber offenbar doch nicht geeignet, das definierte Schutzziel, nämlich die Einhaltung von Art. 2 Abs. 1 lit. a) des Pariser Klima-Abkommens (sog. „1,5 °C-Ziel") zu ermöglichen und die Erderwärmung aufzuhalten.[34] Das Bundesverfassungsgericht spricht selbst von „Gefahren, die der Klimawandel für das menschliche Leben und die Gesundheit verursacht",[35] die folglich nicht vom Staat, sondern von der Natur und der Umwelt ausgehen, was die klassische Schutzpflichtkonstellation bedient.

30 Vgl. BVerfGE 160, 79 ff. – Triage.

31 Vgl. BVerfGE 88, 203 (252 f.) – Schwangerschaftsabbruch II.

32 *Breuer*, Freiheit (Fn. 4).

33 So auch *Schlacke*, Klimaschutz (Fn. 18), 915: „Einerseits hält das Gericht die Minderungspflichten bis 2030 nach dem KSG für noch verfassungskonform, obwohl das nach diesem Ansatz berechnete CO_2-Restbudget Deutschlands bis 2030 unter diesen Voraussetzungen fast aufgebraucht sein wird. Andererseits ist es gerade das bis 2030 fast aufgezehrte deutsche Restbudget, das dem Gericht als wesentliche Begründung für eine durch §§ 3 I 2 und 4 I 3 KSG nicht erfolgte schonende Verteilung von Freiheitschancen zwischen den Generationen dient, da diese Vorschriften keine rechtzeitige Einleitung eines Übergangs zur Klimaneutralität gewährleisten. Eine gewisse Widersprüchlichkeit ist offensichtlich".

34 Jedenfalls mit Zweifeln auch *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 255; a.A. *B. Stohlmann*, Keine Schutzpflicht vor zukünftigen Freiheitsbeschränkungen – warum eigentlich? VerfBlog v. 04.05.2021, sowie *Schlacke*, Klimaschutz (Fn. 18), 914 f., die das Untermaß ebenfalls als nicht verletzt erachtet, wobei allerdings unklar bleibt, weshalb die Maßstäbe der Evidenzkontrolle des Untermaßverbots nur bei staatlichem Unterlassen mit gegenwärtigen, nicht aber bei zukünftigen Folgen anwendbar sein sollen.

35 BVerfGE 157, 30 (91).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Kein Erlaubnisvorbehalt für grundrechtliche Freiheiten

Stattdessen wird daraus ein Eingriff konstruiert,[36] der damit behoben werden soll, dass der Staat gerade „mehr" von dem tut, das derzeit nur deshalb als Eingriff zu qualifizieren sei, weil der Staat gerade davon derzeit zu wenig tue. Vorschriften, die jetzt CO_2-Emissionen „zuließen", begründeten eine unumkehrbar angelegte Gefährdung künftiger Freiheiten,[37] aber nur deshalb, weil der Staat jetzt schon zu viel erlaube und damit zu wenig eingreife, um zukünftige Freiheiten zu schützen. Dabei ist schon die Annahme falsch, die im Beschluss an mehreren Stellen zu erkennen ist, der Gesetzgeber hätte die Emissionsmengen erst „zugelassen",[38] als ob sie vorher *ipso iure* verboten gewesen wären.[39] Grundrechte sind keine Verbote mit Erlaubnisvorbehalt, von dem der Staat, wenn er „großzügig"[40] ist, Gebrauch macht: Die Existenz der „Industriegesellschaft" beruht nicht auf einer „Zulassung" durch den Gesetzgeber, die Genehmigungsbedürftigkeit von Industrieanlagen folgt nur daraus, dass erst einfachrechtlich ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geschaffen wurde, ebenso wie beim „erlaubten Autoverkehr".[41] Erstmal erlauben die Grundrechte alles, was der Staat nicht rechtmäßig verbietet. Nicht genug zu beschränken ist kein „Eingriff", weil Emissionen nicht „zugelassen" werden, sondern das Unterlassen, von der erlaubten grundrechtlichen Freiheit nicht genug wieder zurückzunehmen.

c) Zwischenfazit: „Zu wenig" bedeutet „Unterlassen"

Ein „zu wenig" staatlichen Handelns für die Zeit bis 2030 stellt aus dogmatischer Sicht ebenso wenig einen Eingriff dar wie das Unterlassen von Schutzmaßnahmen für die Zeit nach 2030. Für beide Zeiträume – vor 2030 und nach 2030 – liegt vielmehr ein „Unterlassen" ausreichender

36 Pointiert in diesem Zusammenhang *Breuer*, Freiheit (Fn. 4): „Angesichts der bei Entscheidungen aus Karlsruhe sonst üblichen Begründungstiefe muss vor allem überraschend sein, was das Bundesverfassungsgericht *nicht* begründet".
37 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 31/2021 v. 29.04.2021.
38 BVerfGE 157, 30 (131); aufgegriffen von *Bitz*, Zurückstecken (Fn. 4), 12.
39 Bereits vor dem Beschluss *Buser*, Grundrecht (Fn. 12), 1392 prägnant, dass es „kein[en] Eingriff durch Duldung" geben könne.
40 BVerfGE 157, 30 (100).
41 So jedoch *Ekardt/Heß*, Intertemporaler Freiheitsschutz (Fn. 5), 582.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maßnahmen vor.[42] Auch das Argument, dass die Auswirkungen heutiger Freiheit auf künftige Freiheit verhältnismäßig sein müssen,[43] mit dem das Gericht die „eingriffsähnliche Vorwirkung" begründet, spricht dafür, dass der Gesetzgeber heutige Freiheiten gerade zu wenig beschränkt hat, um die Freiheitsrechte nachfolgender Generationen ausreichend zu schützen.[44] Ein „zu wenig" schützenden, zukunftssichernden staatlichen Handelns in der Gegenwart ist jedoch exakt das, was unter einer Verletzung des Untermaßverbotes[45] verstanden wird.[46]

Es liegt also genau die Fallgruppe der Schutzpflichtverletzung vor, dass getroffene Vorkehrungen nicht für einen wirksamen Schutz und damit die postulierte „spätere Schonung der Grundrechte"[47] ausreichen. Denn vom gegenwärtigen Zeitpunkt aus gesehen reichen die getroffenen Regelungen nicht aus, um das verfassungsrechtlich verpflichtende Schutzziel der Klimaneutralität[48] zu erreichen, weil sie zu wenig Freiheitseinschränkungen zur CO_2-Einsparung vorsehen.[49]

Der Gesetzgeber wird daraufhin vom Bundesverfassungsgericht zum aktiven Handeln, nämlich zur Vornahme von Regelungen, verpflichtet.[50] Der konkrete Handlungsauftrag an den Gesetzgeber ist typische Folge der Schutzpflichtdimension,[51] nicht des staatlichen Eingriffs. Handelte es sich dogmatisch um einen Eingriff, wäre staatlicherseits schlichtes Unterlassen des Eingriffs gefordert. Damit scheint auch das Bundesverfassungsgericht

42 Diese Annahme klingt sogar in der Pressemitteilung des Gerichts v. 29.04.2021, Nr. 31/2021 an („der Gesetzgeber […] Vorkehrungen zur Gewährleistung eines freiheitsschonenden Übergangs in die Klimaneutralität [hätte] treffen müssen, an denen es bislang fehlt"); *Schlacke*, Klimaschutz (Fn. 18), 913.

43 Pressemitteilung BVerfG Nr. 31/2021 v. 29.04.2021.

44 Vgl. *A. Buser*, Die Freiheit der Zukunft, VerfBlog v. 30.04.2021: „Die eingriffsähnliche Vorwirkung wird dann eher als Schutzpflicht […] ausgestaltet".

45 Das Untermaßverbot ist im Vergleich zur bloßen Evidenzkontrolle strenger, da es einen wirksamen und nicht nur offensichtlich unzureichenden Schutz fordert, *Buser*, Grundrecht (Fn. 12), 1393.

46 Vgl. *C. Calliess*, „Elfes" Revisited?, VerfBlog v. 25.05.2021; *Faßbender*, Klima-Beschluss (Fn. 10), 2088.

47 BVerfGE 157, 30 (171).

48 *M. Böhm*, § 84 Umweltstaatlichkeit, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. III, Heidelberg 2022, Rn. 33.

49 Prägnant abermals *Buser*, Grundrecht (Fn. 12), 1392, dass die Frage nach dem ‚genug' ein Problem der Erfüllung von Schutzpflichten sei.

50 BVerfGE 157, 30 (176); *C. Calliess*, Das „Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung" des Art. 20a GG?, ZUR 2021, 355 (356).

51 *Calliess*, Verfassungsprinzip (Fn. 9), S. 128 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu sehen, dass der Gesetzgeber hier hinter dem gebotenen Schutzniveau zurückbleibt. Dass die Folge eines gegenwärtig notwendigen schützenden Handelns das spätere Unterlassen eines Eingriffs ist, weil dieser wegen der Wirkungen gegenwärtigen Schutzes dann nicht mehr notwendig ist, ist nur logisch. Diese Prämisse führt aber nicht dazu, dass hier eine neue Grundrechtsdogmatik entwickelt wird, die beide Dimensionen miteinander verbände.[52]

2. Tatsächlicher Charakter der Gefahrvermittlung

Sodann muss eine zweite Frage gestellt werden: Ist es dogmatisch dann ein Eingriff, wenn der Staat heute so wenig tut, dass Grundrechte zu einem späteren Zeitpunkt durch die Natur, also durch im verfassungsrechtlichen Sinne „Dritte", gefährdet werden?

a) Keine „Eingriffspflicht" aus Art. 20a GG

Die Abwendung einer „umfassenden Freiheitsgefährdung" fordert in erster Linie faktische Verhaltensänderungen, um die natürlichen Lebensgrundlagen auch in Zukunft zu erhalten.[53] Die Gefährdung der zu schützenden Grundrechtsgüter hängt von der Erderwärmung ab.[54] Dass die Erderwärmung eine direkte Folge der Treibhausgasemissionen ist, ist auch in der Rechtswissenschaft anerkannt.[55] Es sind die „naturwissenschaftlichen Gegebenheiten", die eine Transformation hin zur Treibhausgasneutralität erfordern.[56] Geschieht eine Änderung menschlicher treibhausgasemittierender Verhaltensweisen nicht, gehen die Gefahren aber nicht vom Staat, sondern von einer klimatisch veränderten Umwelt aus[57] und können dogmatisch deshalb nicht den Eingriff darstellen, denn: Die Natur ist – trotz

52 So aber *Bitz*, Zurückstecken (Fn. 4), 12.

53 Denn nur, wenn die Natur die Grundrechte beeinträchtigt, folgt daraus die Notwendigkeit von Verhaltensänderungen, die wiederum Rechtspflichten hervorrufen kann.

54 *Eifert*, Verfassungsauftrag (Fn. 12), 1091.

55 *Eifert*, Verfassungsauftrag (Fn. 12), 1085.

56 *Eifert*, Verfassungsauftrag (Fn. 12), 1086.

57 So prägnant *J. F. Lindner*, Freiheit in der Klimakrise, in: P. Hellwege/D. Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, Tübingen 2024, S. 99 (102): „Die Folgen der Klimakrise haben potenziell gravierende Auswirkungen auf die tatsächliche Realisierbarkeit von Freiheitsinteressen"; *Breuer*, Freiheit (Fn. 4); *Schlacke*, Klimaschutz (Fn. 18), 914, die die Figur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung" zwar befürwortet, deren Ursache allerdings in

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

all Ihrer tatsächlichen Macht, der wir alle ausgeliefert sind – eben nicht grundrechtsverpflichtet.

Das Bundesverfassungsgericht allerdings nimmt eine „rechtlich vermittelte" eingriffsähnliche Vorwirkung an. Diese liege in der „unumkehrbar angelegten rechtlichen Gefährdung künftiger Freiheit", weil die Pflicht zur Minderung der Treibhausgasemissionen aus Art. 20a GG folge.[58] Das wäre aber nur der Fall, wenn Art. 20a GG – als „reine Staatszielbestimmung"[59] – den Gesetzgeber verpflichtete, später dann „mehr" einzugreifen als es nötig wäre, wenn er stattdessen heute schon intensiver in Grundrechte eingriffe. Art. 20a GG gibt dem Gesetzgeber jedoch nur die Verpflichtung zu Bemühungen vor, die auf das Erreichen von Klimaneutralität abzielen[60] und gesteht ihm bei diesen Bemühungen einen erheblichen Gestaltungsspielraum zu.[61] Wenngleich Art. 20a GG dem Staat die Pflicht auferlegt, sich auch bei Umweltbeeinträchtigungen von Privaten schützend vor die Umwelt zu stellen,[62] gibt die Verfassungsnorm nicht vor, dass gesetzgeberische Umweltschutzmaßnahmen zwingend Eingriffscharakter in die Grundrechte der Bürger haben müssen.[63] Art. 20a GG verpflichtet den Staat lediglich, selbst Eingriffe in die Umwelt zu unterlassen, die die natürlichen Lebensgrundlagen verschlechtern.[64] Aus Art. 20a GG folgt damit keinesfalls eine schon jetzt verfassungsgerichtlich überprüfbare, unausweichliche spätere „höhere Eingriffsintensität", weil Art. 20a GG den Gesetzgeber nicht konkret zu Grundrechtseingriffen, sondern eben nur zu klimaschützenden Maßnahmen überhaupt verpflichtet. Art. 20a GG verpflichtet nur inhaltlich zum „ob", aber nicht zum „wie" der Klimaneutralität.

Das Bundesverfassungsgericht nimmt lediglich an, dass zur Erreichung der Klimaneutralität zu einem späteren Zeitpunkt Grundrechtseingriffe

---

der „Gefahr gravierender künftiger *Umweltbelastungen*" [Hervorh. d. Verf.] sieht; anders aber *Wahnschaffe/Lücke*, Vorwirkung auf Freiheitsrechte (Fn. 2), 1107.

58 BVerfGE 157, 30 (132).

59 *G. Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung, Tübingen 2022, S. 12.

60 Der Gesetzgeber darf einen fortschreitenden Klimawandel von Verfassungs wegen nicht tatenlos hinnehmen, Pressemitteilung BVerfG Nr. 31/2021 v. 29.04.2021.

61 BVerfGE 157, 30 (145); *A. Epiney*, in: P. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 8. Aufl., München 2024, Art. 20a Rn. 88.

62 Für viele *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 20a Rn. 52; *H. Jarass*, in: H. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 18. Aufl., München 2024, Art. 20a Rn. 5; *H. Wolff*, in: H. Wolff (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 13. Aufl., Baden-Baden 2022, Art. 20a Rn. 5.

63 A.A. *Bitz*, Zurückstecken (Fn. 4), 12 f.

64 *Schulze-Fielitz* (Fn. 62), Art. 20a Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unausweichlich seien. Es sieht den Verfassungsverstoß folglich vielmehr bei zukünftig wohl notwendiger Klimapolitik als bei einem derzeit unzulänglichen Schutz vor den Gefahren des Klimawandels.[65] Zukünftige Grundrechtseingriffe sind zwar wahrscheinlich, rechtlich jedoch nicht zwingend.[66] Die Erwartung von Eingriffen ist aber keineswegs jetzt schon „rechtlich vermittelt". Wenn Klimaschutz ohne Grundrechtseingriffe erfolgen kann (sondern z.B. bereits durch die Schaffung von Anreizen zu freiwilligem klimaschützendem Verhalten der Bürger),[67] ist das umso mehr zu befürworten.

b) Jedenfalls keine Antizipation des Umsetzungsaktes

Selbst wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht aus Art. 20a GG eine spätere verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zu Grundrechtseingriffen herleitet, bedarf es – bis der Eingriff für die Grundrechte der Bürger Rechtswirkungen entfaltet – noch eines Umsetzungsaktes, der in der Gegenwart noch nicht existiert und dessen Einzelheiten daher jetzt noch nicht antizipiert werden können.[68] Die Rechtspflicht zur Verminderung der Treibhausgasemissionen folgt für den einzelnen Bürger jedenfalls nicht direkt aus Art. 20a GG, denn dieser adressiert unmittelbar nur den Gesetzgeber,[69] richtet sich aber nicht an Private und entfaltet auch keine Drittwirkung.[70] Allein der Umstand, dass den Gesetzgeber nach 2030 eine Rechtspflicht zu grundrechtseingreifenden Maßnahmen treffen würde, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht zur Annahme einer Eingriffswirkung führen. Denn derzeit kann noch keine Aussage über die Ausgestaltung der Regelungen und damit über die Eingriffsintensität getroffen werden, die zuvörderst dem Gesetzgeber obliegt.[71] Möglicherweise sind diese Grundrechtseingriffe nicht nur erst wegen der dann bereits dramatisierten Situation, sondern

65 Mit dieser Feststellung bereits *Ekardt/Heß*, Intertemporaler Freiheitsschutz (Fn. 5), 579.
66 Ähnlich *Breuer*, Freiheit (Fn. 4).
67 Anklingend bei *Bitz*, Zurückstecken (Fn. 4), 15.
68 *Klement*, § 80 Grundrechtseingriffe (Fn. 27), Rn. 73.
69 *Epiney* (Fn. 61), Art. 20a Rn. 100; *Wolff* (Fn. 62), Art. 20a Rn. 4.
70 *Schulze-Fielitz* (Fn. 62), Art. 20a Rn. 66.
71 *Klement*, § 80 Grundrechtseingriffe (Fn. 27), Rn. 73; dieser Umstand wird jedoch teilweise für unbeachtlich gehalten, so etwa *Bitz*, Zurückstecken (Fn. 4), 18.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch schon nach heutigen Maßstäben verhältnismäßig und damit hinzunehmen.[72]

3 . Keine Gegenwartswirkung späterer Eingriffe

Drittens ist zu fragen: Ist es dogmatisch jetzt schon ein Eingriff, wenn der Staat gegenwärtig so wenig tut, dass zu einem späteren Zeitpunkt drastische, diesmal wirklich aktive Grundrechtseingriffe unerlässlich werden, um die Freiheitsrechte zu schützen?

a) Belastende Wirkung der „Vorwirkung" in der Gegenwart?

Jedenfalls das Bundesverfassungsgericht nimmt eine „Vor"-Wirkung eines späteren Eingriffs – von dem unklar ist, wann und in welcher Intensität er erfolgen wird – in die Gegenwart hinein an. Das Gericht spricht selbst nur von „unverhältnismäßigen Gefahren der Beeinträchtigung"[73], die in der gegenwärtigen Rechtslage „angelegt" seien.[74] Es bleibt aber unklar, welcher Umstand dazu führe, dass schon gegenwärtig eine justiziable eingriffsähnliche Vorwirkung vorliege.[75] Und warum kann schon die „Ähnlichkeit einer Vorwirkung" für die Annahme einer Grundrechtsverletzung ausreichen?[76] Es gehe jetzt darum, spätere Grundrechte zu schonen; zum Zwecke des Schutzes, der in die Zukunft weist, müsse man heute schon intensiver eingreifen (diese intensiveren Eingriffe bleiben in der Gegenwart – wie aufgezeigt – aus). Heute gerade unterbleibende Eingriffe sollen nach Ansicht des Gerichts folglich eine gegenwärtige „eingriffsähnliche Vorwirkung" haben. Nach der angegriffenen Rechtslage tritt eine rechtliche Belastungswirkung aber erst in der Zukunft ein, von einer Vorwirkung dergestalt, dass jetzt schon staatliche Eingriffe spürbar wären, ist nichts zu merken.[77] Das derzeitige Unterlassen, für die Erreichung der Klimaneutralität ausreichende Grenzwerte festzulegen, ist auch zum jetzigen Zeitpunkt kein aktiver

72 Mit dieser Tendenz auch *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 260.
73 BVerfGE 157, 30 (130).
74 BVerfGE 157, 30 (105).
75 Skeptisch insoweit auch *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 260 sowie *M. Beckmann*, Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der „intertemporale Freiheitsschutz", UPR 2021, 241 (245).
76 Mit dieser Frage schon *Beckmann*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 75), 245.
77 *Klement*, § 80 Grundrechtseingriffe (Fn. 27), Rn. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eingriff, sondern die Verletzung der Schutzpflicht. Die derzeitige Wirkung des KSG ist eine trügerische Schonung der gegenwärtigen Freiheitsrechte, indem es von ausreichend intensiven Eingriffen absieht. Dass zukünftige rechtliche Eingriffe in der angegriffenen Rechtslage „angelegt" seien, kann keine Eingriffswirkung oder auch nur eine, die dieser ähnlich ist, zeitigen. Ansonsten ließe sich eine „eingriffsähnliche Vorwirkung" in die Gegenwart hinein stets dann konstruieren, wenn eine Rechtslage potenziell Auswirkungen auf die Zukunft hat – also im Grunde genommen immer.

Das mag zwar als ungerecht empfunden werden, allein die Annahme jedoch, dass der Gesetzgeber später in Grundrechte eingreifen werde, bewirkt in der Gegenwart noch keine „eingriffsähnliche Vorwirkung", die jetzt schon verhältnismäßig sein müsse. Dass spätere Klimaschutzregelungen nicht milder ausfallen können, als sie es voraussichtlich tun werden, hat nichts mit gegenwärtigen Freiheitseingriffen zu tun. Führte man diesen Gedanken ad absurdum, stünden diese Freiheitseingriffe schon bei jeder Parlamentsdebatte im Raum, bei der Grundrechtseingriffe diskutiert werden. Die Folge wäre, dass die „Verhältnismäßigkeit" dieser in der parlamentarischen Debatte geäußerten Überlegungen eingeklagt werden kann, noch bevor ein Gesetz in Kraft ist.

b) Unklarheit der Intensitätsschwelle

Außerdem stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, dass wegen der heutigen Regelungen später intensivere Grundrechtseingriffe nötig wären als mit heute strengeren Regelungen. Wenn es allerdings davon spricht, dass „die Reduktionslasten über die Zeit und zwischen den Generationen nicht einseitig zulasten der Zukunft verteilt"[78] sein dürfen, nimmt es offenbar auch bei heute ausreichend strengen Regelungen dennoch an, dass auch in Zukunft Grundrechtseingriffe noch immer erforderlich sein werden, um Klimaneutralität zu erreichen. (Heute schon mit maximaler Intensität in Grundrechte einzugreifen, um späteren Generationen sämtliche klimabezogenen Grundrechtseingriffe zu „ersparen", was unter Einbeziehung des Gedankens „intertemporaler Freiheitssicherung" auch nicht per se unverhältnismäßig erscheint, steht offensichtlich auch nicht zur Debatte. Auch das wäre im Übrigen aber eine einseitige Verlagerung der Verantwortung.[79]) Es steht zu fragen: Hätten diese Eingriffe dann keine eingriffsähnliche

78 BVerfGE 157, 30 (135).

79 Anklingend auch bei *Schlacke*, Klimaschutz (Fn. 18), 916.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwirkung? Misst das Gericht nur den „intensiven" späteren Eingriffen diese nicht näher greifbare eingriffsähnliche Vorwirkung zu? Was ist der Maßstab? Bei welcher Eingriffsintensität soll die Grenze dafür gezogen werden, dass spätere Eingriffe in die Gegenwart „vorwirken"? Müsste mit dieser Argumentation dann nicht jeder für die Zukunft erwartete Eingriff schon jetzt „eingriffsähnliche Vorwirkung" haben? Das erscheint inkonsequent und zeigt: Auch hier ist der Weg, bereits jetzt von einer Schutzpflichtverletzung auszugehen, dogmatisch sauberer.

IV. Fazit: Keine Notwendigkeit der „eingriffsähnlichen Vorwirkung"

Die Figur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung" ist abzulehnen. Ungeachtet der Tatsache, dass auch ihr Anknüpfungspunkt im Wortlaut der Verfassung zweifelhaft ist,[80] braucht es sie auch nicht,[81] denn sie bespielt die gleiche Grundrechtsgefährdungssituation wie die Schutzpflicht,[82] ist dafür aber dogmatisch inkonsistent.[83] Die grundrechtliche Schutzpflicht ist wegen des Risikos von Grundrechtsbeeinträchtigungen auch für die Zeit nach 2030 schon jetzt aktiviert, denn: Die Natur-Gefahren, die auf die Menschheit zukommen, lassen sich eher antizipieren[84] als die dann notwendigen staatlichen Eingriffe, die das Bundesverfassungsgericht schon jetzt kommen sieht.[85]

Näher liegt deshalb, schon für die Zeit bis 2030, vielmehr aber auch ab 2030 die Verletzung des Untermaßverbots anzunehmen,[86] denn für diese Zeit sind ja in der Tat „völlig unzulängliche", nämlich überhaupt keine Regelungen getroffen worden.

Das soll keinesfalls ein Plädoyer gegen Klimaschutz sein. Wir müssen uns alle einschränken, und es ist gut und richtig, dass Bürgerinnen und

80 *Calliess*, „Elfes" (Fn. 46).
81 So schon *Lindner*, Freiheit (Fn. 57), S. 112.
82 *Faßbender*, Klima-Beschluss (Fn. 10), 2089.
83 Etwas vorsichtiger, lediglich mit dem Vorwurf methodischer Intransparenz *C. Calliess*, in: R. Scholz/M. Herdegen/H. Klein (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 104. EL, München 2024, Art. 20a Rn. 170.
84 *Meyer*, Grundrechtsschutz (Fn. 13), 897.
85 Die Naturgefahren sind denklogische Bedingung für die angenommenen späteren staatlichen Grundrechtseingriffe, die jetzt schon eingriffsähnliche Vorwirkung entfalten sollen.
86 So auch *Breuer*, Freiheit (Fn. 4); *Calliess* (Fn. 83), Art. 20a Rn. 170; *Faßbender*, Klima-Beschluss (Fn. 10), 2088.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bürger dazu auch rechtlich verpflichtet werden. Jedoch ist der grundrechtsdogmatische Anknüpfungspunkt der falsche. Es ist ein dogmatischer Umweg, die Auswirkungen von in der Gegenwart zu wenig beschränkten Freiheiten auf zukünftige Freiheiten als „eingriffsähnliche Vorwirkung" von heute zu laschen Regelungen einzuordnen, anstatt – nach etablierter Grundrechtsdogmatik – eine Verletzung von Schutzpflichten durch die heute zu laschen Regelungen anzunehmen. Intertemporalen Freiheitsschutz gibt es bereits, auch ohne die Figur der „eingriffsähnlichen Vorwirkung". Prospektiv und zukunftssichernd schon vor dem Eintritt von Gefahren zu wirken, ist gerade Sinn und Wesen der Schutzpflicht, nicht der Abwehrrechte. Und das klingt sogar in einigen Formulierungen des Beschlusses an, wenn das Gericht bereits im ersten Leitsatz feststellt, dass sich die objektivrechtliche Schutzverpflichtung aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch auf künftige Generationen beziehe.

1. Alternative: Spielraumverengung bei der Erfüllung klimabezogener Schutzpflichten

Sauberer wäre es, einen strengeren Maßstab an die Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht anzulegen, nämlich eine Verengung des gesetzgeberischen Spielraums bei der Erfüllung speziell von klimabezogenen Schutzpflichten,[87] wenn man sie schon jetzt als nicht verletzt ansieht. Dafür sprechen wiederum drei Argumente.

a) Naturgegeben verdichtete Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Erstens: Der Einwand, eine gewissermaßen bereichsspezifische Verengung sei aus Gewaltenteilungsgesichtspunkten problematisch, weil das Bundesverfassungsgericht seine Kompetenzen überschreiten und sich gewissermaßen zum „zweiten Gesetzgeber" aufschwingen könnte, wäre hier nur ein Scheinproblem.[88] Zum ersten leitet das Bundesverfassungsgericht im Klimaschutzbeschluss selbst in Bezug auf Art. 20a GG für sich die Befugnis

87 Dafür auch *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 255 sowie *Beckmann*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 75), 244, 248.

88 Ohne Bedenken auch *Ekardt/Heß*, Intertemporaler Freiheitsschutz (Fn. 5), 582; anders aber tendenziell *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 256 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ab, „über die Wahrung der Grenzen dieser Verfassungsnorm zu wachen",[89] womit detaillierte Vorgaben gemeint sind, was der Gesetzgeber alles zu regeln habe – und zwar, nachdem es dem Gesetzgeber eine Konkretisierungsprärogative zugestanden hat.[90] Wenn das Gericht das aber schon für eine relativ unbestimmte Verfassungsnorm[91] annimmt, deren Handlungsauftrag sich überdies ausdrücklich zuerst an den Gesetzgeber richtet, muss eine solche Spielraumverengung, vermittelt durch das Bundesverfassungsgericht, bei klimabezogenen Schutzpflichten erst recht zulässig sein. Zum zweiten wäre es im Bereich des Klimaschutzes, also klimabezogener Schutzpflichten, nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern eine „höhere Gewalt", nämlich die Natur und die Umwelt, die dem Gesetzgeber die Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit inhaltlich vorgibt.[92] Die „Unbestimmtheit der Schutzpflicht",[93] die den Spielraum des Gesetzgebers erst begründet, ist in Klimafragen im Grunde genommen deutlich weniger ausgeprägt als in anderen Lebensbereichen, weil aus naturwissenschaftlicher Perspektive klar ist, welche Schutzziele mindestens erreicht werden müssen, um die Grundrechtsbedrohungen des Klimawandels zu verhindern oder zumindest abzumildern.[94] Der „klimapolitische Spielraum" des Gesetzgebers verengt sich zunehmend.[95] Auch dann, wenn nicht immer klar ist, ob Maßnahmen die vorgegebenen Ziele erreichen können, muss für den Gestaltungsspielraum freilich gelten: Maßnahmen, deren Wirkung gesichert ist, vor solchen, deren Wirkung unsicher ist. Auf diese Weise könnte verhindert werden, dass die grundrechtliche Schutzpflicht auch weiterhin in der Rechtspraxis nur ein „stumpfes Schwert"[96] ist.

89 BVerfGE 157, 30 (145).

90 *Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung (Fn. 59), S. 12.

91 *Ekardt/Heß*, Intertemporaler Freiheitsschutz (Fn. 5), 580 attestieren Art. 20a GG sogar eine „relative Aussagearmut".

92 A.A. BVerfGE 157, 30 (62): „Ob und auf welche Höhe die CO2-Konzentration in der Erdatmosphäre und der Temperaturanstieg zu begrenzen sind, ist eine klimapolitische Frage. Sie ist nicht durch die Naturwissenschaften zu beantworten".

93 *M. Eifert*, Bundesklimaschutzgesetz teilweise verfassungswidrig: Intertemporaler Freiheitsschutz, JURA 2021, 1135.

94 Dass „wissenschaftliche Klarheit über irreversible Folgen und schwere drohende Gefahren" besteht, wird von dessen Befürwortern auch als Voraussetzung des intertemporalen Freiheitsschutzes gesehen, so *Bitz*, Zurückstecken (Fn. 4), 15.

95 *Buser*, Grundrecht (Fn. 12), 1396; anders aber BVerfG, Beschl. v. 15.12.2022 – 1 BvR 2146/22, das dem Gesetzgeber noch immer sehr weiten Spielraum bei der Auswahl von Maßnahmen zur Verringerung der Treibhausgasemissionen einräumt.

96 *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 252.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Gewicht der bedrohten Rechtsgüter

Zweitens: Der Inhalt gesetzgeberischer Schutzpflichten hängt „von der Art, der Nähe und dem Ausmaß möglicher Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts sowie von den schon vorhandenen Regelungen ab".[97] Es gilt somit ohnehin schon nach derzeitigem Stand der Schutzpflichtendogmatik, dass die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative sich verengt, je gewichtiger die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter sind. Was könnte gewichtiger sein als die Summe aller Freiheitsrechte, die durch den fortschreitenden Klimawandel bedroht sind? Deren Gewicht dürfte sich angesichts der Irreversibilität der Grundrechtsgefahren bei einer Überschreitung der Kipppunkte und der planetaren Belastungsgrenzen noch verstärken.[98]

c) Vorwirkung als Charaktermerkmal der Schutzpflicht

Drittens: In die Schutzpflicht müsste – anders als in einen später wie auch immer ausgeprägten Eingriff – eine „Vorwirkung" nicht erst hineingelesen werden, denn es ist gerade dogmatischer Charakter der Schutzpflicht, schützend (und eben nicht „eingriffsähnlich") bereits jetzt für später zu wirken. „Klimabezogene Schutzpflichten stellen den wesentlichen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt dar, um klimapolitische ‚Gegenwartslösungen auf Kosten der Zukunft'[99] zu verhindern."[100] Die Schutzpflicht gebietet es, vorsorgend, also mit möglichst großem „Abstand" zur drohenden Gefahr, tätig zu werden.[101] Es droht also, wenn die Schutzpflichtdimension zum klimabezogenem Grundrechtsschutz herangezogen wird, auch keine zeitliche Uferlosigkeit der Schutzpflicht in die Zukunft hinein, wenn sogar die Berichterstatterin des Klimaschutzbeschlusses selbst der Ansicht ist, dass „die intertemporale Freiheitssicherung im Klimabeschluss", als stattdessen herangezogenes dogmatisches Instrument, „kein Schutz ferner Generationen [ist], sondern [...] nur den Schutz künftiger Freiheit der

97 BVerfGE 49, 89 (142).
98 *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 255.
99 *I. Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, Tübingen 2005, S. 118.
100 *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 252.
101 *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 255.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bereits heute Lebenden" betrifft.[102] In Bezug auf die bereits heute schon lebenden, zukünftig von den Auswirkungen des Klimawandels betroffenen Individuen handelt es sich bei Anwendung der Schutzpflicht auch nicht um einen „Schutz vor sich selbst",[103] der daher unzulässig[104] wäre. Unzulässig ist der „Schutz vor sich selbst" nur, wenn auszuschließen ist, dass von der eigenen riskanten Freiheitsausübung Dritte betroffen sind, die sich nicht gegen die schädlichen Auswirkungen der Freiheitsausübung des Anderen wehren können, wenn ein Drittbezug also gänzlich fehlt.[105] Das ist bei den Auswirkungen des Klimawandels anders, denn „die anderen gefährden mit ihrem gegenwärtigen Freiheitsgebrauch ebenso meine künftige Freiheit, wie ich die ihre gefährde."[106] Somit wäre auch eine Verletzung des Untermaßverbotes für die Zeit nach 2030 bereits gegenwärtig feststellbar und justiziabel.

2. Schlussbetrachtung

Eine Lösung über die anerkannte und etablierte Figur der grundrechtlichen Schutzpflichten hätte somit zum gleichen Ergebnis geführt:[107] Die Verfassung gebietet mehr Klimaschutz, als momentan durchgesetzt wird. Allerdings hätte das Gericht dem Gesetzgeber – jedenfalls nach der bis heute gängigen verfassungsgerichtlichen Handhabung bei der Feststellung von Schutzpflichtverletzungen – dann keine oder jedenfalls weniger Vorgaben darüber machen können,[108] was infolge des Beschlusses „unter Beachtung

102 *G. Britz*, „Gleichheit in der Zeit", in: G. Kirchhof/D. Wolff (Hrsg.), Zukunftssicherndes Verfassungsrecht, Tübingen 2024, S. 200 (209).

103 So auch *J. Froese*, Menschenwürdige Zukunft und Schutzpflichten zugunsten künftiger Freiheit, in: G. Kirchhof/D. Wolff (Hrsg.), Zukunftssicherndes Verfassungsrecht, Tübingen 2024, S. 229 (248).

104 *Gebhard*, Impfpflicht (Fn. 3), S. 144 ff.; *Froese*, Menschenwürdige Zukunft (Fn. 103), S. 229 (248).

105 *Gebhard*, Impfpflicht (Fn. 3), S. 145 f.

106 *Froese*, Menschenwürdige Zukunft (Fn. 103), S. 229 (248).

107 So wohl auch *Calliess*, „Elfes" (Fn. 46).

108 Vgl. *Stark*, Klimaschutz (Fn. 11), 251; *Calliess*, Verfassungsprinzip (Fn. 9), S. 143; *R. Schmidt/S. Borchert*, Demokratie und Klimaschutz, in: P. Hellwege/D. Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, Tübingen 2024, S. 85 (94); *Franzius*, Figur (Fn. 15), 145; a.A. *Schlacke*, Klimaschutz (Fn. 18), 914, die im Beschluss gerade nicht die Gefahr sieht, dass das Gericht sich zum zweiten Gesetzgeber mache.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Maßgaben“[109] alles weitergehend geregelt werden muss.[110] Es hätte vielmehr auf seine ausdrücklich zugestandene Einschätzungsprärogative und Gestaltungshoheit vertrauen müssen.[111] Vielleicht wollte Karlsruhe dieses Risiko nicht eingehen.[112]

109 BVerfGE 157, 30 (176).

110 Da der Gesetzgeber die weitere Absenkung der Emissionsmengen unter Beachtung verbleibender Emissionsmengen regeln muss, weil Art. 20a GG Klimaneutralität vorgibt, schließt die gesetzgeberische Handlungspflicht die Rechtzeitigkeit der Festlegungen weiterer Reduktionsmaßgaben ein, die zudem hinreichend weit in die Zukunft reichen sowie eine differenzierte Festlegung der weiteren Jahresemissionsmengen (erzeuge Planungsdruck) beinhalten müssen, BVerfGE 157, 30 (169 ff.).

111 Vgl. *Calliess*, „Elfes“ (Fn. 46): „Hier deutet der Erste Senat letztlich eine grundrechtliche Schutzpflicht in ein Abwehrrecht um. Im Zuge dieser „Transformation“ kann er das Klimaschutzgesetz dann in Anlehnung an das abwehrrechtliche Eingriffsschema samt rechtsstaatlichem Verteilungsprinzip prüfen“.

112 So schon anklingend bei *Stohlmann*, Keine Schutzpflicht (Fn. 34): „So kann es [das Bundesverfassungsgericht, Anm. d. Verf.] sich mit der Situation konfrontiert sehen, dass die aus früheren Entscheidungen abstrahierten Maßstäbe den Weg zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben versperren, die es in einer Entscheidung treffen will“, stärker noch bei *Breuer*, Freiheit (Fn. 4): „Mein Eindruck ist, dass diese Konstruktion gezielt gewählt wurde. Sie sollen [sic!] zum einen vermeiden, sich zur Verneinung der Schutzpflichtverletzung im [sic!] Widerspruch zu setzen […]. Zum anderen führt sie zu einem strengeren Prüfungsmaßstab, weil bei den Abwehrrechten das Übermaß- und nicht wie bei den Schutzpflichten das bloße Untermaßverbot gilt“; a.A. *Franzius*, Figur (Fn. 15), 152.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Partizipation und Emanzipation

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die deliberative Neuerfindung des Petitionsrechts: Ein Anstoß zur Zukunft demokratischer Repräsentation

David Schwarz

Abstract: *Die parlamentarisch-elektorale Demokratie hat sich als Inbegriff der Demokratie an sich etabliert. Dabei sieht sie sich mit beachtlichen Problemen konfrontiert. Vor diesem Hintergrund beleuchtet der vorliegende Beitrag die Grenzen elektoraler Herrschaftsbegründung und alternative Legitimationswege. Er entwickelt einen Vorschlag zur Integration losbasierter Elemente in das bestehende Regierungssystem und untersucht deren verfassungsrechtliche Machbarkeit. Ziel ist es, den Raum des demokratietheoretisch und verfassungsdogmatisch Denkbaren zu erweitern und neue Möglichkeiten zur Ausgestaltung des Gemeinwesens offenzulegen.*

Das Grundgesetz identifiziert in Art. 20 II GG das Volk als Quelle aller staatlichen Gewalt. Während an dieser Stelle noch eine gewisse sprachliche Offenheit herrscht, tritt in späteren Artikeln klar hervor, worauf Demokratie im Sinne des Grundgesetzes hinausläuft: Die Repräsentation des Volkes in gewählten Parlamenten.

Dieser Verengung von Demokratie auf ihre elektorale Ausprägung möchte der vorliegende Beitrag eine kritische, das heißt ermöglichende[1] Perspektive entgegensetzen, die plurale demokratische Ausdrucksformen zulässt. Hierzu werden zunächst zentrale Probleme des demokratischen Status quo aufgezeigt. (I.). Zur Lösung sind nicht zuletzt losbasierte deliberative Organe im Gespräch. Gleichwohl sehen sich solche Vorschläge Zweifeln an ihrer demokratischen Legitimation ausgesetzt. Um dem zu begegnen, entfaltet der Beitrag auf Grundlage der jüngeren politischen Philosophie eine komplexere Konzeption demokratischer Repräsentation. Es zeigt sich, dass Losorgane im Gegenteil zur verbesserten Legitimierung eines demokratischen Systems beitragen können (II.). Ausgehend von diesen Überlegungen wird sodann die Idee deliberativer Petitionen als eine Möglichkeit entwickelt,

1 Vgl. hierzu *M. Foucault*, What Is Enlightenment?: „[…]the critical question today has to be turned into a positive one: in what is given to us as universal, necessary, obligatory, what place is occupied by whatever is singular, contingent, and the product of arbitrary constraints?" Zitiert nach P. Rabinow, The Foucault Reader, London 2020, S. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine Ergänzung des demokratischen Systems institutionell zu vollziehen (III.). Ein solcher Vorschlag muss dabei den Grenzen des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips genügen (IV.).

I. Unzulänglichkeiten der Gegenwartsdemokratie

So paradigmatisch die parlamentarische Demokratie heute auch sein mag, gibt es doch Anlass dazu, sich mit ihrer Funktionsweise kritisch auseinanderzusetzen.

1. Aristokratische Repräsentation

Die Entstehungsgeschichte der modernen Demokratie ist von aristokratischen Gesellschaftsvorstellungen geprägt.[2] Freilich wäre es verkürzt, hieraus Schlüsse für heutige elektorale Regierungssysteme ziehen zu wollen. Es muss vielmehr untersucht werden, ob sich auch in ihnen aristokratische Züge entdecken lassen.

Die Antwort auf diese Frage ist entmutigend. Das gilt zunächst für die Zusammensetzung der staatlichen Organe selbst. So sind Frauen[3] und Menschen mit Migrationshintergrund[4] in Parlamenten deutlich unter-, Akademiker*innen dagegen klar überrepräsentiert.[5]

2 Dies weist *Manin* umfangreich nach, *B. Manin*, Principes du gouvernement représentatif, Paris 2019, S. 125 ff. Den Begriff der Aristokratie verwende ich dabei als „natural aristocracy" im Sinne der amerikanischen Verfassungsdebatte, also als eine Gruppe von Menschen, die sich insbesondere hinsichtlich ihrer sozialen Stellung von der Gesamtbevölkerung abheben, vgl. ebd., S. 154 ff. Er muss sowohl von der „klassischen" hereditären Aristokratie als auch von dem Bild einer verschworenen Gruppe von Oligarchen unterschieden werden.

3 Bundeszentrale für Politische Bildung, Frauenanteil im Deutschen Bundestag, https://www.bpb.de/themen/gender-diversitaet/frauen-in-deutschland/49418/frauenanteil-im-deutschen-bundestag/ (abgerufen am 25. September 2024).

4 Bundeszentrale für Politische Bildung, Die parlamentarische Repräsentation von Menschen mit Migrationsgeschichte im Bundestag, https://www.bpb.de/themen/migration-integration/kurzdossiers/514281/die-parlamentarische-repraesentation-von-menschen-mit-migrationsgeschichte-im-bundestag/ (abgerufen am 25. September 2024).

5 Hierzu ausführlich *M. Bovens/W. Anchrit*, Diploma Democracy, Oxford 2017. Auch in frühen Arbeiterparteien bildete sich schnell eine elitäre Funktionärsschicht, die auch sozio-ökonomisch von der Masse der Parteimitglieder abgesetzt war, *R. Michels*, Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie, Leipzig 1910, S. 220 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Diese mangelnde deskriptive Repräsentativität hat Folgen für den politischen Prozess. Die politikwissenschaftliche Forschung zeigt, dass Abgeordnete eher mit den Positionen derjenigen Bürger*innen übereinstimmen, mit denen sie sozialen Merkmale teilen.[6] In der Folge entsprechen die Ergebnisse des politischen Prozesses regelmäßig den Präferenzen oberer gesellschaftlicher Schichten.[7] Diese Befunde führen *Schäfer* und *Zürn* zu der Feststellung, dass „zwischen den Präferenzen von Arbeiterinnen, Facharbeitern und einfachen Angestellten einerseits und der Umsetzung von Reformen andererseits *kein überzufälliger Zusammenhang* besteht."[8]

2. Kurzsichtige Repräsentation

Neben der ungleichen Repräsentation von Staatsangehörigen gibt es Interessen, die aus der elektoralen Demokratie schon von vornherein ausgeschlossen sind. Das naheliegende Beispiel hierfür ist der Ausschluss bestimmter Bevölkerungsgruppen vom Wahlrecht. Dieses Phänomen gehört dabei nicht etwa der Vergangenheit an. Vielmehr definiert auch heute die In-Group im Wege des Staatsangehörigkeitsrecht, wer zu ihr gehören darf und wer nicht.

Dabei ist dieser Ausschlussmechanismus freilich keine Eigenheit der elektoralen Demokratie, sondern des Nationalstaats an sich. Allerdings ist in einem elektoral-repräsentativen System jeder Aufwand für jemand anderen als die wählende Bevölkerung mit Opportunitätskosten verbunden, die den Unterschied zwischen Wiederwahl und Niederlage ausmachen können. Dadurch befördert das elektoral-repräsentative System eine Logik, die Egoismus und Kurzsichtigkeit befördert und so die Folgen der Exklusion verschlimmert.[9]

---

6 Vgl. *N. Carnes*, Does the Numerical Underrepresentation of the Working Class in Congress Matter?, Legislative Studies Quarterly 2012, S. 5 ff.; *W. Schakel/A. Hakhverdian*, Ideological congruence and socio-economic inequality, European Political Science Review 2018, S. 441 ff.

7 *L. Elsässer/S. Hense/A. Schäfer*, „Dem Deutschen Volke"? Die ungleiche Responsivität des Bundestags, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2017, S. 161; *M. Gilens*, Inequality and Democratic Responsiveness, Public Opinion Quarterly 2005, S. 778 ff.

8 *A. Schäfer/M. Zürn*, Die demokratische Regression, Berlin 2022, S. 99 (Hervorhebung durch den Autor).

9 Das gilt erst recht für die Missachtung der Interessen künftiger Generationen. Vgl. hierzu *D. F. Thompson*, Representing future generations, in: Critical Review of International Social and Political Philosophy 2010, S. 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es ergibt sich so das Bild eines Regierungssystems, das kaum imstande ist, Interessen in den Blick zu nehmen, die ihm nicht persönlich, räumlich und zeitlich unmittelbar nahestehen, kurz: einer kurzsichtigen Repräsentation.

3. Die Wahl als stumpfes Werkzeug

Anstatt elektorale Demokratie und Volksherrschaft schlicht begrifflich gleichzusetzen, ist es wichtig, sich die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten der Bevölkerung auf den politischen Entscheidungsprozess vor Augen zu führen.

Die zentrale Zugriffsform des Volkes auf die politische Macht ist der Wahlakt. Allerdings ist er selbst keine Entscheidung für eine bestimmte politische Maßnahme, sondern für eine bestimmte Partei oder eine*n Kandidat*in. Durch die enorme Komprimierung von politischen Daten in eine einzige Wahlentscheidung ist die Präferenzübertragung durch Wahlen überaus unpräzise.[10] Diese Problematik schlägt auch auf politischen Protest durch. Obwohl dieser fraglos ein wichtiges Werkzeug gesellschaftlichen Wandels darstellt, muss seine Wirksamkeit durch die nur diffus bestehende Sanktionsmöglichkeit bei Nichtbeachtung der vorgebrachten Anliegen geschwächt sein.

Wo Wahlen als Kontrollmechanismus hochgehalten werden, ist überdies zu bedenken, dass wirksame Kontrolle eine der*dem Wähler*in annehmbare Alternative voraussetzt. In dem andernfalls auftretenden Konflikt besteht sonst nur die Möglichkeit, eine der Parteien als kleineres Übel anzunehmen.

4. Zwischenfazit: Desiderata der Zukunfts-Demokratie

Die elektorale Demokratie hat sich als bedeutsamer Schritt weg von der monarchischen Despotie verdient gemacht. Doch mehr als zweihundert Jahre nach ihrem Aufkommen zeigt sich, dass dieses uns so vertraute politische System Fragen offenlässt. Es gilt daher, über eine Weiterentwicklung der Demokratie nachzudenken, die ihren aristokratischen Charakter

10 *S. Behrendt,* Der Klimaaktivismus im Lichte von Grundrechts- und Demokratietheorie, in: P. Hellwege/D. Wolff (Hrsg.), Klimakrisenrecht, Tübingen 2024, S. 157; *P. Berger*, Grundgesetz und Aleatorische Demokratie, Berlin 2024, S. 84 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bekämpft, einen reflektierteren Blick auf die Folgen unseres Wirkens auf Dritte ermöglicht und der Gesellschaft einen neuen, aktivierenden Zugriff auf das Staatswesen erlaubt.

II. Vielfalt legitimer demokratischer Repräsentationsverfahren

Auf der Suche nach demokratischen Innovationen wecken losbasierte Institutionen seit einigen Jahren großes Interesse.[11] Allerdings haben solche Institutionen bislang stets eine ausschließlich konsultative Rolle eingenommen.[12] Grund hierfür sind nicht zuletzt Zweifel an der demokratischen Legitimationskraft von Losverfahren. Um den Raum für eine Ergänzung demokratischer Institutionen zu öffnen, muss dieses Problem adressiert werden.

1. Grenzen der elektoralen Herrschaftslegitimation

Die elektorale Demokratie hat sich nicht zuletzt durchgesetzt, weil sie als angemessene Antwort auf die kontraktualistischen Theorien der Herrschaftsbegründung galt, die im Revolutionszeitalter großen Einfluss genossen. Der Wahl wird zugeschrieben, dass sich in ihr die Zustimmung des Volkes zur staatlichen Herrschaft ausdrücke, die aus heteronomer Unterdrückung demokratische Selbstherrschaft macht.

Dabei plagt dieses Bild von Herrschaftsrechtfertigung ein entscheidendes Problem: Damit die staatliche Herrschaft tatsächlich autonom ist, müssten alle ihr Unterworfenen zustimmen. In einer Wahl hingegen trifft die Mehrheit Entscheidungen, denen die Minderheit selbst dann unterworfen ist, wenn sie sie vehement ablehnt. Inwieweit kann dann aber davon gesprochen werden, dass die erlebte Herrschaft auch für sie Selbstherrschaft ist?[13]

Zur Lösung wird insbesondere in der juristischen Fachliteratur der Versuch unternommen, den Gegensatz von einstimmiger Herrschaftseinwilli-

11 Einen Überblick über Losorgane in modernen politischen Systemen gibt *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 113 ff.

12 Vgl. *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 109 ff.

13 Zu dieser Frage auch *S. Akbarian*, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, Tübingen 2023, S. 273 f. In der Praxis wurde schlicht die Mehrheit zum funktionalen Equivalent einer einstimmigen Herrschaftseinwilligung erklärt, *P. Rosanvallon*, La légitimité démocratique, Paris 2008, S. 44 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gung und Mehrheitsprinzip aufzulösen: Gerade die Mehrheitsentscheidung sei Ausdruck demokratischer Freiheit und Gleichheit, da sie vermeide, dass umgekehrt die Mehrheit der Minderheit unterworfen ist.[14]

Dieses Argument stützt sich auf die zutreffende Einsicht, dass sich die in einer Gemeinschaft lebenden Menschen über ihr Zusammenleben verständigen müssen und sich nicht auf ihre einsame Individualfreiheit zurückziehen können.[15] Den Mehrheitsentscheid als möglichst demokratischen Entscheidungsmechanismus zu postulieren ist insoweit zwar überzeugend, impliziert aber die Aufgabe des kontraktualistischen Anspruchs auf allgemeine Herrschaftseinwilligung. Das Ziel ist eben nicht mehr, Konsens herzustellen; die Debatte wendet sich der Frage zu, wie unausweichlich heteronome Herrschaftsdurchsetzung möglichst hinnehmbar gestaltet werden kann.

Diese Wendung ist durchaus legitim. Starke moralische Gründe sprechen dafür, allgemeingültige Regeln zu schaffen, um gemeinsame Angelegenheiten zu adressieren. Soweit gewisse Rahmenbedingungen gewährleistet sind, können diese Gründe auch die heteronome Beherrschung der Minderheit durch die Mehrheit rechtfertigen.

Gleiche demokratische Freiheit, also die gleiche Möglichkeit der Herrschaftsunterworfenen, auf die Herrschaft Einfluss zu nehmen, ist eine solche Rahmenbedingung.[16] Sie macht Herrschaft moralisch vertretbar, ohne ihre Fremdheit in angeblicher allgemeiner Einwilligung aufzuheben. Doch während sie damit unverzichtbar für die Herrschaftslegitimation ist, lässt sich dasselbe nicht für die Wahl sagen. Die sie auszeichnende Qualität einer autorisierenden Willensäußerung verliert durch die Aufgabe des kontraktualistischen Einwilligungserfordernisses ihren besonderen Wert. Es gilt, „einen ausreichenden und effektiven Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt herzustellen."[17] Darauf, ob dies gerade im Wege der Wahl geschieht, kommt es nicht an.

Das Abrücken von Versuchen, das Paradoxon der Selbstherrschaft in der Figur des Gesellschaftsvertrags aufzuheben, eröffnet somit neue Wege, den Zugriff auf die Staatsgewalt zu konzipieren.

---

14 *W. Heun*, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, Berlin 1983, S. 100 ff.; vgl. auch *P. Badura*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, Heidelberg 2004, § 25 Rn. 31.

15 Vgl. auch BVerfGE 45, 187 (227).

16 Zu dieser Wertkombination als historische Konstante diverser Demokratiekonzeptionen vgl. *W. Henke*, Demokratie als Rechtsbegriff, Der Staat 1986, 157 (168 ff.).

17 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 278; vgl. auch BVerfGE 107, 59 (91).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Repräsentationsvielfalt als Legitimationsmaßstab

Wie soll man demokratischer Herrschaft dann normativ habhaft werden? Diese Frage beantworten Stimmen aus der Demokratietheorie mit dem *systemic turn,* der die Funktionsweise und Rechtfertigung der repräsentativen Demokratie auf eine neue Grundlage stellt.[18]

Zum normativen Maßstab wird dabei das, was *David Runciman* als das *non-objection criterion* bezeichnet: Legitime Repräsentation setzt voraus, dass die Repräsentierten nicht Einspruch gegen das erheben, das selbstständig in ihrem Namen getan wird.[19] Damit rückt die Fähigkeit des politischen Systems, Widerspruch und entgegengesetzte *representative claims* zu erheben, als zentrale Anforderung eines legitimen repräsentativen Prozesses in den Vordergrund.[20]

Anstatt dem demokratischen Charakter des politischen Systems zu schaden, führt die Ergänzung alternativer Repräsentationsarenen daher zu seiner Stärkung. Der demokratische Imperativ richtet sich nicht mehr allein auf die Rückführung allen staatlichen Handelns auf das Parlament, sondern auf die Vervielfältigung demokratischer Ausdrucks- und Einspruchsmöglichkeiten, die sich gegenseitig ergänzen.[21]

---

18 Die folgenden Ausführungen stützen sich auf eine Darstellung des *contructivist turn*, der seit den 1980er-Jahren viele Gewissheiten der Demokratietheorie infrage gestellt hat. Diese Überlegungen können hier aus Platzgründen nicht wiedergegeben werden. Einen guten Überblick verschafft *S. Dovi*, Political Representation, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2018 Edition), Abschnitt 2, https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/political-representation/ (abgerufen am 25. September 2024).

19 *D. Runciman*, The Paradox of Political Representation, The Journal of Political Philosophy 2007, 93 (95). Um zwischen wirksamen und unwirksamen Einsprüchen zu unterscheiden, knüpft *Runciman* eng an den Gedanken des *representative claim* an: "[…] political representation is best understood not in the language of veto but of competition. Objections to the actions of representatives can prove decisive when they constitute a plausibly competing claim to speak in the name of the person or thing being represented", ebd., S. 106 f.

20 Vgl. auch *L. Disch,* Toward a Mobilization Conception of Democratic Representation, American Political Science Review 2011, 100 (111).

21 *Rosanvallon* spricht von einer *généralité de démultiplication*: Keine einzelne Manifestation des Volkes sei ausreichend, um es in Gänze zu repräsentieren. Gerade die Vervielfältigung repräsentativer Instanzen sichere den Zugriff der Gesellschaft auf den politischen Prozess, *Rosanvallon*, Légitimité (Fn. 13), S. 203 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Deliberative Petitionen als demokratische Ausdrucksform

Es existiert eine Vielzahl denkbarer Wege, zusätzliche demokratische Ausdrucksmöglichkeiten zu etablieren.[22] Ziel der sich nun anschließenden Überlegungen ist es daher nicht, einen Vorschlag mit Exklusivitätsanspruch zu entwerfen. Vielmehr soll dem demokratischen Werkzeugkasten ein Element hinzugefügt werden, das mit anderen Ideen koexistieren kann.

1. Funktionsweise deliberativer Petitionen

Petitionen sind seit jeher ein Mittel, um Gehör für politische Anliegen zu erlangen.[23] Doch trotz ihrer in Art. 17 GG verbrieften Bedeutung fehlt ihnen jeglicher verpflichtender Charakter. Im Folgenden soll daher skizziert werden, wie dieses vertraute Rechtsinstitut als Mittel demokratischer Gestaltungsmacht mobilisiert werden könnte.

Den Ausgangspunkt bildet dabei wie bisher die Möglichkeit, eine Petition mit dem Ziel einzureichen, eine bestimmte Maßnahme umsetzen zu lassen oder ein politisches Thema auf die Tagesordnung zu befördern.

Überschreitet eine solche Petition das relevante Quorum, wird sie allerdings nicht dem Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages vorgelegt. Stattdessen wird auf Grundlage des für Bürgerräte erprobten Vorgehens ein ausgelostes Gremium eingesetzt.[24] Aufgabe dieses Gremiums ist es, die in der Petition aufgeworfene Frage oder Forderung selbstorganisiert, mit Unterstützung durch professionelle Moderation und unter Hinzuziehung relevanter Expertise sowie unter breiter Beteiligung der Öffentlichkeit zu erörtern.

Anders als in der bisherigen Praxis kann das Gremium am Ende seiner Beratungen nicht nur unverbindliche Empfehlungen vorlegen. Vielmehr steht ihm, soweit eine entsprechende Einigung im Gremium zustande

22 Dabei sind auch informelle Arten von Repräsentation zu bedenken, vgl. die Überlegungen *Akbarians* zur Rolle zivilen Ungehorsams im Verfassungsstaat, *Akbarian*, Ungehorsam (Fn. 13).

23 Vgl. Deutscher Bundestag, „Von der Untertanenbitte zum politischen Bürgerrecht" – Einführung in das Petitionsrecht https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse18/a02_18/dokumente/petitionsrecht_einfuehrung-260544 (abgerufen am 24. September 2024).

24 Insoweit vergleichbar ist das Verfahren zur Einberufung von Bürgerräten in Vorarlberg, vgl. § 5a VI lit. a Richtlinie der Vorarlberger Landesregierung zur Einberufung und Durchführung von Bürgerräten.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kommt, ein Initiativrecht im Deutschen Bundestag zu. Dieser muss sich innerhalb eines festen Zeitraums mit einem etwaigen Gesetzesvorschlag auseinandersetzen und ihn annehmen, ihn mit Zustimmung des Losgremiums abwandeln oder ihn mit qualifizierter Mehrheit ablehnen.

Diese grobe Skizze schöpft freilich nicht alle organisatorischen Fragen aus, die eine solche Idee aufwirft. Wichtiger als die Klärung von Detailfragen ist aber, dass das Gremium der oben formulierten Problemdiagnose des demokratischen Status quo grundsätzlich gerecht wird.

2. Chancen deliberativer Petitionen

In den vorangegangenen Ausführungen wurden drei zentrale Probleme der Funktionsweise der elektoralen Demokratie aufgezeigt: ihr aristokratischer Charakter, ihre räumliche und zeitliche Kurzsichtigkeit und die eingeschränkten realen Zugriffsmöglichkeiten auf den politischen Prozess.

Der zentrale Vorzug eines Losgremiums ist es, dass es die Bevölkerung demographisch abbildet und so eine egalitäre Zusammensetzung garantiert.[25] Dies wirkt bestehenden verzerrenden Effekten entgegen, da zwischen deskriptiver Repräsentation und wirksamer Interessenvertretung ein nachweislicher Zusammenhang besteht.[26]

Auch versprechen Losgremien, der Kurzsichtigkeit der elektoralen Demokratie entgegenzuwirken. Zwar überwinden sie nicht die Nicht-Beteiligung Betroffener an der Entscheidungsfindung. Allerdings unterliegen die gelosten Abgeordneten anders als ihre gewählten Gegenstücke keinem inhärenten politischen Druck, ausschließlich im Sinne der heutigen wahlberechtigten Mehrheit zu entscheiden. Es gibt daher Anlass zu glauben, dass sie in besonderem Maße für die Anliegen derer empfänglich sein können, die im elektoralen Prozess keine Stimme haben.

Diese von unmittelbarem Druck befreite und dadurch für argumentative Einflüsse besonders zugängliche Konzeption verspricht auch eine verbesserte Partizipation der Gesellschaft in politischen Prozessen. In dem Moment, in dem eine Thematik einer Loskammer vorgelegt wird, ist nicht

25 Dabei muss ein ausreichendes Bewusstsein dafür bestehen, dass sich auch in deliberativen Foren informelle Machtverhältnisse ausdrücken können, vgl. *A. Lupia/A. Norton*, Inequality is Always in the Room, Daedalus 2017 (No. 3), S. 64 ff.

26 *M. Berkman/R. O'Connor*, Do Women Legislators matter?, American Politics Quarterly 1993, 102 (114 ff.); *Carnes*, Underrepresentation (Fn. 6), 22 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bereits durch das Wahlergebnis die Sachentscheidung vorgezeichnet.[27] Es ist daher besonders gewinnbringend, hier mit Sachargumenten auf die gelosten Abgeordneten einzuwirken, während sie ihre Meinung bilden.[28] Selbst wer nicht Teil des Losgremiums ist, hat daher die Aussicht, auf das Ergebnis des politischen Prozesses argumentativ Einfluss nehmen zu können. Zudem gibt das Institut der deliberativen Petition der Gesellschaft ein Instrument an die Hand, um die politische Agenda aktiv zu beeinflussen und sich so ihrer ansonsten oft passiven Rolle zu entziehen.

3. Deliberative Petitionen als Stärkung der Demokratie

Zu erläutern bleibt, inwieweit eine solche institutionelle Ergänzung als demokratisch angesehen werden kann. Dabei fällt auf, dass die Funktionslogik deliberativer Petitionen in gewisser Hinsicht der einer Wahl ähnelt: Beide schaffen einen Weg, wie Widerspruch gegen das Handeln von Repräsentant*innen geäußert werden und die Staatsgewalt zurück an ihr Subjekt gebunden werden kann. Dabei kompensieren deliberative Petitionen in der oben dargestellten Weise die Schwächen der Wahl als Rückbindungsmechanismus und erlauben so einen umfassenderen und egalitäreren Zugriff des Volkes auf das Staatswesen.

Doch zugleich tun sie etwas Grundlegenderes: Sie schaffen einen alternativen Ort politischer Repräsentation, der zum Parlament in Konkurrenz steht. Beide Organe beanspruchen auf unterschiedliche Weise, die Staatsangehörigen zu repräsentieren und werben um deren Akzeptanz.[29] Ziel des hier formulierten Vorschlags ist es daher nicht, einfach eine Institution

27 Loskammern bieten ideale Bedingungen für ergebnisoffene Deliberation, da die Losabgeordneten keinen Partei- oder Fraktionszwängen unterliegen und keine spezifischen Erwartungen von Wähler*innen zu befriedigen haben, vgl. hierzu *M. MacKenzie*, A GeneralPurpose, Randomly Selected Chamber, in: I. Gonzáles-Ricoy/A. Gosseries (Hrsg.), Institutions For Future Fenerations, Oxford 2016, S. 289.

28 Empirische Studien zeigen, dass Teilnehmer*innen losbasierter Gremien sich durch ihre Fähigkeit auszeichnen, ihre Meinung auf Grundlage gut begründeter Argumente zu ändern, *A. Bächtinger/S. Beste*, Deliberative Citizens, (Non) Deliberative Citizens, Daedalus 2017 (No. 3), S. 111; vgl. auch *M. Gerber et. al.*, Deliberative and Non-Deliberative Persuasion: Opinion Change in a Pan-European Deliberative Poll (Europolis), European Union Politics 2014, 410 ff.

29 Daher geht hier auch der Vorwurf fehl, losbasierte Organe seien populistisch, weil sie behaupteten, den „wahren Willen des Volkes" zu repräsentieren (vgl. *R. Lhotta*, Gehen Sie nicht über Los! Eine Erwiderung auf Hubertus Buchstein, Zeitschrift für Parlamentsfragen 2013, 404 (411 ff.)). Im Gegenteil: Die Kombination verschiedener

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

durch eine andere zu ersetzen. Stattdessen werden mit dem gewählten Parlament und der Loskammer zwei Ausdrucksweisen des Volkes in ein komplexes Verhältnis versetzt. Die Loskammer tritt einerseits als Impulsgeber des Parlaments auf; andererseits schwebt ihre mögliche Anrufung als disziplinierendes Moment über ihm. Da zugleich das Parlament die Vorschläge des Loskammer ablehnen kann, wirkt es wiederum disziplinierend und zwingt sie dazu, Vorschläge zu entwickeln, die ein Mindestmaß öffentlicher Akzeptanz generieren. Das Ergebnis ist eine vielfältige repräsentative Ordnung, die die verschiedenen Stimmlagen des Volkes zu verarbeiten weiß.

IV. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen losbasierter Demokratie

Während nach der hier vertretenen Ansicht die Ergänzung losbasierter Organe somit einen verbesserten Zugriff auf das politische Geschehen erlaubt und folglich einen demokratisierenden Effekt hat, enthält das Grundgesetz eine eigene Normierung von Demokratie, deren ewigkeitsfesten Anforderungen der hier vorgetragene Vorschlag genügen muss.

1. „Strukturelemente" der Demokratie?

Zu den dem Ewigkeitsschutz unterworfenen demokratischen Fundamentalnormen des Art. 20 I, II GG gibt es eine Reihe von Interpretationsvorschlägen, die mehr oder weniger konkrete Festlegungen auf eine bestimmte institutionelle Ausgestaltung der grundgesetzlichen Demokratie erkennen wollen.

Für die Frage nach der Zulässigkeit aleatorischer Ergänzungen der Demokratie besonders relevant ist dabei die Figur der sogenannten „Strukturelemente" der Demokratie. Damit sind Konkretisierungen des Demokratieprinzips wie beispielsweise die parlamentarische Regierungsform gemeint, die gemeinsam das Demokratieverständnis des Grundgesetzes ergeben sollen und durch deren Linse sich sodann das Demokratieprinzip selbst

demokratischer Ausdrucksmodi verdeutlicht gerade, dass es einen „wahren Volkswillen" nie geben kann.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überhaupt erst verstehen lasse.[30] Durch diese Wechselwirkung könnte sich der Schutz der Ewigkeitsklausel etwa auch auf die Entscheidung für ein ausschließlich elektorales Demokratieverständnis erstrecken.[31]

Jedoch lassen gewichtige Gründe an dem Gedanken der Strukturelemente der Demokratie zweifeln. Schließlich lässt sich die restriktive Anwendung der Ewigkeitsgarantie als Gebot des Grundsatzes der Demokratie als Herrschaft auf Zeit verstehen. Dieser gebietet, demokratische Entscheidungen reversibel zu gestalten.[32] Dieser Zweck wird jedoch konterkariert, wenn die überaus abstrakten ewigkeitsfesten Prinzipien des Grundgesetzes unter Rückgriff auf die sie konkretisierenden Einzelnormen interpretiert werden, da dann die Versteinerung weiter Teile des Staatsorganisationsrechts droht.[33] Dies wäre nicht nur demokratietheoretisch bedenklich, sondern würde auch die Anpassungsfähigkeit des Grundgesetzes infrage stellen. Damit wäre entgegen der Zielsetzung der Ewigkeitsgarantie gerade die langfristige Tragfähigkeit der staatlichen Ordnung in Gefahr.

Dem versuchen Vertreter der Theorie der Strukturelemente zu begegnen, indem sie nur einige zentrale Bestandteile des staatsorganisationsrechtlichen Status quo dieser Wechselwirkung mit dem Demokratieprinzip unterwerfen.[34] Dabei wird die Unterscheidung von Strukturelementen und bloßen Randvorschriften demokratischer Staatsorganisation regelmäßig nicht und insbesondere nicht in Anknüpfung an das Grundgesetz erklärt.[35] Stattdessen zählen Autor*innen (keineswegs übereinstimmend) Elemente auf, die sie als für die Demokratie besonders wichtig erachten.[36] Damit erreichen sie beim Versuch, die Auslegung des Demokratieprinzips nicht außerrechtlichen Demokratiekonzeptionen zu unterwerfen, gerade eine unbegründete Fixierung solcher externer Einflüsse als änderungsresistente Verfassungsgrundsätze.[37]

30 Vgl. *M. Brenner*, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, München 2022, § 14 Rn. 59 ff.; *B. Grzeszick,* in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, Lfg. 97, Art. 20 II § 20 Rn. 14.

31 Vgl. *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 200.

32 Dazu grundlegend *J. Hohnerlein*, Recht und demokratische Reversibilität, Tübingen 2020, S. 11 ff.; *K. Gärditz*, Zukunftsverfassungsrecht, AöR 2023, 79 (87).

33 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 200; *S. Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, Tübingen 2008, S. 242, 245.

34 Vgl. etwa die Auflistung bei *H. Dreier*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Tübingen 2006, Art. 20 (Demokratie), Rn. 72 ff.

35 Vgl. ebd.

36 Deutlich etwa *H. Maurer/K.-A. Schwarz*, Staatsrecht I, München 2023, § 5 Rn. 15.

37 So auch *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch normtheoretisch kann der Gedanke der Strukturelemente nicht überzeugen, da der Sinn einer allgemeinen Norm entfällt, wenn sie in ihrer Bedeutung auf die in einem gewissen Moment bestehenden Konkretisierungen beschränkt wird und damit nicht mehr auf Möglichkeiten jenseits des Status quo verweisen kann.[38] Insoweit ist schon das Argument, dass sich das Demokratieprinzip nur durch seine Konkretisierungen verstehen lasse, fehlerhaft, da es zu Unrecht voraussetzt, dass das zu erreichende Verständnis eben ein äußerst konkretes sein müsse.

Insgesamt überzeugt es nicht, den änderungsfesten Kerngehalt des Demokratieprinzips aus dessen Konkretisierungen abzuleiten. Diese Einzelnormen beschreiben einen staatsorganisationsrechtlichen Status quo, der sich in vielerlei Hinsicht als sinnvoll erwiesen hat. Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass er verfassungsrechtlich alternativlos wäre. Im Gegenteil ist die Wandelbarkeit des Grundgesetzes eine wichtige Voraussetzung für seine Beständigkeit als demokratische Ordnung.[39]

2. Was normiert das Demokratieprinzip?

Überzeugender sind daher zurückhaltendere Interpretationsansätze wie der, den *Philip Berger* in enger Anlehnung an *Sebastian Unger* entwickelt hat. Er identifiziert eine „verfasste Herrschaftsordnung unter Freien und Gleichen" als Konstante der diversen bekannten Demokratieverständnisse, zu deren Verwirklichung im Staatswesen Art. 20 I GG verpflichtet.[40] Dabei gibt das Demokratieprinzip keine bestimmte Organisationsform vor.[41]

Demokratische Freiheit versteht *Berger* als die Möglichkeit, „Einfluss auf die Ausübung der Herrschaftsgewalt im Gemeinwesen zu nehmen".[42] Zurecht betont er dabei die in der Menschenwürde begründete individuelle Selbstbestimmung als Wurzel demokratischer Freiheit.[43] Hinzu tritt die demokratische Gleichheit als das gleiche Recht jeder Person, demokratische Freiheit auszuüben.

---

38 Vgl. *M. Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, Berlin 1993, S. 147; *Unger*, Verfassungsprinzip (Fn. 33), S. 243 f.

39 Auch das BVerfG betont die Entwicklungsoffenheit des Demokratieprinzips, vgl. BVerfGE 107, 59 (91).

40 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 214 ff. Dies ist als Inhalt von Art. 20 I GG gemeinhin anerkannt, vgl. *Grzeszick* (Fn. 30), Art. 20 II Rn. 15 ff.

41 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 225 f.

42 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 217.

43 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 218 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das so verstandene Demokratieprinzip wird durch den Grundsatz der Volkssouveränität ergänzt, den *Berger* als Regel identifiziert, die das Volk als Legitimationssubjekt und die Staatsgewalt als Legitimationsobjekt festlegt.[44] Zwischen diesen Polen steht die Beziehung des „Ausgehens", die bestimmt, dass die Staatsgewalt Ausdruck der Selbstbestimmung des Volkes ist, dass also das Volk effektiven Einfluss auf die Herrschaftsausübung haben muss.[45] Weiter konkretisierend wirkt sodann Art. 20 II 2 GG, der die Ausübungsmodi der Staatsgewalt benennt.

3. Zwischenergebnis: Kein genereller Ausschluss von Losorganen

In einem ersten Schritt ist daher festzustellen, dass die Ergänzung des grundgesetzlichen Institutionengefüges durch ein Losorgan nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Demokratieprinzip ohne Rückgriff auf etwaige „Strukturelemente" der Demokratie auszulegen. Losorgane lassen sich sodann als besondere Organe im Sinne des Art. 20 II 2 GG verstehen. Dass diese Einordnung nicht erfordert, dass das Organ per Wahl besetzt wird, zeigen schon die in der Norm ausdrücklich erwähnten Organe der Exekutive und Judikative, die wenigstens teilweise auf nicht-elektorale Weise besetzt werden.[46]

4. Monistische und Pluralistische Legitimationsdogmatik

Für die Zulässigkeit losbasierter Institutionen kommt es daher entscheidend darauf an, ob sie im verfassungsrechtlichen Sinne ein hinreichendes Niveau demokratischer Legitimation aufbringen können. Die Figur des Legitimationsniveaus ist dabei gemeinhin anerkannt. Allerdings besteht Uneinigkeit darüber, wie genau dieses Niveau zu bestimmen ist. Diese Frage wird als Streitstand zwischen monistischer und pluralistischer Legitimationsdogmatik beschrieben.[47]

44 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 227 f.
45 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 228 f., 230.
46 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 334.
47 Ausführlich zu beiden Positionen *P. Brandl-Michel*, Maßstäbe demokratischer Legitimation, Baden-Baden 2021, S. 68 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Den monistischen Positionen ist dabei unter anderem gemein, dass die vom Gesamtvolk ausgehende Legitimation durch einen abgeschlossenen Kanon an Legitimationsmodi (personell-organisatorisch, sachlich-inhaltlich und funktionell-institutionell) auf die Ausübung der Staatsgewalt übertragen werden soll.[48] Dagegen betont die pluralistische Legitimationsdogmatik die individuelle Wurzel demokratischer Selbstbestimmung.[49] Dem entspricht eine Absage an Legitimation durch formelle Ableitungsverhältnisse. Stattdessen betont die pluralistische Sichtweise die faktischen Möglichkeiten des Volkes zur Einflussnahme auf die Staatsgewalt.[50]

Die klassisch-monistischen Legitimationsmodi genießen große Akzeptanz und gehen auf langjährige Staatspraxis zurück. Dennoch darf nicht vergessen werden, dass sie selbst keine unmittelbare Verankerung im Grundgesetz finden.[51] Ein kohärenter, verfassungsimmanenter Legitimationsmaßstab muss sich dagegen aus der Verfassung selbst ergeben. Einleuchtend ist daher der Ansatz *Bergers*, der auf die prinzipielle Festlegung des Art. 20 I GG auf demokratische Freiheit und Gleichheit zurückgreift, um von ihr ausgehend die Legitimationsanforderungen des Art. 20 II GG zu konkretisieren:[52] „Legitimierend […] wirken nach den zuvor entwickelten Kriterien alle Organisations und Verfahrensgarantien, die der demokratischen Freiheit und Gleichheit im Staatsgefüge Wirkung verleihen."[53]

Dabei verfängt Kritik, dadurch würde die Bindungswirkung des Art. 20 II GG aufgeweicht,[54] nicht. Wie gesehen enthält der Grundsatz der Volkssouveränität noch keine Festlegungen auf bestimmte Legitimationsmodi. Eine Konkretisierung ist daher unumgänglich. Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig sinnvoll, das unmittelbar im Demokratieprinzip ver-

48 *Brandl-Michel*, Maßstäbe (Fn. 47), S. 85.
49 *P. Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch (Fn. 14), § 22, Rn. 67.
50 Vgl. *H.-H. Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2012, § 6, Rn. 56.
51 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 285; *Bryde* bezeichnet die Legitimationsmodi als heuristische Instrumente, die zu eigenständigen Verfassungssätzen überhöht wurden, *B.-O. Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, 305 (315).
52 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 279.
53 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 284 f.
54 *Grzeszick* (Fn. 30), Art. 20 II Rn. 162.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fügbare prinzipielle Fundament beiseitezulassen und stattdessen letztlich außerrechtliche Maßstäbe anzulegen.[55]

5. Im Einzelnen: Zur demokratischen Legitimation von deliberativer Petitionen

Im Folgenden soll auf Grundlage der soeben dargestellten Legitimationsdogmatik erörtert werden, wie sich die Einführung deliberativer Petitionen auf das Legitimationsniveau des grundgesetzlichen Institutionengefüges auswirken würde. Dabei dienen die klassischen Legitimationsmodi als heuristisches Gerüst, um einen Bezug zu gewohnten Erwägungen zur Legitimation des Parlaments herzustellen.

a) Methodologische Vorüberlegung: Normativität und Empirie

Das wechselseitige Unverständnis der Vertreter*innen monistischer und pluralistischer Legitimationsdogmatik resultiert nicht zuletzt aus einer Uneinigkeit über das Feld zulässiger Argumente.[56] So bestehen insbesondere Vertreter der monistischen Dogmatik auf einen rein normativen Ansatz, während pluralistische Stimmen die Bedeutung empirischer Erwägungen betonen.[57]

Die obigen demokratietheoretischen und politikwissenschaftlichen Ausführungen bieten umfangreiches Material für eine empirische Kritik der klassischen Legitimationsdogmatik. Allerdings gilt es hierfür zu zeigen, dass diese Argumente im juristischen Diskurs über demokratische Legitimation zulässig sind.

Hilfreich sind dabei die Überlegungen *Veith Mehdes*. Er entwickelt in seiner Arbeit zur Verwaltungslegitimation ein zweistufiges Verfahren, um den Spielraum für empirische Kritik zu umgrenzen. Hierzu untersucht er zunächst, was sich aus den relevanten Verfassungsnormen im Rahmen einer zwingenden normativen Ableitung ergibt. Die Differenz zwischen diesem normativen Grundbestand und den von der herrschenden Dogmatik

55 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 280; *Unger*, Verfassungsprinzip (Fn. 33), S. 299 f.
56 *Brandl-Michel*, Maßstäbe (Fn. 47), S. 25 ff.
57 Vgl. die Ausführungen bei *Brandl-Michel* zur Juristischen Methode und zur Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft und deren Parallele zu Verfassungsdogmatik und Verfassungstheorie, *Brandl-Michel*, Maßstäbe (Fn. 47), S. 442.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entwickelten Legitimationsanforderungen offenbart sich in der Folge als von empirischen Annahmen abhängig. Diese empirischen Argumentationsbestandteile sind sodann einer empirischen Kritik zugänglich.[58]

Wie gesehen ergeben sich weder etwaige Strukturelemente der Demokratie noch der Kanon klassischer Legitimationsmodi normativ zwingend aus Art. 20 I, II GG. Stattdessen ist der Grundsatz der Volkssouveränität nach dem hier vertretenen Ansatz im Lichte der „rechtsprinzipiellen Tiefenstruktur" des Demokratieprinzips zu interpretieren.[59] Es wirkt daher legitimierend, was der demokratischen Freiheit und Gleichheit organisatorisch Wirkung verschafft.[60] Dabei erkennt auch die monistische Dogmatik an, dass demokratische Freiheit gerade auch die Fähigkeit der einzelnen Staatsangehörigen ist, auf das politische Geschehen Einfluss zu nehmen.[61]

Einfluss zu nehmen, heißt jedoch schon begriffslogisch, *wirksam* Einfluss zu nehmen. Eine wirkungslose Einflussnahme ist ein Widerspruch in sich.[62] In der Folge folgt aus dem Grundsatz der Volkssouveränität das Erfordernis, dass es den individuellen Staatsangehörigen möglich sein muss, wirksam auf die Ausübung der Staatsgewalt einzuwirken.[63]

Dass eine solche wirksame Einflussnahme (nur) durch die Parlamentswahl zu gewährleisten ist, erweist sich hingegen als empirische Annahme. Daher muss es zulässig sein, empirische Erkenntnisse zur Wirksamkeit von elektoralen und aleatorischen Repräsentationsverfahren in die Diskussion des durch die Ergänzung deliberativer Petitionen zu erreichenden Legitimationsniveaus einzuführen. Dabei ist zu zeigen, dass dieses Modell demokratische Freiheit und Gleichheit in zulässiger Weise realisiert.

---

58 *V. Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin 2000, S. 399 ff.

59 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 279.

60 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 284 f.

61 Vgl. *Grzeszick* (Fn. 30), Art. 20 II Rn. 126: „Ausgangspunkt ist dabei das Grundverständnis der Demokratie als Selbstregierung des Volkes mit der Folge, *dass der einzelne Bürger* nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt sein soll, die er als Teil des Volkes auch legitimieren und *beeinflussen kann*" (Hervorhebung durch den Autor).

62 Wirkungslos kann nur der *Versuch* der Einflussnahme sein.

63 Vgl. mit demselben Ergebnis BVerfGE 107, 59 (91): „Das Ausgehen der Staatsgewalt vom Volk muss […] konkret erfahrbar und praktisch wirksam sein"; *Trute*, Legitimation (Fn. 50), Rn. 56. Vgl. auch *Grzeszick* (Fn. 30), Art. 20 II Rn. 128: „Der demokratische Legitimationszusammenhang muss sicherstellen, dass der Einfluss des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt durch die besonderen Organe hinreichend effektiv ist."

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Personell-organisatorische Legitimation

Während auf organisatorisch-abstrakter Ebene die Gestalt des Losorgans hinsichtlich seiner demographischen Zusammensetzung durch Verfassungs- und Parlamentsgesetze klar gesetzlich programmierbar ist, entzieht sich die genaue personelle Besetzung notwendigerweise allem unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss des Volkes. Die klassische Dogmatik muss hierin einen deutlichen Legitimationsnachteil erkennen, da sie auch bei Kollektivorganen verlangt, dass die Benennung des individuellen Amtswalters sich auf das Volk zurückführen lässt.[64]

Demgegenüber vertritt eine Gegenansicht die Meinung, dass bei Kollektivorganen weniger die Ansichten ihrer individuellen Mitglieder als die abgebildete Pluralität von unterschiedlichen Interessen im Vordergrund steht. Daher müsse auch die demokratische Legitimation statt an den einzelnen Mitgliedern am Gesamtorgan anknüpfen.[65]

Doch selbst wenn grundsätzlich die individuelle Betrachtungsweise für überzeugend gehalten werden sollte, spricht doch einiges dafür, zumindest im Fall losbasierter Organe eine Ausnahme zuzulassen. Schließlich ist das Los gerade ein unpersönliches Verfahren; die Mitglieder eines großen Losgremiums wie den hier vorgeschlagenen zeichnen sich gerade durch ihre Austauschbarkeit aus.[66] Aus diesem Grund erscheint wenigstens hier die Bestimmung der Besetzungsparameter von größerer legitimatorischer Bedeutung als die Identität der individuellen Abgeordneten. Sie durch Wahl spezifisch zu bestimmen, würde im Gegenteil gerade die Vorteile des Losorgans negieren und keinen legitimatorischen Mehrwert bringen. Die Einsetzungslegitimation einer Loskammer ist daher durch ihre gesetzlich geregelte abstrakte Zusammensetzung gesichert.[67]

64 *W.-E. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch (Fn. 14), § 24 Rn. 16, der aber für gemischt besetzte Gremien auch die Gegenansicht für zulässig hält, ebd. Rn. 19; *Grzeszick* (Fn. 30), Art. 20 II Rn. 123.

65 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 353; *G. Wegge*, Zur normativen Bedeutung des Demokratieprinzips nach Art. 79 Abs. 3 GG, Baden-Baden 1996, S. 232.

66 Darin unterscheidet sich das Los grundlegend von der Wahl, die gerade darauf abzielt, Personen zu benennen, die sich in irgendeiner Weise von der Allgemeinheit abheben, *Manin*, Principes (Fn. 2), S. 174 ff.

67 Das gilt erst recht, da die hier vorgeschlagene Konzeption zusätzlich den Raum demokratischer Gleichheit auf die gleiche tatsächliche Chance erstreckt, für die Teilnahme an einem Losgremium ausgewählt zu werden. Dies kann kompensierend wirken, wenn man doch einen Verlust demokratischer Freiheit erkennen wollte.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Im Kontext der Parlamentswahl ist jedoch zusätzlich die repressive Sanktionsfunktion der Wahl zu beachten, die die Legitimation des Organs auch nach der ursprünglichen Einsetzung sicherstellen soll. Eine solche Komponente fehlt dem vorgeschlagenen Losgremium.

Allerdings darf hieraus nicht gefolgert werden, dass es einem Losgremium an sachlich-inhaltlicher Legitimation fehlt. Im Gegenteil zeigt sich, dass es mit den sachlich-inhaltlichen Steuerungsmöglichkeiten eines Parlaments mithalten kann.

Das gilt zunächst, da die inhaltliche Steuerungswirkung der Wahl nicht überschätzt werden darf. Wie oben bereits dargestellt wurde, funktionieren Wahlen nur sehr eingeschränkt als Mittel der Präferenzübertragung. Auch die Sanktionierung unbefriedigenden Verhaltens funktioniert nur in sachunspezifischer Weise. Am ehesten versprechen Wahlen die Einsetzung von Repräsentant*innen, von denen aufgrund ihrer allgemeinen Einstellung (in der Praxis also: ihrer Parteizugehörigkeit) erwartet wird, dass sie die individuell nicht vorprogrammierten Sachentscheidungen aus einer gewissen Grundhaltung heraus treffen werden.

Die inhaltlichen Einflussmöglichkeiten auf ein infolge einer deliberativen Petition eingesetztes Losgremium sind dagegen anderer Natur. Wie oben dargestellt versprechen Losgremien bei entsprechender Ausgestaltung, in besonderem Maße für argumentative Impulse aus der Öffentlichkeit empfänglich zu sein. Dabei weisen sie nicht gleichermaßen strukturelle Verzerrungen zugunsten der politischen Oberschicht auf wie das Parlament.

Vor allem aber ist die Ausgangslage in einer Loskammer eine grundlegend andere. Anders als ein gewähltes Parlament zeichnet sie sich gerade dadurch aus, dass sie die Bevölkerung demographisch abbildet. Bei hinreichender Größe ist davon auszugehen, dass diese Übereinstimmung sich auch auf die inhaltlich-weltanschauliche Ebene erstreckt.[68] Daher besteht kein vergleichbares Risiko, dass sich Einzelinteressen innerhalb des Gremiums verselbständigen.[69] Es bestehen auch keine Abhängigkeiten und karrieretaktischen Erwägungen, da die Betätigung in dem Gremium eine einmalige Angelegenheit ist. In einem solchen Kontext nehmen intrinsische

68 *H. Buchstein,* Bausteine für eine aleatorische Demokratietheorie, Leviathan 2009, 327 (344 f.).

69 *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 349 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Motivation und das Abbauen von Risikofaktoren den Platz nachträglicher Sanktionierung ein.[70]

Zu all dem tritt im hier vorgeschlagenen Modell ein weiterer Gesichtspunkt hinzu: Der Vorschlag der Loskammer wird dem Bundestag vorgelegt, der ihn ablehnen kann. Diese Möglichkeit ist durch ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis bewusst als Ausnahme markiert. Dennoch schafft sie einen Ausweg, wenn der Vorschlag der Loskammer der Bevölkerung schlicht nicht zu vermitteln ist.

Insgesamt braucht das Los sich auf sachlich-inhaltlicher Ebene nicht vor der Wahl zu verstecken. Losgremien vermitteln in egalitärer Weise wirksamen Zugriff auf das politische Geschehen und realisieren damit die Fundamentalwerte der demokratischen Freiheit und Gleichheit. Sie sind dem Parlament auf dieser Ebene aus eigener Kraft mindestens ebenbürtig.[71] Mit Blick auf die dramatische Ungleichheit tatsächlicher politischer Einflusschancen im elektoralen Prozess liegt letztlich nahe, dass mindestens mit Blick auf die demokratische Gleichheit das Losverfahren der Wahl sogar überlegen ist.[72]

d) Fazit: Deliberativer Petitionen als legitimes Mittel demokratischer Herrschaft

Insgesamt ist es wichtig, das politische Gesamtsystem in den Blick zu nehmen. Selbst wer sich mit einem rein losbasierten System nicht anfreunden könnte, wird erkennen, dass deliberative Petitionen innerhalb des gewohnten parlamentarischen Systems neue Wege zur Einflussnahme auf die Parlamentsarbeit erlauben und diese so stärker als zuvor an das Volk zurückbinden. In Summe entsteht ein neues Institutionengefüge, das demokratische Freiheit und Gleichheit in neuen, gewinnbringenden Formen realisiert.

70 Vgl. in diesem Sinne *J. Mansbridge,* A "Selection Model" of Political Representation, The Journal of Political Philosophy 2009, 369 ff., die einen solchen Ansatz verallgemeinert.

71 Im Ergebnis wohl auch *Berger*, Grundgesetz (Fn. 10), S. 363 f.

72 Ohnehin fragt sich, wie viel ein besserer formeller Zugriff auf das politische Geschehen durch die Wahl wert wäre, wenn diese Einflusschancen nur einem kleinen Teil der Gesellschaft zugutekommen.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Vereinigungsfreiheit als Instrument gegen Diskriminierungen

Potenziale der Antidiskriminierungsnormen im Sportverbandsrecht

Samuel Weitz[*]

Abstract: *Sportverbände können die Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG als Instrument gegen Diskriminierungen fruchtbar machen, indem sie sich ein effektives Antidiskriminierungsrecht auferlegen. Gegenwärtig sanktionieren die Rechtsorgane der nationalen und internationalen Sportverbände regelmäßig auch solches diskriminierendes Verhalten, das nach staatlichem Recht straffrei ist. Das Zwei-Geschlechter-Urteil sowie das Wolfsgruß-Urteil illustrieren Chancen und Limitierungen des sportverbandlichen Antidiskriminierungsrechts. Dieser Beitrag regt an, die sportverbandliche Rechtssetzung und Rechtsanwendung im Rechtsgebiet des Antidiskriminierungsrechts mitzudenken.*

Die Zivilgesellschaft ist das Rückgrat einer offenen Gesellschaft. Deshalb dürfen private Verbände ihre eigene Verfassung mit Wirkung für das Innenverhältnis weitgehend autonom regeln. Geschützt von Art. 9 Abs. 1 GG verstehen sich zahlreiche Sportverbände in Deutschland als wertegebundene Vereinigungen. Sie zeichnen nicht nur für die Organisation eines sportlichen Wettbewerbs verantwortlich, sondern bekennen sich, nach dem Leitbild ihrer Satzung, zu bestimmten Werten und propagieren diese. Auf Grundlage dieser Werte erlassen Verbände spezielle Antidiskriminierungsnormen, die von den Rechtsorganen der Verbände angewendet werden, um im Einzelfall diskriminierendes Verhalten zu sanktionieren.

Vor dem Hintergrund dieser verbandlichen Rechtssetzung lohnt sich eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Legitimation des Antidiskriminierungsrechts der Sportverbände (I.). Aufgrund ihres hohen Organisationsgrades verspricht eine exemplarische Auseinandersetzung mit der Rechtssetzung (II.) und Rechtsanwendung (III.) intermediärer Fußball-

* Der ursprünglich geplante Tagungsvortrag musste aus persönlichen Gründen kurzfristig entfallen. Die Gedanken dieses Beitrags basieren u.a. auf *S. Weitz*, Antirassismus im Amateursport als verbandsrechtliche Pflicht, SpuRt 2024, 280 sowie *S. Weitz*, Strafbarkeit von diskriminierenden Äußerungen nach der DFB-Werteordnung – zugl. Anmerkung zu DFB-Sportgericht SpuRt 2024, 151 und *S. Weitz*, Türkischer Rechtsextremismus und das Strafrecht der Sportverbände, SpoPrax 2024, 361.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sportverbände das größte Erkenntnispotential. Anschließend werden Charakteristika des sportverbandlichen Antidiskriminierungsrechts dargestellt (IV.) Schließlich wird im Rahmen eines Ausblicks die Einordnung der sportverbandlichen Antidiskriminierungsnormen in die Dogmatik des gesamten Antidiskriminierungsrechts angestrebt (V.).

Dieser Beitrag verfolgt zwei Ziele: Erstens möchte er darauf aufmerksam machen, dass sich im Sportverbandsrecht spezielle Antidiskriminierungsstrafnormen etabliert haben, die eine große Zahl Regelunterworfener betreffen und weitgehend autonom gesetzt sowie angewendet werden. Zweitens möchte dieser Beitrag zum Nachdenken anregen, ob und inwiefern staatliches und sportverbandliches Antidiskriminierungsrecht für die Fortentwicklung des jeweils anderen fruchtbar gemacht werden können. Hierbei ist die Perspektive dieses Beitrags mehr eine sportverbandsrechtliche denn eine antidiskriminierungsrechtliche.

I. Satzungsautonomie der Sportverbände

Die Satzungsautonomie der Sportverbände wird legitimiert durch den hohen Einfluss einer Vereinigung auf die Persönlichkeitsbildung und -entfaltung des Individuums.[1] Mit dem Recht der Gründung von Vereinigungen gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG ein konstituierendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes: das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung.[2] Die Verbände tragen zur Meinungsbildung in der pluralen Gesellschaft bei und verhelfen auf diese Weise den Kommunikationsgrundrechten zu ihrer praktischen Verwirklichung.[3] Daher gewährt Art. 9 Abs. 1 GG den Verbänden die Freiheit, „das Vereinsleben bestimmende[n] Grundentscheidungen"[4] autonom zu treffen. Zu diesen Grundentscheidungen zählen nicht nur die gemäß § 57 Abs. 1 BGB obligatorischen

1 *W. Höfling* in: M. Sachs (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, 9. Aufl., München 2021, Art. 9 Rn. 3.

2 BVerfGE 38, 281 (302 f.).

3 *T. Barczak* in: F. Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl., Tübingen 2023, Art. 9 Rn. 25; *W. Linsenmaier* in: R. Müller-Glöge et al. (Hrsg)., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024, GG Art. 9 Rn. 1.

4 BGHZ 47, 172. Diese Rechtsprechung zur Vereinsautonomie betrifft nicht nur (Sport-)Vereine, sondern gleichermaßen (Sport-)Verbände. Letztgenannte sind ohnehin regelmäßig in der Rechtsform eines Vereins (§§ 21 ff. BGB) organisiert und werden im Sport nur als Verband bezeichnet, um zwischen einerseits Verbänden als Vereins-

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Angaben zu Namen, Sitz und Zweck des Vereins. Vielmehr enthalten Vereinsverfassungen im Sport regelmäßig spezielle Regelungen, die auf den Zweck des jeweiligen Vereins zugeschnitten sind und dem Ausgleich der oftmals gegenläufigen Interessen von Verein, Mitgliedern und Dritten dienen.[5] Das Recht zur Selbstregulierung befugt Verbände nicht zuletzt dazu, Wohlverhaltensregeln der Sportgemeinschaft festzulegen und diese Regeln durch körperschaftliche Druckmittel durchzusetzen.[6] Zur Autonomie der Verbände zählt folglich auch das Recht, Verbandsstrafnormen in Satzungen sowie niederrangigem Innenrecht vorzusehen.[7] Verbandsrechtswidriges Verhalten dürfen die Rechtsorgane der Verbände sanktionieren.[8] Hierbei verschafft Art. 9 Abs. 1 GG den Verbänden erhebliche Freiheiten: Sie dürfen auch solche Wohlverhaltensansprüche an ihre Regelunterworfenen stellen, die von den Anforderungen staatlichen Rechts abweichen.[9] Nicht selten werden daher im Einzelfall auch solche Verhaltensweisen sanktioniert, die mit staatlichem Recht in Einklang stehen.[10] Dieser Wertungswiderspruch zwischen staatlichem Recht und Verbandsrecht wird demokratisch legitimiert durch den autonomen Akt der Verbandsrechtsetzung, an der – mittelbar – alle Regelunterworfenen beteiligt sind.

In der Gesamtschau ermöglicht Art. 9 Abs. 1 GG im Privaten somit ein Antidiskriminierungsstrafrecht, das dem staatlichen Recht fremd ist. Sofern kleine Verbände, die lediglich Partikularinteressen verfolgen, sich ein abweichendes Antidiskriminierungsrecht auferlegen, sind die Auswirkungen auf die Gesellschaft gering. Anders das Antidiskriminierungsrecht interme-

---

vereinen und andererseits Vereinen mit vorrangig natürlichen Personen als Mitgliedern begrifflich differenzieren zu können.

5 *M. Stopper* in: A. Jakob/J. F. Orth/M. Stopper (Hrsg.), Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht, München 2021, § 2 Rn. 6, Rn. 92 ff.

6 *K. Stern*, Grundrechte der Sportler, in: F.-C. Schroeder/H. Kauffmann (Hrsg.), Sport und Recht, S. 142 (143); *J. F. Orth*, in: R. Cherkeh/C. Momsen/J. F. Orth (Hrsg.), Handbuch Sportstrafrecht, München 2021, Kap. 2 Rn. 13.

7 BGHZ 21, 370.

8 Grundlegend zur Rechtsnatur der Vereinsstrafe *U. Meyer-Cording*, Die Vereinsstrafe, Tübingen 1957, S. 53 ff.; unter Bezugnahme auf praktisch relevante Sportsverbandsstrafnormen der Gegenwart *Schneider*, in: Vereins- und Verbandsrecht (Fn. 5), § 2 Rn. 184.

9 *I. Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, Tübingen 2004, S. 291; so durfte etwa ein Verein, der die Traditionen der baltischen Ritterschaften pflegt, in seiner Satzung bestimmen, dass die Mitgliedschaft endet, wenn im Fall einer Hochzeit der Geburtsname der Ehefrau als gemeinschaftlicher Ehename angenommen wird (siehe OLG Celle NJW-RR 1989, 313, bestätigt von BVerfG FamRZ 1989, 1047).

10 *Orth*, in: Sportstrafrecht (Fn. 6), Kap. 2 Rn. 15 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diärer Organisationen: Der Deutsche Fußball-Bund (DFB) z.B. zählt 7,7 Millionen mittelbare Mitglieder, also dem DFB-Antidiskriminierungsrecht Unterworfene.[11] Seine Rechtsordnung setzt Impulse für das gesellschaftliche Zusammenleben im Sport und darüber hinaus.

Die Rechtssetzungs- und Sanktionsbefugnis der Verbände ist nicht nur Selbstzweck, sondern vielmehr konstitutiv: Im Ausgangspunkt wird Verbandsrecht vom Normadressaten kritischer hinterfragt als staatliches Strafrecht; schließlich rührt die Legitimität des Verbandsrechts nicht unmittelbar von der Verfassung her, sondern bedarf des kreativen Aktes der Vereinsgründung.[12] Insofern ist eine verbandsrechtliche Sanktionierung im Einzelfall – mehr als im staatlichen Strafrecht – immer auch Ausdruck der Rechtsbehauptung.[13]

Die Satzungsautonomie der Sportverbände ist kein Unikum des deutschen Verfassungsrechts, sondern z.B. in denjenigen Jurisdiktionen ähnlich ausgeprägt, in denen die internationalen Dachverbände des Sports ihren Sitz haben. Exemplarisch ist die *Union des Associations Européennes de Football* (UEFA) als europäischer Fußballdachverband mit Sitz in Nyon (Schweiz) zu nennen. Die UEFA ist ein im Handelsregister eingetragener Verein gemäß Art. 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB). Artikel 23 Abs. 1–2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) enthält eine Regelung, die im Wesentlichen Art. 9 Abs. 1 GG entspricht: Die Vereinigungsfreiheit gewährt – wie nach deutschem Recht – Sportverbänden die Autonomie, ihre eigene Verfassung mit Wirkung für das Innenverhältnis zu regeln.[14] Die Vereinsverfassung enthält nach schweizerischem Recht gemäß Art. 60 Abs. 2 ZGB obligatorische Angaben zu Zweck, Mittel und Organisation des Vereins. Terminologisch besteht gleichwohl ein Unterschied: Das schweizerische Pendant zur Satzung sind die Statuten.

11 DFB-Website, DFB-Statistik, Stand: 31.12.2023, https://www.dfb.de/ueber-uns/der-dfb/mitglieder (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

12 *Orth*, in: Sportstrafrecht (Fn. 6), Kap. 2 Rn. 88.

13 *Orth*, in: Sportstrafrecht (Fn. 6), Kap. 2 Rn. 88.

14 *C. Errass* in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. Aufl. Zürich 2023, Art. 23 Rn. 4 ff.; *H. M. Riemer* in: H. M. Riemer (Hrsg.), Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2023, Art. 60 Rn. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

II. Rechtssetzung durch DFB und UEFA

Auf Grundlage ihrer Verbandsautonomie erlassen der DFB und die UEFA jeweils Satzungen bzw. Statuten und Ordnungen. Bei der sportverbandlichen Rechtssetzung der Antidiskriminierungsnormen hat sich folgende Systematik etabliert: Die Satzung als Herzstück der Selbstregulierung enthält eine abstrakte Werteordnung sowie eine Ermächtigung zum Erlass einer niederrangigen Ordnung.[15] In dieser niederrangigen Ordnung sind allgemeine und spezielle Straftatbestände normiert, zu denen – in ihrer Zahl und Differenziertheit zunehmend[16] – Antidiskriminierungsstrafnormen zählen.

1. Diskriminierungen im Sport

Der Sport ist ein komplexes Sozialsystem, in dem Menschen mit verschiedenen Motiven, Erwartungen, Interessen und Einstellungen zusammenkommen und sich engagieren.[17] Der organisierte Sport in Deutschland wird von etwa 24,2 Millionen Menschen betrieben.[18] Ihm werden zahlreiche positive Attribute zugeschrieben: Er fördert die soziale Integrationsfähigkeit, bewirkt Gewaltprävention und erzieht zu Fairplay sowie Toleranz.[19] Das gemeinsame Werte- und Normensystem der Sportverbandsangehörigen schafft – dank der verbandszentrierten Sportorganisation – sozialen Zusammenhalt.[20] In einem wettkampforientierten Sport, der Druck- und Konkurrenzsituationen erzeugt, geht dieser soziale Zusammenhalt jedoch einher mit Ab- und Ausgrenzungsmechanismen, die den gesellschaftlichen

15 Zur Rechtmäßigkeit einer solchen Rechtssetzungssystematik schon BGHZ 47, 172; *Meyer-Cording*, in: Vereinsstrafe (Fn. 8), S. 32.

16 Zu den jüngsten Novellierungen der Antidiskriminierungsnormen des DFB-Verbandsrechts etwa *T. Vester/S. Reif*, Die Diskriminierungstatbestände der deutschen Fußball-Landesverbände, SpuRt 2022, 306 (307 f.).

17 *H. Delto*, Vorurteile und Stereotype im Vereinssport, Bielefeld 2022, S. 11.

18 Statista-Website, Gesamtzahl der Mitglieder in Sportvereinen in Deutschland von 1999 bis 2023, Stand: 01.11.2023, https://tinyurl.com/43bnfcj2 (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

19 *V. Rittner/C. Breuer*, Gemeinwohlorientierung und soziale Bedeutung des Sports, Köln 2004, passim.

20 *Delto*, Stereotype (Fn. 17), S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenhalt gefährden.[21] Zwischenmenschliche Begegnungen im Sport können bestehende Ressentiments auch fördern[22] – der Sport wird zum „Laboratorium der Vorurteile"[23].

Queerfeindliche und rassistische Diskriminierungen gehören etwa im Fußballsport zur Alltagskommunikation.[24] Weil der Sozialraum des Fußballsports von heteronormativer Männlichkeit geprägt ist, werden feminin kategorisierte Praktiken oft als Schwäche ausgelegt.[25] Queere Menschen rutschen „an das unterste Ende der Männlichkeitshierarchie"[26] – sie werden ausgegrenzt und stigmatisiert. Nicht selten agieren queere Menschen dann klandestin oder sagen sich gänzlich vom Fußball los.[27] Wenn ein Gesellschaftssystem wie das deutsche – historisch und kulturell codiert – durch strukturellen und alltäglichen Rassismus geprägt ist,[28] nimmt es nicht wunder, dass auch rassistische Diskriminierungen im Fußballsport tief verankert sind. Zu beobachten sind sowohl struktureller Rassismus und Alltagsrassismus[29] als auch offener Rassismus aus dem rechtsextremen Spektrum der Fanszene[30].

Dass Sportverbände ihr Antidiskriminierungsrecht zunehmend differenzierter gestalten, ist einer Einsicht geschuldet: Dass „alle Menschen [...]

21 *Delto*, Stereotype (Fn. 17), S. 12; *H. Delto/P. Tzschoppe*, Wir und die Anderen, Leipzig 2016, S. 14 f.

22 *B. Bröskamp*, Körperliche Fremdheit, Sankt Augustin 1994, S. 185.

23 *P. Ustinov*, Achtung! Vorurteile, Hamburg 2003, S. 122.

24 In Bezug auf Queerfeindlichkeit etwa *J. Tölva*, Fußball ist alles – auch lesbisch und schwul, in: M. Endemann et al. (Hrsg.), Zurück am Tatort Stadion, Göttingen 2015, S. 67 (71 ff.); *P. Arnold et al.*, „Das wird man ja wohl noch sagen dürfen!?", in: G. Teichert-Akkermann, Fußball und Vielfalt, Leverkusen 2023, S. 87 (96, 100, 102). In Bezug auf Rassismus etwa *G. A. Pilz*, Rechtsextremismus, Rassismus und Diskriminierung im Fußballumfeld, in: M. Glaser/G. Elverich (Hrsg.), Rechtsextremismus, Fremdenfeindlichkeit und Rassismus im Fußball, Halle 2008, S. 16 ff.; *K. Weber-Klüver*, Fußball und Rassismus in Deutschland, in: D. Beiersdorfer et al. (Hrsg.), Fußball und Rassismus, Göttingen 1993, S. 27 ff.

25 *S. Heissenberger*, Männlichkeit im Fußball, Zeitschrift für Ethnologie 141, S. 41 (43).

26 *Heissenberger*, Männlichkeit (Fn. 25), 43.

27 Meldestelle für Diskriminierung im Fußball in NRW, Jahresbericht 2022, S. 38.

28 *A. El-Mafaalani*, Wozu Rassismus?, Köln 2021, S. 39 ff.; *M. Bojadžijev*, Konjunkturen der Rassismustheorie in Deutschland, in: N. Foroutan et al. (Hrsg.), Das Phantom „Rasse", Köln 2018, S. 47 ff.; *S. Arndt*, Rassismus begreifen, München 2021, S. 311 ff.

29 Meldestelle für Diskriminierung im Fußball in NRW, Jahresbericht 2022, S. 34.

30 *R. Blaschke*, Angriff von Rechtsaußen, Göttingen 2011, passim; *R. Claus*, Hooligans, 2. Aufl., Göttingen 2018, S. 45 ff.; *W. Benz*, Alltagsrassismus, Frankfurt am Main 2019, S. 20 f.; Meldestelle für Diskriminierung im Fußball in NRW, Jahresbericht 2022, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Brüder“[31] werden, ist nicht zwingende Folge jeder gemeinschaftlichen Begeisterung für eine Sportveranstaltung. Vielmehr kann das Sozialsystem des Sports beides sein: Ein Motor der Verständigung oder ein Hort für gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit. Welche Rolle der Sport für eine Gesellschaft einnimmt, hängt nicht zuletzt davon ab, welchen Rechtsrahmen die Verbände setzen und wie die Rechtsorgane der Verbände ihn anwenden.

2. Antidiskriminierungsnormen im DFB-Verbandsrecht

Das Verbandsrecht des DFB kommt nicht ohne Pathos daher: In § 2 Abs. 2 Satz 1 DFB-Satzung bekennt sich der DFB zur „Achtung aller international anerkannten Menschenrechte und setzt sich für die Achtung dieser Rechte ein“. Zweck des DFB ist gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 DFB-Satzung die Förderung des Sports. Diese wird u.a. verwirklicht, indem der DFB „im und durch den Fußballsport“ Werte vermittelt – unter besonderer Berücksichtigung z.B. „der Förderung von Integration und Vielfalt sowie der Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung“ (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 lit. d Hs. 1 DFB-Satzung). Dies gilt z.B. „im Hinblick auf die soziale oder ethnische Herkunft oder eine behauptete ‚Rasse‘ [sowie] die sexuelle Identität“ (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 lit. d Hs. 2 DFB-Satzung).

Diese selbstgesetzte Einstandspflicht gegen Diskriminierungen bestrebt der DFB u.a. durch sein Verbandsstrafrecht zu verwirklichen. Auf Grundlage der Ordnungsermächtigung in § 6 Nr. 1 Satz 2 lit. d DFB-Satzung hat der DFB eine Rechts- und Verfahrensordnung (DFB-RuVO) erlassen, die wesentliche Vorschriften des DFB-Verbandsstrafrechts enthält. Die Generalklausel des DFB-Verbandsstrafrechts, § 1 Nr. 4 DFB-RuVO, pönalisiert z.B. sportliche Vergehen sowie unethische Verhaltensweisen aller in § 1 Nr. 1 DFB-RuVO genannten Angehörigen des DFB. Als Rechtsfolgen kommen die in § 44 Nr. 2 DFB-Satzung genannten Strafen, also z.B. eine Geldstrafe oder eine Sperrstrafe, in Betracht.

Die zentrale Antidiskriminierungsnorm des DFB-Verbandsrechts ist § 9 Nr. 2 Satz 1 DFB-RuVO:

> *„Wer die Menschenwürde einer Person oder einer Gruppe von Personen durch herabwürdigende, diskriminierende oder verunglimpfende Äußerungen oder Handlungen in Bezug auf Herkunft, Hautfarbe, Sprache,*

31 *F. Schiller*, An die Freude, 1786.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Religion, Behinderung, Alter, geschlechtliche oder sexuelle Identität verletzt oder sich auf andere Weise rassistisch und/oder menschenverachtend verhält, wird für mindestens fünf Wochen gesperrt."

§ 9 Nr. 2 Satz 2–5 DFB-RuVO enthalten überdies einen speziellen Strafrahmen für „Diskriminierung[en] und ähnliche Tatbestände". Ferner besteht für Diskriminierungstatbestände eine prozessuale Sonderregelung: Erstinstanzlich ist nicht – wie üblich – das DFB-Sportgericht zuständig, sondern gemäß § 43 Nr. 2 DFB-Satzung das DFB-Bundesgericht, das in der Regel erst in der Berufungsinstanz zuständig ist. Sowohl das DFB-Sportgericht als auch das DFB-Bundesgericht sind, trotz irreführender Bezeichnung, keine Schiedsgerichte i.S.v. §§ 1025 ff. ZPO, sondern lediglich Organe des Verbands.[32] Gleichwohl müssen insbesondere die Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden sowie die DFB-Beisitzer:innen[33] für das DFB-Bundesgericht gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 DFB-Satzung die Befähigung zum Richteramt besitzen. Die übrigen Beisitzer:innen sollen diese Befähigung haben (§ 38 Abs. 2 Satz 3 DFB-Satzung).

3. Antidiskriminierungsnormen im UEFA-Verbandsrecht

Das Antidiskriminierungsrecht der UEFA entspricht im Wesentlichen dem des DFB. Der Zweck i.S.v. Art. 60 Abs. 2 ZGB der UEFA ist u.a. die „Förderung des Fußballs in Europa im Geiste des Friedens, der Verständigung und des Fairplay – ohne Diskriminierung aufgrund der politischen Haltung, des Geschlechts, der Religion, der Rasse oder aus anderen Gründen" (Art. 2 Abs. 1 lit. b UEFA-Statuten). In Art. 56 UEFA-Statuten wird das UEFA-Exekutivkomitee dazu ermächtigt, eine Rechtspflegeordnung zu erlassen. Während die UEFA-Statuten der DFB-Satzung entsprechen, nimmt die UEFA-Rechtspflegeordnung (UEFA-RPflO) die Rolle der DFB-RuVO ein. Gemäß Art. 2 Abs. 3 UEFA-RPflO gilt ebendiese Rechtspflegeordnung materiell für sämtliche von der UEFA organisierten Spiele und Wettbewerbe. Die Zuständigkeitsbereiche der Rechtsorgane von DFB und UEFA werden also

32 Zur Abgrenzung von Schiedsgerichten und Rechtsorganen der Verbände eingehend *T. Summerer*, in: J. Fritzweiler/B. Pfister/T. Summerer (Hrsg.), Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl., München 2020, S. 320.

33 Bei den DFB-Beisitzer:innen handelt es sich gemäß § 39 Abs. 2 Satz 2 DFB-Satzung um diejenigen Beisitzer:innen, die vom Bundestag im Benehmen mit den Regional- und Landesverbänden gewählt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

nicht unter örtlichen Gesichtspunkten abgegrenzt, sondern nach verbandlicher Organisationshoheit.

Die zentrale Antidiskriminierungsnorm des UEFA-Verbandsrechts ist Art. 14 Abs. 1 UEFA-RPflO:

> *„Eine Organisation oder Person, die der Disziplinargewalt der UEFA untersteht und eine Person oder eine Gruppe von Personen in jeglicher Form u.a. wegen ihrer Hautfarbe, Rasse, Religion, ethnischen Abstammung, ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Orientierung in einer gegen die Menschenwürde verstoßenden Weise herabsetzt oder diskriminiert, wird für mindestens zehn Spiele oder auf bestimmte Zeit gesperrt oder anderweitig in angemessener Weise bestraft."*

Sofern tatbestandlich eine Diskriminierung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 UEFA-RPflO festgestellt wird, können die Rechtsorgane der UEFA Disziplinarmaßnahmen und Weisungen verhängen (Art. 55 UEFA-Statuten). In Art. 14 Abs. 2–5 UEFA-RPflO ist ein spezieller Strafrahmen für Diskriminierungssachverhalte ausgewiesen, der § 9 Nr. 2 Satz 2–5 DFB-RuVO im DFB-Verbandsrecht entspricht.

III. Rechtsanwendung durch die Organe von DFB und UEFA

Zwei Urteile der Rechtsorgane von DFB und UEFA aus dem Jahr 2024 illustrieren, wie das sportverbandliche Antidiskriminierungsrecht den gesellschaftlichen Diskurs prägt, wenn die sportverbandsrechtliche Wertung vom staatlichen Recht abweicht.

1. Zwei-Geschlechter-Urteil[34]

a) Sachverhalt

Am 25. November 2023 präsentierten Fans des Vereins Bayer 04 Leverkusen während eines Bundesligaspiels gegen den SV Werder Bremen im Stadion ein Banner mit folgender Aufschrift: „Es gibt viele Musikrichtungen. Aber nur zwei Geschlechter!" Dass die Leverkusener Fans das Banner während eines Bundesligaspiels gegen den SV Werder Bremen zeigten, war kein

34 DFB-Sportgericht SpuRt 2024, 151.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zufall. Vielmehr teilen die Fanszenen beider Vereine eine konfliktreiche Vorgeschichte. Die Bremer Fans prägen das Image einer politisierten Szene, die im Stadion u.a. auf sexualisierte Gewalt aufmerksam macht.[35] Demgegenüber werden die Leverkusener Fans in der Szene nicht mit politischen Themen assoziiert, sondern vor allem mit ihrem Faible für Schlagermusik. Nachdem die Leverkusener Fans wegen ihrer musikalischen Vorliebe abgewertet worden waren, knüpften sie während des Bundesligaspiels gegen den SV Werder Bremen an diese Häme an und zeigten das Zwei-Geschlechter-Banner.

b) Entscheidung

Wegen des Verhaltens der Leverkusener Fans beantragte der DFB-Kontrollausschuss beim DFB-Sportgericht, den Verein Bayer 04 Leverkusen wegen eines diskriminierenden Verhaltens seiner Fans mit einer Geldstrafe in Höhe von 18.000 EUR zu belegen. Die Rolle des DFB-Kontrollausschusses in der Strafordnung des Sportverbandsrechts entspricht weitgehend der Rolle der Staatsanwaltschaft im staatlichen Strafprozess: Dem DFB-Kontrollausschuss obliegt die Leitung des Ermittlungsverfahrens und er vertritt die Anklage. Im hiesigen Fall folgte das DFB-Sportgericht dem Strafantrag des DFB-Kontrollausschusses. Der Vorsitzende des DFB-Sportgerichts belegte den Verein Bayer 04 Leverkusen im Einzelrichterverfahren wegen eines diskriminierenden Verhaltens seiner Fans gemäß § 9 Nr. 2 DFB-RuVO mit der beantragten Geldstrafe. Ferner ließ er dem Verein Bayer 04 Leverkusen nach, ein Drittel der Geldstrafe für präventive Maßnahmen gegen Diskriminierung zu verwenden.

c) Kritische Würdigung

Das Urteil des DFB-Sportgerichts überraschte nicht; es war erfreulich wie erforderlich. Richtigerweise hat das DFB-Sportgericht diskriminierendes Verhalten als solches bestraft und damit ein Signal für geschlechtliche Vielfalt gesendet. Dennoch war das Zwei-Geschlechter-Urteil erheblicher journalistischer Kritik ausgesetzt. Vielfach wurden Bedenken artikuliert,

35 Z.B. zeigte die Bremer Ultra-Gruppe *Caillera* während des streitgegenständlichen Spiels gegen den Verein Bayer 04 Leverkusen ein Banner mit folgender Aufschrift: „Jeden 3. Tag eine tote Frau. Jeden Tag ein versuchter Mord. Femizide stoppen!"

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Urteil könne der „AfD neues Wahlkampfmaterial“[36] liefern und im ohnehin aufgeladenen Gesamtdiskurs nicht „klug“[37] sein. Solch eine politisch-strategische Argumentation darf – auch für die Sportgerichtsbarkeit – jedoch nie handlungsleitend sein: Wenn ein rechtlich überzeugendes Urteil Widerspruch von denjenigen Menschen erfährt, die dem Irrglauben unterliegen, in Diskriminierungsfragen würden ihnen illegitime moralische Vorgaben oktroyiert, darf dies konsequenter Rechtsprechung nicht im Wege stehen. Wer sich über das Banner der Leverkusener Fans als „spielerischen Kommentar zum Kulturkampf unserer Zeit“[38] amüsiert, verkennt die Lebensrealität von queeren Menschen und bagatellisiert ihre Diskriminierung. Das Zwei-Geschlechter-Banner spricht nicht-binären Menschen unter dem Deckmantel eines biologisch-absoluten Zweigeschlechtersystems ihre geschlechtliche Identität ab.

Dass das Verhalten der Leverkusener Fans nach staatlichem Recht straffrei ist, steht einer sportverbandsrechtlichen Sanktionierung – wegen Art. 9 Abs. 1 GG – nicht entgegen. Die Vereinigungsfreiheit ermöglicht dem DFB eine verbandsautonome Auslegung des eigenen Innenrechts. Der Meinungsfreiheit des Bestraften kann der DFB seine Verbandsautonomie entgegenhalten. Anders als der Staat ist der DFB, ebenso wie der Adressat der Verbandsstrafe, grundrechtsberechtigt – obwohl ihm als intermediäre Instanz im Sozialraum des Sports eine übergeordnete soziale und wirtschaftliche Macht zukommt. Diese Macht wiederum verleiht dem Urteil seine Wirkung: Das ethische Unwerturteil[39] ist für den Bestraften spürbar.

In sportverbandsrechtlicher Hinsicht fällt am Zwei-Geschlechter-Urteil positiv auf, dass das Zeigen des Banners nicht bloß auf Grundlage von § 1 Nr. 4 DFB-RuVO als unsportliches Verhalten sanktioniert wurde, sondern als Diskriminierung i.S.v. § 9 Nr. 2 Satz 1 DFB-RuVO. Kritikwürdig ist das Zwei-Geschlechter-Urteil lediglich in zweierlei Hinsicht. Erstens hinsichtlich der Strafzumessung: Da die Leverkusener Fans mit dolus directus 1. Grades agiert haben, wäre eine das Mindestmaß übersteigende Geldstrafe jedenfalls vertretbar gewesen.[40] Zweitens ist zwar positiv zu würdigen, dass das DFB-Sportgericht dem Verein Bayer 04 Leverkusen nachgelassen hat,

36 *A. Rosenfelder*, Diese Strafe für eine harmlose Parole ist absurd, in: WELT v. 02.02.2024.

37 *R. Hamann*, Sport und Musik, in: TAZ v. 31.1.2024

38 *Rosenfelder*, Strafe (Fn. 36).

39 *Orth*, in: Sportstrafrecht (Fn. 6), Kap. 2 Rn. 96.

40 Zu den Zumessungskriterien *H. Hilpert*, Fußballstrafrecht des DFB, 2. Aufl., Berlin 2018, S. 80 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein Drittel der Geldstrafe für präventive Maßnahmen gegen Diskriminierung zu verwenden. Schließlich kann diese übliche Rechtsprechungspraxis zum Strafzweck der Spezialprävention[41] beitragen. Mit Blick auf die konkrete Art der Diskriminierung im hiesigen Fall hätte das DFB-Sportgericht gleichwohl adäquater differenzieren können, indem es das Nachlassen an Maßnahmen gegen Diskriminierungen dezidiert aufgrund geschlechtlicher Identität knüpft.

2. Wolfsgruß-Urteil[42]

a) Sachverhalt

In der ersten K.o.-Runde der Fußball-Europameisterschaft standen sich am 2. Juli 2024 im Stadion Leipzig die Nationalmannschaften Österreichs und der Türkei gegenüber. Nachdem der türkische Abwehrspieler *Demiral* in der 59. Minute sein zweites Tor des Spiels erzielt hatte, reckte er seine Hände in die Höhe. Dabei presste er Mittel- und Ringfinger beider Hände gegen den Daumen der jeweiligen Hand und spreizte sowohl die Zeigefinger als auch die kleinen Finger nach oben ab. Er zeigte den Wolfsgruß.

b) Entscheidung

Am 3. Juli 2024 gab ein Ethik- und Disziplinarinspektor der UEFA bekannt: „In relation to the 2024 UEFA European Championship […] match between Austria and Türkiye […] an investigation has been opened in accordance with Article 31(4) of the UEFA Disciplinary Regulations [deutsch: UEFA-RPflO] in relation to the alleged inappropriate behaviour of the Turkish Football Federation player, Merih Demiral."[43] Am 5. Juli 2024 verkündete der UEFA-Berufungssenat als zuständige Disziplinarinstanz sein Urteil: „The Appeals Body has decided: to suspend Turkish Football

41 Zur Spezialprävention im Sportstrafrecht *Orth*, in: Sportstrafrecht (Fn. 6), Kap. 2 Rn. 33 ff.

42 UEFA-Website, Disciplinary matters, https://tinyurl.com/yb8am62v (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

43 UEFA-Website, Disciplinary matters, https://tinyurl.com/28ws8xw9 (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Federation player Merih Demiral, for a total of two (2) UEFA representative team competition matches for which he would be otherwise eligible […]."[44]

In der Sache folgte der Berufungssenat dem Antrag des Ethik- und Disziplinarinspektors, der vier Regelverstöße ermittelt und angeklagt hatte: Erstens hat *Demiral* elementare Anstandsregeln verletzt (Art. 11 Abs. 2 lit. b UEFA-RPflO). Zweitens hat *Demiral* Sportveranstaltungen für sportfremde Kundgebungen benutzt (Art. 11 Abs. 2 lit. c UEFA-RPflO). Drittens hat *Demiral* durch sein Verhalten den Fußball und insbesondere die UEFA in Verruf gebracht (Art. 11 Abs. 2 lit. d UEFA-RPflO). Schließlich hat *Demiral* viertens gegen den Auffangtatbestand des allgemeinen Verhaltensgrundsatzes verstoßen, der ethisch korrektes, loyales, integres und sportliches Verhalten anordnet (Art. 11 Abs. 1 UEFA-RPflO).

c) Kritische Würdigung

Die Entscheidung des UEFA-Berufungssenats ist im Ergebnis vertretbar, überzeugt aber nicht in allen Facetten. Kritikwürdig ist zum einen, dass der UEFA-Berufungssenat lediglich Verstöße gegen allgemeine Verhaltenstatbestände (Art. 11 UEFA-RPflO) und nicht gegen den Diskriminierungstatbestand (Art. 14 UEFA-RPflO) festgestellt hat. Der Wolfsgruß ist ein Erkennungszeichen der türkisch-rechtsextremistischen Ülkücü-Bewegung, die eine Großtürkei in den Grenzen des Osmanischen Reiches anstrebt.[45] Dieser Anspruch basiert auf einem extremen Nationalismus, der die türkische Nation „sowohl politisch-territorial als auch ethnisch-kulturell als überlegen ansieht".[46] Vor diesem Hintergrund wäre es jedenfalls gut vertretbar gewesen, das Verhalten des Spielers *Demiral* nicht bloß aufgrund allgemeiner Verhaltenstatbestände, sondern als rassistisch diskriminierendes Verhalten i.S.v. Art. 14 UEFA-RPflO zu untersuchen.[47]

---

44 UEFA-Website, Disciplinary matters, https://tinyurl.com/yb8am62v (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

45 Ministerium des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Verfassungsschutzbericht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2023, S. 191; differenziert zur Symbolik des Wolfsgrußes *T. Rammerstorfer*, in: L. Jamal/Y. Aydın (Hrsg.), „Graue Wölfe", Bonn 2022, S. 163 (168).

46 Ministerium des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Verfassungsschutzbericht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2016, S. 157; vgl. auch *Jamal/Aydın*, in: Graue Wölfe (Fn. 45), S. 9 (9).

47 Mit Blick auf den ähnlich gelagerten Fall Josip Šimunić (FIFA DC Decision 131046, 12.12.2013 – Šimunić; CAS 2014/A/3562 Josip Šimunić v. Fédération Internationale

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ferner ist die Strafzumessung des UEFA-Berufungssenats kritikwürdig. Im Rahmen der Zumessung sind – ähnlich wie im staatlichen Recht nach § 46 StGB – gemäß Art. 23 Abs. 1 UEFA-RPflO die objektiven und subjektiven Umstände ebenso zu berücksichtigen wie belastende und entlastende Elemente. Zu den etablierten Strafzumessungskriterien im Sport zählt u.a. das Nachtatverhalten des Spielers.[48] Als *Demiral* im Rahmen einer Pressekonferenz[49] nach dem Spiel von einem Journalisten zu seinem Verhalten befragt wurde, sagte er u.a. zweimal, dass er froh sei, „das getan"[50] zu haben. Schließlich teilte er sogar mit, er hoffe, dass er noch einmal Möglichkeiten bekomme, die gleiche Geste zu zeigen.[51] Von Einsicht und Reue war *Demiral* weit entfernt. In Anbetracht des geringen Strafmaßes einer Sperrstrafe von nur zwei Spielen erscheint fraglich, ob der UEFA-Berufungssenat das Nachtatverhalten *Demirals* im Rahmen der Strafzumessung hinreichend gewürdigt hat.

Dass der Fall Demiral medial diskutiert wurde, lag nicht nur daran, dass sich der Sachverhalt während eines K.o.-Spiels der viel beachteten Fußball-Europameisterschaft ereignete. Zur öffentlichen Debatte trug nicht zuletzt der Umstand bei, dass sich der Sachverhalt in Deutschland zutrug, wo das Verhalten des Spielers *Demiral* nach staatlichem Recht straffrei ist. Das Zeigen des Wolfsgrußes ist nicht gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 2 StGB als Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger und terroristischer Organisationen strafbar.[52] Dies würde insbesondere zweierlei voraussetzen: Erstens müsste die Ülkücü-Bewegung als verfassungswidrig oder terroris-

---

de Football Association (FIFA)) lag eine Sanktionierung gemäß Art. 14 UEFA-RPflO sogar nahe. Die Übertragung dieser Wertung war gleichwohl nicht zwingend, weil der Fall Josip Šimunić nicht im Geltungsbereich des UEFA-Verbandsrechts, sondern des FIFA-Verbandsrechts entschieden wurde.

48 *Hilpert*, Fußballstrafrecht (Fn. 40), S. 82 f.

49 ARD-Mediathek, Demiral – „Bin froh, dass ich das getan habe", https://tinyurl.com/sjs979pu (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

50 ARD-Mediathek, Demiral – „Bin froh, dass ich das getan habe", https://tinyurl.com/sjs979pu (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

51 ARD-Mediathek, Demiral – „Bin froh, dass ich das getan habe", https://tinyurl.com/sjs979pu (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

52 In Österreich hingegen ist es gemäß §§ 1 Nr. 4, 2 Abs. 2 Symbole-Gesetz (SG) explizit verboten, Symbole der Gruppierung Graue Wölfe in der Öffentlichkeit zur Schau zu stellen, zu tragen oder zu verbreiten. Zu diesen Symbolen zählt gemäß konkretisierender Verordnung des österreichischen Bundesministers für Inneres auch der Wolfsgruß. Wer vorsätzlich dem Verbot zuwiderhandelt, wird im Regelfall des § 3 Abs. 1 Satz 1 SG zu einer Geldstrafe bis zu 10.000 EUR oder mit Freiheitsstrafe bis zu einem Monat bestraft.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tisch eingestuft werden. Zweitens müsste das Zeigen des Wolfsgrußes ein Propagandamittel i.S.d. Norm sein. Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind gegenwärtig nicht erfüllt.

Das Recht der Verbände steht *neben* dem staatlichen Recht. Es flankiert die allgemeinverbindlichen Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens mit speziellen Wohlverhaltensansprüchen für den begrenzten Sozialraum des Sports. Der mediale Diskurs in Bezug auf das Wolfsgruß-Urteil hat jedoch gezeigt, wie das Antidiskriminierungsrecht einer intermediären Vereinigung den Diskurs über staatliches Recht leiten kann: Als die deutsche Bundesministerin des Innern und für Heimat, Nancy Faeser, in der Causa Demiral auf der Plattform X einen Post veröffentlichte, in dem sie die UEFA zur Prüfung von Sanktionen aufforderte, brachte ihr dies erhebliche Kritik ein.[53] Ihr Verhalten sei bigott, weil sie von der UEFA eine Sanktionierung fordere, in ihrem Amt als Ministerin aber keine Fortschritte in Sachen von Vereinsverboten im Spektrum der Ülkücü-Bewegung mache.[54] Dieser Vorwurf ist verfassungsrechtlich nicht haltbar: Verbandsstrafrecht und staatliches Strafrecht basieren auf einer unterschiedlichen Legitimationsgrundlage: Während Sportverbände auf dem Fundament des Art. 9 Abs. 1 GG zulässigerweise wertegebunden agieren, obliegt dem Staat grundsätzlich eine Neutralitätspflicht.

IV. Charakteristika des sportverbandlichen Antidiskriminierungsrechts

1. Kategorienkatalog

Die Antidiskriminierungsnormen der Sportverbände sind – wie z.B. § 9 Nr. 2 DFB-RuVO und Art. 14 Abs. 1 UEFA-RPflO – als Kategorienkataloge ausgestaltet. Diese typische Form der Rechtssetzung im Antidiskriminierungsrecht spiegelt die historische Verfestigung bestimmter kategorialer Ungleichbehandlungen.[55] Die Kategorienkataloge des Sportverbandsrechts sind nicht starr, sondern unterliegen stetigem Wandel. Bis zum 31. März 2022 knüpfte der Wortlaut von § 9 Nr. 2 DFB-RuVO etwa noch an „Ge-

53 *E. Pehlivan*, Eklat um Wolfsgruß von Türkei-Spieler, in: FR v. 04.07.2024.

54 Vgl. *S. Dagdelen*, Pressemitteilung v. 03.07.2024, https://tinyurl.com/mt3thj2w (zuletzt abgerufen am 30.09.2024); siehe auch BT-Drs. 20/12158.

55 *A. K. Mangold/M. Payandeh*, § 1 Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: A. K. Mangold/M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schlecht oder sexuelle Orientierung" an. Seit einem Änderungsantrag des DFB-Präsidiums auf dem 44. DFB-Bundestag lautet der Wortlaut nun „geschlechtliche oder sexuelle Identität".[56] Die Diskriminierungsverbote von DFB und UEFA sind jedoch auch gegenwärtig nicht geschlossen, sondern rechtstechnisch als offene Kategorienkataloge[57] ausgestaltet: Art. 14 Abs. 1 UEFA-RPflO enthält den Einschub „u.a.". In § 9 Nr. 2 DFB-RuVO zielt die Formulierung „oder sich auf andere Weise [...] menschenverachtend verhält" auf eine Öffnung der Norm für nicht explizit benannte Kategorien ab.

In der Gesamtschau aller in § 9 Nr. 2 DFB-RuVO aufgeführten Kategorien ist die Norm asymmetrisch ausgestaltet. Die ersten acht Kategorien lauten wie folgt: Herkunft, Hautfarbe, Sprache, Religion, Behinderung, Alter, geschlechtliche Identität und sexuelle Identität. An diese Kategorien wird dergestalt angeknüpft, dass es für eine sportverbandsrechtliche Sanktionierung der Menschenwürdeverletzung eine Person oder eine Gruppe von Personen herabwürdigender, diskriminierender oder verunglimpfender Äußerungen oder Handlungen bedarf. Demgegenüber knüpft die neunte Kategorie („rassistisch [...] verhält") an keine vergleichbaren, zusätzlichen Anforderungen an – es genügt das rassistische Verhalten als solches.[58] Fraglich ist schon, ob der Normgeber diesen wesentlichen Unterschied der Tatbestandsvoraussetzungen zwischen den Kategorien beabsichtigt hat. Wahrscheinlich ist vielmehr, dass der Normgeber – wie so oft im deutschen Sprachgebrauch – die adverbiale Beschreibung dem Substantiv „Rasse" vorziehen wollte[59] und dabei die Semantik der Norm in eine nicht beabsichtigte Schieflage geraten ist. Nicht anders ist das Adverb „auf andere Weise" zu erklären, dessen Verwendung im Gesamtkontext des Wortlauts der Norm suggeriert, es handele sich bei rassistischen Diskriminierungen um einen Oberbegriff, der auch die ersten acht genannten Kategorien einbeziehe.

56 *T. Vester/S. Reif*, Bereits bunt oder noch grau in grau? Die sportrechtlichen Regelwerke des deutschen Fußballs hinsichtlich sexueller und geschlechtlicher Vielfalt, in: Bundesstiftung Magnus Hirschfeld (Hrsg.), Queere Vielfalt im Fußball, Opladen 2023, S. 42 (46).

57 Eingehend zum Kategorienproblem: *S. Baer*, § 5 Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: A. K. Mangold / M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Rn. 36, Rn. 38 ff.

58 Differenziert zu dem Bedeutungsgehalt der Begriffe „Rasse", „rassisch", „rassistisch" *C. Barskanmaz*, § 7 Rasse und ethnische Herkunft als Diskriminierungskategorien, in: A. K. Mangold / M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Rn. 1 ff.

59 So z.B. auch BVerfG NZA 2020, 1704 (1705).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mindestens in gleicher Weise sinnentstellt ist die „und/oder"-Konjunktion in § 9 Nr. 2 DFB-RuVO: Den Tatbestand der Norm erfüllt u.a., wer sich „rassistisch und/oder menschenverachtend" verhält. Diese Formulierung suggeriert, dass es strafwürdiges rassistisches Verhalten gäbe, das nicht menschenverachtend sei. Es ist augenfällig, dass § 9 Nr. 2 DFB-RuVO kein Beispiel für gelungene Rechtssetzung ist. Der Kategorienkatalog sowie die Normstruktur bedürfen einer dringenden Novellierung.

Bemerkenswert ist, dass die DFB-Norm den Begriff der Rasse vermeidet und stattdessen das Adverb „rassistisch" verwendet. Die UEFA-Norm hingegen listet „Rasse" explizit als eigene Kategorie. Hier wirkt sich wohl die unterschiedliche Arbeitssprache der beiden Normgeber aus: Während der DFB auf Deutsch kommuniziert, sind die offiziellen Sprachen der UEFA Englisch, Französisch und Deutsch (Art. 4 Abs. 1 UEFA-Statuten). Sofern sich im Wortlaut Differenzen ergeben, gilt die englische Fassung (Art. 4 Abs. 3 UEFA-Statuten). Dieser Vergleich der nationalen und internationalen Norm nährt die Vermutung *Barskanmaz*', „dass es sich bei der Wortbildung ‚rassistische Diskriminierung' um eine spezifisch deutsche Schöpfung handeln dürfte".[60]

2. Reaktive Diskriminierungsverbote

Die sportverbandlichen Antidiskriminierungsnormen sind als reaktive[61] Diskriminierungsverbote mit Sanktionscharakter ausgestaltet. Im staatlichen Strafrecht spielen diskriminierungsrechtliche Fragestellungen demgegenüber nur eine untergeordnete Rolle. Einzig im Rahmen von Sonderdelikten rund um die Volksverhetzung gemäß § 130 StGB werden diskriminierungsrechtliche Aspekte virulent.[62] Ferner wurden im Nachgang der Aufarbeitung des NSU-Skandals „rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende Tatmotive" als für die Strafzumessung relevan-

60 *Barskanmaz*, Rasse (Fn. 58), Rn. 3: Ein Grund für diesen deutschen Exzeptionalismus dürfte das postnationalsozialistische deutsche Unbehagen über das Wort ‚Rasse' sein, weshalb auch im Antidiskriminierungsrecht statt auf ‚Rasse' auf die adjektivierte Form von Rassismus zurückgegriffen werde.

61 Zu reaktiven Maßnahmen eingehend *M. Grünberger/A. Reinelt*, § 20 Rechtsfolgen von Diskriminierungen, in: A. K. Mangold / M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Rn. 11 ff.

62 *Mangold/Payandeh,* Antidiskriminierungsrecht (Fn. 55), Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te Kriterien in § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB festgeschrieben.[63] Das Erkennen, Benennen und effektive Ächten dieser Motive bringt – im Sportverbandsstrafrecht wie im staatlichen Strafrecht – Solidarität mit den Opfern zum Ausdruck und kommuniziert, dass sie gleichberechtigter Teil der Gesellschaft sind.[64] Auch deshalb ist es wichtig, dass die Sportgerichtsbarkeit – wo einschlägig – die speziellen Diskriminierungstatbestände bemüht und das Motiv nicht ausschließlich im Rahmen der Strafzumessung bei der Anwendung einer Generalklausel berücksichtigt.[65] Einen Diskriminierungstatbestand, nach der das Verhalten einer Person allein deshalb strafbar ist, weil es diskriminierend ist, kennt das staatliche Strafrecht nicht. Insofern sind Verbandsstrafnormen wie § 9 Nr. 2 DFB-RuVO und Art. 14 Abs. 1 UEFA-RPflO in der Gesamtschau des Antidiskriminierungsrechts atypisch.

3. Subsumtionsdefizite

Die Strafnormen der Sportverbände enthalten in der Regel sowohl spezielle Diskriminierungsverbote (z.B. § 9 Nr. 2 DFB-RuVO) als auch Auffangtatbestände (z.B. § 1 Nr. 4 DFB-RuVO). Der Begriff der Diskriminierung wird – auch im Sozialraum des Sports – in sehr unterschiedlichen Bedeutungen verwendet.[66] Daher verschwimmen oftmals einerseits ein spezifischer Rechtsbegriff von Diskriminierung und andererseits ein allgemeinsprachlich moralischer Vorwurf.[67] Dies erzeugt Subsumtionsdefizite bei der Benennung von Diskriminierungen.[68] Nicht selten werden Diskriminierungen in der Sportgerichtsbarkeit lediglich „unter den weniger strafbewehrten Tatbeständen des ‚unsportlichen Verhaltens' [...] subsumiert",[69] weil das schwerwiegende Etikett der Diskriminierung nicht ohne Weiteres einem

63 Gesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des NSU-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages v. 12.06.2015, BGBl. 2015 I, S. 925.

64 Näher in Bezug auf den NSU *D. Geschke/M. Quent*, Sekundäre Viktimisierung durch die Polizei?, in: W. Frindte et al. (Hrsg.), Rechtsextremismus und „Nationalsozialistischer Untergrund", Wiesbaden 2016, S. 481 (490); im Kontext von Vorurteilskriminalität *J. Geneuss*, § 27 Diskriminierungsschutz in der Strafrechtspflege, in: A. K. Mangold / M. Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Rn. 41 ff.

65 Hierzu vertieft sogleich unter Kap. IV., 3.

66 *Mangold/Payandeh,* Antidiskriminierungsrecht (Fn. 55), Rn. 2.

67 *A. K. Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, Tübingen 2021, S. 12 ff.

68 *A. K. Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, Tübingen 2021, S. 12 ff.

69 *T. Vester*, Antisemitismus – (k)ein Thema für die Sportgerichtsbarkeit?!, in: Zentralrat der Juden in Deutschland (Hrsg.), Die (Un-)Sichtbarkeit von Antisemitismus

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Sportskameraden angeheftet werden möchte. Diese Subsumtionsdefizite auf Bundesebene des DFB machen auch vor den Instanzsportgerichten der Landesverbände nicht halt. Bisweilen entsteht der Eindruck, dass die sportverbandlichen Maßnahmen gegen Diskriminierung dort zwar die abstrakte Einsicht zu Tage gefördert haben, dass z.B. Rassismus auf das Schärfste abzulehnen sei. Damit geht jedoch nicht immer die Kompetenz einher, Rassismus als solchen zu identifizieren. Besorgniserregend ist z.B. die von dem Verbandssportgericht eines DFB-Landesverbands vertretene Rechtsauffassung, dass die Äußerung „Scheiß Ausländer" nicht dem Diskriminierungsverbot unterfalle[70] – mit der Begründung, dass die neben dem Anknüpfungsmerkmal (z.B. „behauptete ‚Rasse'" oder „ethnische Herkunft") stets erforderliche menschenverachtende Komponente nicht erfüllt sei. Diese Rechtsauffassung wäre nur haltbar, wenn eine Äußerung, die – an eine behauptete Rasse anknüpfend – eine Person diskriminierend herabwürdigt, im Einzelfall auch *nicht* menschenverachtend sein kann. Das Gegenteil ist korrekt: Jede Äußerung, die in diskriminierender Herabwürdigung an eine Kategorie des Katalogs anknüpft, wird stets menschenverachtenden Charakter haben. Die Rechtsaufassung dieses Verbandssportgerichts ist Ausdruck einer dramatischen Bagatellisierung von Rassismus.

V. Ausblick

Das Antidiskriminierungsrecht ist ein junges, aber eigenständiges Rechtsgebiet.[71] Oftmals wird für den rechtlichen Umgang mit Diskriminierungen danach differenziert, ob sie auf staatliche Maßnahmen zurückzuführen sind oder im Privatverhältnis stattfinden.[72] Die Diskriminierungsverbote

---

im Fußball, Leipzig 2023, S. 91 f.; ähnlich *Vester/Reif*, Diskriminierungstatbestände (Fn. 16), 313.

70 In diesem Fall war § 12 Abs. 2 WDFV-RuVO maßgeblich. Diese Norm weicht in ihrem Wortlaut von § 9 Nr. 2 DFB-RuVO ab. Sie lautet wie folgt: „In besonderer Weise grob unsportlich verhält sich, wer in menschenverachtender Weise eine Person oder eine Personengruppe diskriminierend herabwürdigt, insbesondere wenn dies durch herabwürdigende Äußerungen oder Handlungen in Bezug auf eine behauptete ‚Rasse', die ethnische Herkunft, die Nationalität, die Hautfarbe, die Sprache, das Geschlecht, die Religion oder die Weltanschauung, auf eine tatsächliche oder angenommene Behinderung oder die sexuelle Orientierung geschieht."

71 Etwa *A. K. Mangold*, Von Homogenität zu Vielfalt, in: T. Duve/S. Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, Berlin 2018, S. 461 ff.

72 *Mangold/Payandeh,* Antidiskriminierungsrecht (Fn. 55), Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Sportverbände finden in einer solch formalen Kategorisierung keinen Platz. Sportverbandsstrafen wegen Diskriminierungen sind Rechtsinstitute *sui generis*: Sie basieren – mit Blick auf die Satzungsautonomie aus Art. 9 Abs. 1 GG – auf einem öffentlich-rechtlichen Fundament und werden in einem Zivilrechtsverhältnis zwischen Verband und Regelunterworfenem verhängt. Sie sind zwar keine staatlichen Kriminalstrafen, dennoch „echte Strafen"[73] im rechtstechnischen, rechtsethischen und rechtssoziologischen Sinn.[74] Sportverbandsstrafen legen dem Regelunterworfenen einen Malus auf.[75] Sie ähneln den staatlichen Kriminalstrafen nicht nur terminologisch, sondern auch hinsichtlich ihrer Wirkung und Zielrichtung: Ihnen wohnt ein ethisches Unwerturteil inne und sie dienen sowohl der Spezial- als auch der Generalprävention sowie der Sühne unerwünschten Verhaltens.[76] Sportverbandsstrafen wirken – zumindest auch – repressiv.

Das Antidiskriminierungsrecht beruht – im Verständnis von *Mangold* und *Payandeh* – auf der Überzeugung, dass es strukturelle Gemeinsamkeiten der verschiedenen hiervon erfassten Regelungsbereiche gibt, die es gerechtfertigt und fruchtbar erscheinen lassen, sowohl verschiedene Regelungsbereiche als auch unterschiedliche Ausdifferenzierungen des Antidiskriminierungsrechts in einer übergreifenden Gesamtschau zu betrachten.[77] In dieser Gesamtschau verdienen es die Diskriminierungsverbote der Sportverbände, mitgedacht zu werden. Hierfür spricht nicht zuletzt die soziale Realität: Aus der Perspektive der Betroffenen sind private und staatliche Diskriminierungen oft eng miteinander verwoben, zum Teil aufeinander bezogen und damit Teil eines einheitlichen Problems, das es rechtlich zu adressieren gilt.[78] Eng miteinander verwoben ist aus der Betroffenenperspektive ebenso die rechtliche Beurteilung einer etwaigen Diskriminierung durch die staatlichen Gerichte einerseits und die Sportgerichtsbarkeit andererseits. Dies gilt insbesondere in der Welt des Amateursports, die für das Individuum stets klein und nah ist, aber dennoch 24,2 Millionen Menschen

73 *Ebert*, Pönale Elemente (Fn. 9), S. 291.
74 *Orth*, in: Sportstrafrecht (Fn. 6), Kap. 2, Rn. 96.
75 *Orth*, in: Sportstrafrecht (Fn. 6), Kap. 2, Rn. 86.
76 *Ebert*, Pönale Elemente (Fn. 9), S. 290; *Meyer-Cording*, in: Vereinsstrafe (Fn. 8), S. 70 f.; *Orth*, in: Sportstrafrecht (Fn. 6), Kap. 2, Rn. 86 ff., 96 ff.
77 *Mangold/Payandeh,* Antidiskriminierungsrecht (Fn. 55), Rn. 13.
78 *Mangold/Payandeh,* Antidiskriminierungsrecht (Fn. 55), Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betrifft.[79] Wenn ein Spieler in einem Meisterschaftsspiel der Kreisliga seinen Gegenspieler rassistisch beleidigt, wird das zuständige Sportgericht des Sportverbands den Spieler – im Anschluss an eine mündliche Verhandlung – mit einer Geld- und/oder Sperrstrafe belegen. Das Urteil des Sportgerichts kommt meist schnell, benennt das Verhalten des Spielers, als das, was es ist (Rassismus) und bewirkt im sozialen Mikrokosmos des Sports die klassischen Strafzwecke.

Ja, die Sportgerichte des DFB und seiner Landesverbände sind keine *Gerichte*. Sie sind nicht einmal *echte* Schiedsgerichte i.S.v. §§ 1025 ff. ZPO, sondern lediglich Rechtsorgane der Verbände. Dennoch sind die Entscheidungen der Sportgerichtsbarkeit zu Diskriminierungssachverhalten bedeutsam. Die Werte, nach denen eine Gesellschaft ihr Handeln ausrichtet, werden nicht nur vom Staat bestimmt, sondern ebenso durch intermediäre Organisationen geprägt. Vor diesem Hintergrund sind die Potenziale des sportverbandlichen Antidiskriminierungsrechts beachtlich. Es lohnt sich, diese Art der Rechtssetzung und Rechtsanwendung im Rechtsgebiet des Antidiskriminierungsrechts mitzudenken.

79 Statista-Website, Gesamtzahl der Mitglieder in Sportvereinen in Deutschland von 1999 bis 2023, Stand: 01.11.2023, https://tinyurl.com/43bnfcj2 (zuletzt abgerufen am 30.09.2024).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lernen aus dem „Globalen Süden"? Gleichheits- und repräsentationstheoretische Grundlagen von Parität in Kenia und Ruanda

Saskia Westermann

Abstract: *Im deutschen Diskurs um Parität wird die Einführung einer Quotenregelung von der herrschenden Meinung als Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit und Parteienfreiheit abgelehnt. Dabei steht im Fokus der Debatte nicht die demokratische Gleichheit, sondern die formale Rechtsgleichheit. Dieser Beitrag argumentiert, dass damit das Potential von Art. 3 Abs. 2 GG als transformatives und inklusives Zukunftsverfassungsrecht verkannt wird. Dafür werden anhand eines Vergleichs der kenianischen und der ruandischen Verfassung zunächst verschiedene verfassungstheoretische Konzeptionen von Parität dargestellt und anschließend die rechtlichen Mechanismen zu ihrer Verwirklichung vergleichend evaluiert. Damit wird aufgezeigt, welches Transformationspotential dem Gleichheitsbegriff zukommt, wenn dieser materiell begriffen und durch eine Gewährleistungsdimension dogmatisch aufgewertet wird.*

I. Einleitung: Repräsentation, Gleichheit und die Frage nach der Quote

Repräsentation als zentraler Prozess der Über- und Umsetzung des demokratisch artikulierten Willens der Bürger*innen in Entscheidungsstrukturen des politischen Raums, die den institutionellen Rahmen für die Verhandlung jeder gesellschaftlichen Frage bilden, ist in repräsentativen Demokratien eine essentielle Voraussetzung für die Teilhabe eines jeden gesellschaftlichen Individuums an der Verfassungsgemeinschaft insgesamt; die Legitimität von Staatsmacht steht in unmittelbarer Abhängigkeit von ihrer Funktionsfähigkeit. Dabei sind die mit dem Begriff verbundenen Konzeptionen ebenso vielfältig, komplex und oft implizit, wie sie bedeutsam sind. Die Frage, wer durch wen wie repräsentiert wird und wie die Funktionsfähigkeit des Vorgangs evaluiert werden soll und kann, stellt dementsprechend ein multidimensionales Forschungsfeld an der Schnittstelle von Philosophie, Politik-, Sozial- und Rechtswissenschaft dar.[1]

1 Grundlegend zum Begriff der Repräsentation: *H. F. Pitkin*, The Concept of Representation, Berkeley 1967. Zur (politischen) Bedeutung von Begriff und Konzeptionen statt

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Besondere Beachtung erfahren der Begriff der Repräsentation und ihre Konzeption gerade in Zeiten von Politikverdrossenheit und Identitätspolitik im Nexus mit (bürgerlicher) Gleichheit und (sozialer) Gerechtigkeit als weiteren Grundprinzipien sog. moderner Demokratien. Im Mittelpunkt der öffentlichen Debatte steht dabei auch in Deutschland seit Jahren verstärkt die Geschlechterparität[2] in Wahlämtern, insbesondere Parlamenten.[3] Denn während die geschlechtsunabhängige Gewährung des aktiven und passiven Wahlrechts bei Parlamentswahlen inzwischen weltweit als „sine qua non of inclusion"[4] gilt, ist nach wie vor nicht nur in Deutschland umstritten, ob und wie (Geschlechter-)Gleichheit über diese formal-rechtliche Gleichstellung hinaus in Repräsentationsmechanismen Ausdruck finden muss. Dabei sind im Wesentlichen zwei Auffassungen zu unterscheiden: Einerseits wird mit einem unitär-abstrakten Verständnis von Volkssouveränität, das in einem liberalen, prozessual-interessenpluralistischen Repräsentationsmodell und abstrakt-formaler Gleichheit wurzelt, die Einführung einer (Geschlechter-)Quote als Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit und -freiheit sowie die Parteifreiheit abgelehnt.[5] Vielmehr soll durch vermeintlich neutrale Wahlrechts*gesetze* die rein formale Gleichheit der Staatsbürger*innen beim Wahl*vorgang* prozessual gewährleistet werden, „[a]uf ein gerechtes Wahl*ergebnis* [Hervorh. i.O.] kommt es nicht an".[6] Dieser Auffassung wesentlich zugrunde liegt die Vorstellung, dass Abgeordnete weder Vertreter*innen spezifischer Gruppen noch imperativ an die Interessen bestimm-

vieler: *I. Shapiro et al.*, Political Representation, Cambridge 2010; für den deutschsprachigen Kontext: *B. Hierath*, Repräsentation und Gleichheit, Wiesbaden 2001, S. 56, jeweils m.w.N.

2 Geschlecht wird hier als Rechtskategorie entsprechend dem jeweils untersuchten Rechtssystem als *Gender* oder *Sex* begriffen. Aus dem jeweiligen Personenstands- und Wahlrecht ergibt sich auch die Verwendung der überwiegend binär konstruierten Kategorien „Frau" und „Mann". Soweit nicht an ein konkretes Rechtsverständnis anzuknüpfen ist, lege ich einen schwachen, nicht-essentialisierenden Gruppenbegriff zugrunde, der sich nicht über biologistische Kriterien oder einen vermeintlich authentischen homogenen Willen, sondern über ein potentiell geteiltes Erfahrungswissen und einen historisch umkämpften strukturellen Ausschluss definiert.

3 Statt vieler: *A. Klafki*, Parität – Der deutsche Diskurs im globalen Kontext, DÖV 2020, 856.

4 *H. Irving*, Gender and the constitution, New York 2008, S. 109.

5 So auch von der in Deutschland wohl h.M., vgl. bspw. *C. Röhner*, Ungleichheit und Verfassung, 2019, S. 258 mit Ausführungen zum historischen Hintergrund dieser Auffassung.

6 *C. Röhner*, Unitäres Volk oder Parität? Für eine materiale Perspektive auf die Demokratie, Verfassungsblog 04.01.2019, https://verfassungsblog.de/unitaeres-volk-oder-paritaet-fuer-eine-materiale-perspektive-auf-die-demokratie/ (30.09.2024).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ter Kollektive gebunden seien und daher die Gesamtheit der Abgeordneten die Gesamtheit des Demos repräsentiere, der unitär als eine homogene Einheit konstruiert wird. Repräsentationsdefizite sind folglich unmöglich; Gleichheit und Repräsentation werden insgesamt als unabhängig von dem konkreten gesellschaftlichen Kontext und realen Ungleichheitsachsen wie Geschlecht, Klasse, Behinderung oder *race* konstruiert.

Demgegenüber steht andererseits eine relational-konkrete Perspektive, die den Demos nicht als eine homogene Gesellschaft (abstrakt) Gleicher versteht, sondern mit einem materialen Gleichheitsbegriff die Anerkennung und demokratietheoretische Berücksichtigung einer asymmetrischen Realität als Folge historisch exklusiver staatlicher Strukturen fordert.[7] Gleichbehandlung und -stellung seien nicht nur formal-abstrakt, sondern material-konkret als auf die Beseitigung tatsächlicher Nachteile gerichtet zu begreifen. Folgerichtig könne auch Repräsentation nicht hiervon isoliert abstrakt betrachtet und rein prozessual-interessenpluralistisch konstruiert werden. Vielmehr wirkten fortbestehende Diskriminierungsachsen in vermeintlich neutral konzipierten politischen Prozessen (mittelbar) benachteiligend. Eine gleichberechtigte Präsenz vormals ausgeschlossener Subjekte (bspw. Frauen) sei also demokratietheoretisch geboten, um deren gleichberechtigte Teilhabe an der Herrschaftsgewalt zu gewährleisten.[8]

Neben diese demokratietheoretischen Argumente treten insbesondere im politischen Diskurs die einer paritätischen Repräsentation zugeschriebenen und vielfältig erforschten praktischen Auswirkungen:[9] Die quantitativ größere Präsenz von Frauen (*deskriptive* Dimension) führe zu einer stärkeren politischen Berücksichtigung sog. Fraueninteressen[10] (*substantielle*

7 Vgl. insb. *Irving*, Constitution (Fn. 4), S. 116. In Deutschland u.a. dargestellt und dogmatisch aufgearbeitet von *Röhner*, Ungleichheit (Fn. 5); *L. Volk*, Paritätisches Wahlrecht, Tübingen 2022.

8 Grundlegend hierzu *A. Phillips*, The Politics of Presence, Oxford 1998. Ziel sei dabei wohlgemerkt nicht ein ständisches Repräsentationsmodell, sondern die Transformation historisch exklusiver Strukturen in inklusive als demokratisches Prinzip, vgl. *Röhner*, Ungleichheit (Fn. 5).

9 Dem Grunde nach sind die nachfolgend dargestellten Auswirkungen unbestritten, allerdings besteht sowohl über ihr Ausmaß und die konkreten Wirkzusammenhänge als auch potentiell negative Nebeneffekte Uneinigkeit. Einen Überblick m.w.N. bieten statt vieler: M. C. Escobar-Lemmon/M. M. Taylor-Robinson (Hrsg.), Representation: The Case of Women, New York 2014; J. Lovenduski (Hrsg.), State Feminism and Political Representation, New York 2005.

10 Dieser geläufige Begriff ist aufgrund seiner essentialisierenden Wirkung (bestenfalls) mit Vorsicht zu verwenden, s. Ausführungen in Fn. 2. Zur Kritik an essentialisieren-

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dimension) und fördere damit die Gleichstellung der Geschlechter in der Gesellschaft insgesamt.[11] Die *symbolische* Dimension dieser Repräsentation wirke sich außerdem positiv auf die politischen Einstellungen und Aktivitäten von Bürger*innen im Allgemeinen sowie insbesondere das Selbstwertgefühl, Selbstvertrauen und die Motivation von Mädchen und Frauen aus, wodurch das politische Engagement von Wähler*innen und der Kontakt von Bürger*innen mit ihren politischen Vertreter*innen gestärkt und Politikverdrossenheit gemindert werde.[12] Darüber hinaus beeinflusse die Anwesenheit weiblicher Abgeordneter auch das Verhalten ihrer männlichen Kollegen und bedinge so Veränderungen in der Institution selbst sowie in der von ihr betriebenen Politik – unabhängig vom individuellen Engagement der weiblichen Abgeordneten für frauenpolitische Maßnahmen.[13]

Demzufolge birgt das Wahlrecht als prozessuale Ausgestaltung einer formalisierten Partizipationsform ein integratives Transformationspotential, das beispielhaft den materiellen Gehalt des Staatsorganisationsrechts und seine Bedeutung als „Zukunftsverfassungsrecht" verdeutlicht: Zwar verändert (Verfassungs-)Recht nicht unmittelbar individuelle Einstellungen der Bürger*innen, dennoch kann es strukturelle und institutionelle Verbesserungen der gesellschaftlichen Verhältnisse bewirken und so durch sog.

---

den Effekten und der unzureichenden Berücksichtigung von Mehrfachdiskriminierungen vgl. bspw. G. Bauer/H. E. Britton (Hrsg.), Women in African Parliaments, Boulder 2006; *R. E. Matland*, Enhancing Women's Political Participation: Legislative Recruitment and Electoral Systems, in: J. Ballington/A. M. Karam (Hrsg.), Women in Parliament: Beyond Numbers, Stockholm 2005, S. 93; *A. M. Tripp et al.*, In Pursuit of Equal Political Representation, in: A. M. Tripp et al. (Hrsg.), African Women's Movements, Cambridge 2008, S. 140.

11 So belegt u.a. von D. Dahlerup et al. (Hrsg.), Atlas of electoral gender quotas, Stockholm 2013; *M. N. Htun/M. P. Jones*, Engendering the Right to Participate in Decision-making: Electoral Quotas and Women's Leadership in Latin America, in: N. Craske/M. Molyneux (Hrsg.), Gender and the Politics of Rights and Democracy in Latin America, London 2014, S. 32.

12 Vgl. bspw. *S. Childs/M. L. Krook*, Gender and Politics: The State of the Art, Politics 2006, 18; *M. Nanivadekar*, Are Quotas a Good Idea? The Indian Experience with Reserved Seats for Women, Politics & Gender 2006, 119. Bei den vorliegenden Studien handelt es sich allerdings mehrheitlich um zeitlich begrenzte Einzelfallanalysen, was die Verallgemeinerung der Ergebnisse erschwert. Vgl. zur kritischen Evaluierung sonstiger Faktoren: *P. Zetterberg*, Do Gender Quotas Foster Women's Political Engagement?, Political Research Quarterly 2009, 715.

13 *K. A. Bratton*, Critical Mass Theory Revisited: The Behavior and Success of Token Women in State Legislatures, Politics & Gender 2005, 97 (122 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

social and constitutional engineering zur Beseitigung von Ungleichheiten beitragen.[14]

Vor dem Hintergrund dieser demokratietheoretischen wie sozio-politischen Erwägungen wird die Erhöhung der nach wie vor weltweit niedrigen quantitativen Repräsentation von Frauen in Parlamenten als bedeutsam für die Stärkung demokratischer Prinzipien und die gesellschaftliche Gleichstellung der Geschlechter erachtet.[15] Die hierzulande mehrheitlich abgelehnten Quotenregelungen wurden daher als entscheidender „fast track"-Faktor[16] seit den 1990er Jahren in insgesamt 80 Staaten eingeführt;[17] jedes Jahr folgen weitere.[18]

Kaum im jedenfalls europäischen Bewusstsein verankert ist dabei offenbar,[19] dass von den zehn Ländern mit der höchsten Frauenquote im Parlament sieben dem „Globalen Süden" zugerechnet werden.[20] Auf Platz 1 steht seit 2008 Ruanda mit nach den jüngsten Wahlen im Juli 2024 knapp 64 Prozent Frauen in der *Chambre des Députés*[21] und auch in weiteren jüngeren Verfassungen Ostafrikas wurden gesetzliche Geschlechterquoten eingeführt. So ist in Kenia seit 2010 eine sog. *hybride Gender Rule* aus re-

14 Vgl. bspw.: *Irving*, Constitution (Fn. 4), S. 116; Lovenduski, State Feminism (Fn. 9), *K. M. Sullivan*, Constitutionalizing Women's Equality, California Law Review 2002, 735.

15 Nach wie vor liegt der Anteil der Parlamentarierinnen bei durchschnittlich nur knapp 27 % weltweit, im Bundestag sind es gegenwärtig rückläufig 35 %. Vgl. Inter-Parliamentary Union (IPU), Women in Parliament in 2023, Genf 2024, S. 1, 15.

16 „Fast track"-Mechanismen wie Quoten sollen langwierige (und überdies zweifelhafte) „bottom up"-Entwicklungen paritätischer Repräsentation durch entsprechende Gesetzgebung beschleunigen, vgl. *A. Tripp/D. Konaté/C. Lowe-Morna*, Sub-Saharan Africa: On the fast track to women's political representation, in: D. Dahlerup (Hrsg.), Women, Quotas and Politics, New York 2006, S. 112

17 Als erste Staaten führten Argentinien 1993 und Nepal 1995 entsprechende Regelungen ein. Inzwischen existieren in 13 Staaten gesetzliche Vorgaben zu reservierten Sitze und in 76 Kandidat*innen-Quoten, weitere vier Staaten wenden beides an, vgl. UN Gender Quota Portal, https://genderquota.org/ (30.09.2024); ebenso: International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA) Gender Quotas Database, https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas-database (30.09.2024).

18 Vgl. IPU, Women 2023 (Fn. 15). Allerdings hat mit Tunesien 2023 auch ein Staat bereits bestehende Gesetzgebung wieder aufgehoben.

19 Kritisch angemerkt bspw. von *G. Bauer*, 'Let there be a Balance': Women in African Parliaments, Political Studies Review 2012, 370.

20 S. UN Gender Quota Portal und International IDEA Database (Fn. 17).

21 Die offiziellen Wahlergebnisse für die Wahl vom 15. Juli 2024 sind abrufbar über die National Elections Comission,https://nec.gov.rw/amatora/en/home/ (30.09.2024).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

servierten Sitzen und Quoten für Frauen[22] in politischen Gremien Bestandteil der Verfassung. Diese unterscheidet sich von der ruandischen jedoch nicht nur in der konkreten rechtlichen Ausgestaltung, sondern auch ihrer Wirkung: Der Frauenanteil in der kenianischen *National Assembly* liegt weiterhin bei nur 23 Prozent.[23] Gleichzeitig gilt Kenia als demokratisch ambitionierter progressiver Vorreiter und Anker in der Region, während das ruandische Regime wegen Unterdrückung der politischen Opposition und Menschenrechtsverletzungen sowie zunehmender Autokratie in der Kritik steht.

Um den deutschen Diskurs neu zu befruchten und verschiedene Wege zu paritätischer Repräsentation zu evaluieren, bietet es sich also durchaus an, auch einmal Richtung Süden über den europäischen Tellerrand zu blicken und die *Gender Rules* und Verfassungskonzeptionen von Gleichheit und Repräsentation in Kenia und Ruanda zu betrachten.

Dafür werden nach einer knappen Kontextualisierung der Verfassungsentstehung in beiden Staaten (1.) zunächst die verfassungstheoretischen Konzeptionen von Gleichheit und Repräsentation sowie die dogmatischen Begründungen der jeweiligen *Gender Rules* identifiziert und deren theoretische Transformationspotential analysiert (2.), bevor dessen praktische Verwirklichung im Rahmen der verschiedenen rechtlichen Mechanismen vergleichend evaluiert wird (3.).[24]

22 In Kenia und Ruanda ist rechtlich an ein binäres Geschlechterverständnis anzuknüpfen.

23 IPU Parline Data, https://data.ipu.org/ (30.09.2024).

24 Das nachfolgend Dargestellte basiert auf vorläufigen Erkenntnissen eines Dissertationsprojekts. Der hierin angestellte Rechtsvergleich erfolgt unter einer methodischen Reflektion der eigenen Positionalität, die sich und die untersuchten Settings bewusst in Bezug setzt zu und abgrenzt von epistemischen nordwestlichen Annahmen des liberalen Legalismus unter besonderer Beachtung von post-/anti-kolonialer Kritik. Zugrunde liegt der Untersuchung eine feministische Rechtskritik und Methodik mit intersektionaler Betrachtungsweise, vgl. bspw. *K. T. Bartlett*, Feminist Legal Methods, Harvard Law Review 1990, 829; L. Foljanty/U. Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2012; *H. Irving*, Drafting, Design and Gender, in: T. Ginsburg/R. Dixon (Hrsg.), Comparative Constitutional Law, Cheltenham/Northampton 2011; *A. S. Manji*, Imagining Women's 'Legal World': Towards a Feminist Theory of Legal Pluralism in Africa, Social & Legal Studies 1999, 435.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Vergleichende Analyse

1. Entstehung der Verfassungen

Wie in vielen, insbesondere postkolonialen Staaten wurden auch in Kenia und Ruanda nach dem Ende des Kalten Krieges Forderungen nach Machtteilhabe und Demokratisierung laut und in der Folge Verfassungsreformen angestoßen. In beiden Fällen erwiesen sich diese allerdings als zunächst nicht erfolgreich.

In Ruanda flammte nach der Implementierung einer neuen Verfassung im Jahr 1991 der seit 1990 andauernde Bürgerkrieg, der durch die Reformen eigentlich befriedet werden sollte, erneut auf und kulminierte im Genozid von 1994. Im Rahmen der hieran anschließenden Konsolidierungsperiode setzte die Übergangsregierung eine Verfassungskommission ein, deren Entwurf 2003 in einem Referendum angenommen wurde.

In Kenia wurde 2005 ein stark politisierter Verfassungsentwurf nach heftigen öffentlichen Auseinandersetzungen in einem Referendum abgelehnt. Den sich 2007 anschließenden Präsidentschaftswahlen folgten nicht zuletzt aufgrund offensichtlicher Wahlfälschungen landesweit gewaltsame Proteste, wobei der Schwerpunkt in mehreren Regionen auf ethnisch motivierter Gewalt lag. Ähnlich wie in Ruanda, wenngleich in gänzlich anderen Dimensionen, wurden Angehörige der von den Kolonialmächten favorisierten und daher vormals politisch dominierenden Bevölkerungsgruppe getötet. 2008 wurde als Teil der Befriedung die Arbeit an einer Verfassungsreform erneut auf- und der Entwurf 2010 in einem Referendum angenommen.

Sowohl in Ruanda als auch in Kenia sollte die Einführung der neuen Verfassung einen Bruch mit der Vergangenheit verdeutlichen. Im Mittelpunkt der jeweiligen Prozesse standen die allgemeine Befriedung sowie die Schaffung einer nationalen Einheit, wofür insbesondere die Prinzipien der Machtteilung, politischer Teilhabe und allgemeiner Gleichheit eingeführt bzw. gestärkt wurden. Dabei ist bemerkenswert, dass in Ruanda der betont autochthon gestaltete Reformprozess durch die aus dem Bürgerkrieg als „Siegerin" hervorgegangene Ruandische Patriotische Front (RPF) stark *top-down* kontrolliert wurde, während in Kenia Regierung und Opposition eine Koalitionsregierung bildeten, die eine unabhängige Kommission, der auch Expert*innen anderer afrikanischer Länder angehörten, einsetzte und die Zivilgesellschaft stark einbezog.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Theoretisches Potential des Gleichheits- und Repräsentationsbegriffs

a) Ruanda: Der „Umbrella of Sameness" und die „Non-Ethnic Peacemaker"

In Ruanda setzte sich vor dem historischen Hintergrund des Genozids in der Verfassung ein allgemeines Gleichheitsverständnis durch, das tief in der Ablehnung von Merkmalen wurzelt, die als „trennend" rezipiert werden: So gilt hier Identifikation bpsw. über ethnische Zugehörigkeit als „gefährlich". Gesellschaftliche Diversität entlang verschiedener Identitätsachsen wird vorrangig als negativ begriffen; Recht und Gesellschaft sollen vielmehr „blind" gegenüber Unterschieden sein.[25] Anhaltspunkte für ein entsprechendes dogmatisches Verständnis finden sich im Konzept der *national unity*, das in der Verfassung u.a. in den *fundamental principles* des Art. 10 verankert ist: „The State of Rwanda commits itself to upholding the following fundamental principles and ensuring their respect:[…] eradication of discrimination and divisionism based on ethnicity, region or on any other ground as well as promotion of national unity." Unter Verweis hierauf wird nicht nur in den Art. 15 und 16 jede Form der Diskriminierung verboten, sondern darüber hinaus eine in „unified sameness" geeinte Nation abstrakt gleicher Subjekte konstruiert.[26] Hieraus lässt sich ein dem Grunde nach dem herrschenden nord-westlichen Verständnis entsprechendes, formal-abstraktes Gleichheits- und egalitär-liberales Subjekt- und Demokratiekonzept ableiten, das gesellschaftliche Diversität und Ungleichheit unter einem rechtlichen „umbrella of sameness"[27] unsichtbar macht. In Übereinstimmung damit repräsentiert gem. Art. 65 jedes einzelne Parlamentsmitglied die „nation as a whole and not only those who elected or nominated him or her […]". Hieraus lässt sich ein homogen-unitäres Volks- sowie abstraktes, prozessual-interessenpluralistisches Repräsentationsverständnis ableiten, das den Vorgang der Repräsentation als unabhängig von der konkreten Person der individuellen Abgeordneten begreift.

In scheinbarem Widerspruch sieht Art. 62 vor, dass im Parlament „the principle of representation of various categories" entsprechend einschlägiger Verfassungs- und sonstiger Normen zu berücksichtigen sei. Damit wird insbesondere auf die *Gender Rule* der Art. 10(4), 75(2) verwiesen: Hiernach sind wenigstens 30 Prozent aller Positionen in Entscheidungsorganen mit

25 Vgl. bspw. *C. L. Hogg*, Women's Political Representation in Post-Conflict Rwanda: A Politics of Inclusion or Exclusion?, Journal of International Women's Studies 2009, 34.
26 Vgl. *Bauer*, Balance (Fn. 19), S. 378.
27 So *Hogg*, Post-Conflict Rwanda (Fn. 25), S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Frauen zu besetzen und 24 der insg. 80 Sitze in der *Deputies Chamber* für weibliche Abgeordnete reserviert. Darüber hinaus werden zwei Mandate vom *National Youth Council* und eines vom *National Council of Persons with Disabilities* vergeben, Art. 75(3, 4).

Dabei handelt es sich allerdings keinesfalls um eine allgemeine Gewährleistungsdimension materieller Gleichheit, die entlang aller in Art. 15 genannten Diskriminierungsachsen Wirkung entfaltet. Als divisionistisch erachtete Identitätsmerkmale wie bspw. *ethnicity*, *social status, religion* und *wealth* werden auch im Kontext gesellschaftlicher Teilhabe auf die „blinde" Toleranz formal-abstrakter Gleichheits- und Repräsentationskonzeptionen verwiesen und „gefährlicher" gesellschaftlicher Pluralismus zugunsten einer national homogenen Identität unterdrückt.[28] Vielmehr wird hier eine tatsächliche Benachteiligung oder Vulnerabilität einzelner Personengruppen rechtlich anerkannt, die auf einer abweichenden Bewertung ihrer Differenz zu beruhen scheint. So wird insbesondere die „equality and complementarity of men and women" (Art. 56) in der Verfassung positiv konnotiert. Zurückgeführt wird dies auf die Machtverschiebung zwischen den Geschlechtern infolge des Genozids und die Durchsetzungskraft des weltweit vorherrschenden *transition paradigm* in Ruanda: Frauen wird insbesondere in Befriedungs- und Aufarbeitungsprozessen eine spezifische Rolle als besonnene Friedensstifterinnen zugesprochen, die Stärkung ihrer gesellschaftlichen Teilhabe gilt als förderlich für die wirtschaftliche Entwicklung und ihre Repräsentation in politischen Gremien als „harbinge[r] of democratic governance".[29] In Ruanda werden Frauen dem folgend im politischen wie gesamt-gesellschaftlichen Diskurs verstärkt biologistisch differenzierend als „non-ethnic subjects' prone to ‚bring peace'"[30] konstruiert. In der Politik gelten sie als weniger „unbequem", stattdessen aber als form- und kontrollierbar. Damit werden Frauen reduziert und essentialisiert; die Intersektionalität ihrer Existenz wird negiert.[31] Die ruandische

28 Zu dieser Bewertung kommen auch *Bauer*, Balance (Fn. 19), S. 378 und *Hogg*, Post-Conflict Rwanda (Fn. 25). Zweifel an einer sinnvollen Übertragbarkeit von Quoten auf die Achse Ethnie äußert *M. Htun*, Is Gender like Ethnicity? The Political Representation of Identity Groups, Perspectives on Politics, 2004, 439.

29 *Hogg*, Post-Conflict Rwanda (Fn. 25), S. 46; zur Kritik an dieser differenzbasierten Argumentation s. auch ebd. S. 36 ff. m.w.N.

30 *Hogg*, Post-Conflict Rwanda (Fn. 25), S. 34.

31 Vgl. statt vieler: R. Mageza-Barthel (Hrsg.), Mobilizing transnational gender politics in post-genocide Rwanda, London/New York 2016, m.w.N. Insb. wird häufig kontrafaktisch angenommen, die Genozid-Erfahrung sei für alle Frauen – unabhängig von

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Frauenförderung steht entsprechend als instrumentalisierend in der Kritik, die verstärkte Integration von Frauen in das ruandische Parlament diene vielmehr dem Zweck, die *national unity* zu stärken, während tatsächlicher politischer Dissens unterdrückt werde.[32] Die ruandische Verfassung leitet denn auch die *Gender Rule* nicht dogmatisch aus einem allgemeinen materiellen Gleichheits- und Demokratieverständnis ab, sondern begreift sie vor allem als eine historisch und politisch begründete spezifische Ausnahme.

b) Kenia: „Diversity and Unity"

In der Kenianischen Verfassung hingegen lässt sich ein intersektionales und material-relationales Verständnis von Gleichheit und pluralistischer Demokratie ausmachen, das gesellschaftliche Diversität nicht zugunsten einer national einheitlichen Identität unterdrückt, sondern vielmehr fördert.

Anders als in Ruanda findet sich hier kein Antagonismus von *national unity* und als *divisionism* begriffener Diversität, sondern stattdessen eine ausdrücklich positive Bezugnahme, beginnend in der Präambel: „We, the people of Kenya— […] PROUD [Hervorh. i.O.] of our ethnic, cultural and religious diversity, and determined to live in peace and unity as one indivisible sovereign nation […]". Dieses Verständnis durchzieht die Verfassung insgesamt und bildet sich bspw. in den Vorschriften über politische Parteien oder den öffentlichen Dienst ab. Hier werden als zu berücksichtigende Interessen bzw. „values and principles" neben der „national unity" (Art. 91(1)) auch die Spiegelung der „regional and ethnic diversity of the people of Kenya" (Art. 90(2:c)), die politischen Teilhaberechte von „minorities and marginalised groups" (Art. 91(1)) oder die „representation of Kenya's diverse communities" (Art. 232(1)) angeführt.

Auch die Gleichheitskonzeption weist deutliche Unterschiede zur ruandischen auf: Zwar sind in beiden Verfassungen „equality before the law" und ein Diskriminierungsverbot als Schutz vor negativer Anknüpfung an

ihrer ethnischen Zugehörigkeit – gleich. Damit werden auch in diesem Kontext Kontinuitäten negiert und u.a. ein Täterinnen-Diskurs unterdrückt. Hierzu bspw. *Hogg*, Post-Conflict Rwanda (Fn. 25); *A. K. Wing/M. R. Johnson*, The Promise of a Post-Genocide Constitution: Healing Rwandan Spirit Injuries, Michigan Journal of Race and Law 2002, 247, S. 277. Dies ist besonders bemerkenswert, da ethnische Zugehörigkeit vor dem Genozid als bedeutenderes Identitätsmerkmal denn das Geschlecht galt, vgl. *L. Sharlach*, Gender and Genocide in Rwanda: Women as agents and objects of Genocide, Journal of Genocide Research 1999, 387 (388).

32 *Hogg*, Post-Conflict Rwanda (Fn. 25), S. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Identitätsmerkmale normiert, vgl. Art. 27(1, 4, 5) der kenianischen und Art. 15, 16 der ruandischen Verfassung. Darüber hinaus enthält der kenianische Art. 27(6) allerdings auch eine über den ruandischen Normgehalt hinausgehende explizite staatliche Verpflichtung zu positiven Maßnahmen zum Ausgleich jeglicher gesellschaftlicher Benachteiligung: „To give full effect to the realisation of the rights guaranteed under this Article, the State shall take legislative and other measures, including affirmative action programmes and policies designed to redress any disadvantage suffered by individuals or groups because of past discrimination." Dogmatisch stützt sich dieses Gleichheitsverständnis auf eine der Grundrechtsdogmatik ähnliche Gewährleistungsdimension von materiell begriffener Gleichheit, die aus dem Recht auf (tatsächliche) Chancengleichheit und Teilhabe abgeleitet wird. So bekräftigte *Chief Justice* Willi Matunga im Rahmen eines *Advisory Opinion*-Verfahrens zur Bindungswirkung der *Gender Rule* zwei Jahre nach Einführung der Verfassung, im *Supreme Court* bestehe Einigkeit darüber, dass der Gleichheitsbegriff der kenianischen Verfassung „not the traditional view of providing equality before the law" entspreche: „[e]quality here is substantive, and involves undertaking certain measures".[33]

Die reservierte Sitze und eine Quote umfassende *Gender Rule* als ein Beispiel solcher *affirmative action* im Bereich der politischen Teilhabe sei – ebenso wie die *Bill of Rights* und die „national values and principles of governance" des Art. 10 – unter Anerkennung einer als „socialization of patriarchy" bezeichneten „social imperfection" in die Verfassung eingefügt worden, „to redress such aberrations", stellte der *Supreme Court* in der erwähnten *Advisory Opinion* 2012 fest.[34] Demnach wird die *Gender Rule* in Kenia primär als ein machtkritisches Instrument zur Beseitigung historischer Ungleichheit gegenüber Frauen verstanden. Entwicklungsbezogene Argumente werden lediglich ergänzend herangezogen, wirtschaftlicher und gesamtgesellschaftlicher Fortschritt vielmehr als positive Folge einer tatsächlich gleichberechtigten, pluralen Demokratie begriffen.

Darüber hinaus verpflichtet die kenianische Verfassung in Art. 100 das Parlament zum Erlass von „legislation to promote the representation in Parliament" nicht nur für „women", sondern darüber hinaus auch für „persons with disabilities; youth; ethnic and other minorities; and mar-

33 Chief Justice Willi Matunga, Dissent, Advisory Opinion: In the matter of the principle of gender representation in the National Assembly and the Senate, Application 2 of 2012, 11.12.2012, Rn. 11.7, https://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/85286 (30.09.2024).

34 Supreme Court, Advisory Opinion 2012 (Fn. 33), Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ginalised communities." Hierin zeigt sich die Grundsätzlichkeit der kenianischen materiellen Gleichheitskonzeption, die sich im Unterschied zur ruandischen auf alle Diskriminierungsachsen und Identitätskategorien gleichermaßen erstreckt. Damit reflektiert das kenianische Verfassungsverständnis historische Exklusionen und schafft durch die Einführung einer Gewährleistungsdimension von (materieller) Gleichheit ein rechtliches Inklusions- und Transformationspotential nicht nur im Bereich der Geschlechter(un)gleichheit.

3. Grenzen der Verwirklichung des theoretischen Potentials

Dass sich dieses im Vergleich zu Ruanda größere theoretische Potential in Kenia nicht in einem auch nur ansatzweise vergleichbaren quantitativen Ergebnis niederschlägt, lässt sich sowohl auf sozio-politische Faktoren als auch auf die rechtliche Ausgestaltung zurückführen.

a) Sozio-politische Faktoren

Ein offenkundiger Faktor für den herausragenden quantitativen Erfolg der ruandischen Quote ist das autokratische Regime, in dessen Rahmen die Vorgaben verwirklicht werden. Zum einen vermag es, die *Gender Rule* mit den besonders „effektiven" autokratischen Mitteln durchzusetzen, zum anderen dient Frauenförderung im politischen Raum grundsätzlich als Ablenkung *von* der und Deckmantel *für* die Unterdrückung politischer Freiheiten.[35]

Tatsächlich belegt eine Vielzahl von Studien, dass die „*Gender Revolution*" in Ruanda nur zu einer sehr begrenzten Verbesserung der praktischen Lebensbedingungen für Frauen und Mädchen geführt hat und selbst die positive symbolische Wirkung auf bestehende Rollenzuweisungen und Kompetenzannahmen nur gering war.[36] Hier zeigt sich die praktische

35 Vgl. *Bauer*, Balance (Fn. 19) S. 378; *Tripp* et al., Women's political representation (Fn. 16), S. 112; *S. Hassim*, Perverse consequences? The impact of quotas for women on democratization in Africa, in: I. Shapiro et al. (Hrsg.) Political Representation (Fn. 1), S. 211; *F. Reyntjens*, Constructing the truth, dealing with dissent, domesticating the world: Governance in post-genocide Rwanda, African Affairs 2011, 1.

36 Vgl. *M. E. Berry*, When "Bright Futures" Fade: Paradoxes of Women's Empowerment in Rwanda, Signs: Journal of Women in Culture and Society 2015, 1; *Reyntjens*, Governance in post-genocide Rwanda (Fn. 35); *C. Devlin*/*R. Elgie*, The Effect of Increased

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie rechtliche Problematik einer instrumentalisierenden, bloß formalen Integration in bestehende Strukturen: In der Realität werden Gestaltungsspielräume für Frauen begrenzt, Agenda-Setting und das Formulieren abweichender politischer Ansichten erschwert[37] – ihre Anwesenheit stärkt den patriarchalen status quo, statt ihn zu hinterfragen. Gleichzeitig folgt aus der integrationsorientierten, formal-instrumentalisierenden Begründung der Gleichberechtigung[38] die ihr damit zugesprochene geringere rechtliche Wertigkeit. Konkurrieren Gleichstellungsziele bspw. mit Entwicklungs- und Modernisierungszielen, unterliegen erstere in der Abwägung; aus der menschenrechtlichen und demokratischen Gebotenheit wird kein Vorrang gegenüber wirtschaftlichen Interessen abgeleitet.

Dabei lässt sich eine Parallele zur Entwicklung des aktiven Wahlrechts für Frauen im europäischen Kontext ziehen: So wird vertreten, das dieses Frauen dann schneller zugestanden worden sei, wenn es hierzu äußere Zwänge gab oder das Parlament an sich an Einfluss oder Ansehen verloren hatte und folglich der an Frauen „verlorenen" Macht weniger Bedeutung zukam.[39] In Ruanda ist ein solcher äußerer Druck zur Frauenförderung durch internationale Geldgeber ebenso feststellbar wie ein Machtverlust des Parlaments.

Demgegenüber trifft – wohl eben, weil sie bestehende Machtverhältnisse angreift – die *Gender Rule* in Kenia auf deutlich größeren politischen und gesellschaftlichen Widerstand.[40] Der in Ruanda ohnehin nicht kontrovers

---

Women's Representation in Parliament: The Case of Rwanda, Parliamentary Affairs 2008, 237; *E. Powley*, Rwanda: Women Hold Up Half the Parliament, in: Ballington/Karam (Hrsg.), Beyond Numbers (Fn. 10), S. 154; *E. Powley/E. Pearson*, 'Gender is Society': Inclusive Lawmaking in Rwanda's Parliament, Critical Half: Bi-Annual Journal for Women International 2007, 15. Eine positivere Darstellung mit letztlich dennoch ähnlichen Ergebnissen findet sich bei *J. E. Burnet,* Women Have Found Respect: Gender Quotas, Symbolic Representation, and Female Empowerment in Rwanda, Politics and Gender 2011, 303.

37 *P. Abbott/D. Malunda*, The Promise and the Reality: Women's Rights in Rwanda, African Journal of International and Comparative Law 2016, 561, S. 571.

38 Vgl. *P. Debusscher/A. Ansoms*, Gender Equality Policies in Rwanda: Public Relations or Real Transformations?, Development and Change 2013, 1111.

39 So *R. Rubio-Marin*, The Achievement of Female Suffrage in Europe: On Women's Citizenship, International Journal of Constitutional Law 2014, 4 (20).

40 Statt vieler jeweils m.w.N.: *M. E. Berry/Y. Bouka/M. M. Kamuru*, Implementing Inclusion: Gender Quotas, Inequality, and Backlash in Kenya, Politics & Gender 2021, 640; *S. W. Makau*, Realization and the Implementation of the two third Gender Rule as enshrined in the Constitution: The Kenyan Case; *J. Osogo Ambani*, The roots and effects of electoral sexual and gender-based violence on women's political

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geführte Diskurs um die *Gender Rule* stellt sich vornehmlich als Kampf um die weibliche Arbeitskraft dar: Vereinfacht gesagt wollen Männer sich die Kontrolle über die Arbeitskraft „ihrer" Frauen und Töchter bewahren, während die Regierung jene in der Wirtschaft sehen will; dabei werden traditionelle Rollenzuweisungen von keiner Seite nachhaltig in Frage gestellt.[41] Demgegenüber ist in Kenia eine intensive Auseinandersetzung feststellbar, die sich um Rollenverständnisse dreht und zu einem Backlash geführt hat: Hier bestimmt Gewalt gegen politisch aktive Frauen den Wahlkampf, ist aber auch im Alltag gegenwärtig und verdrängt Frauen insgesamt verstärkt aus dem politischen Raum.[42]

b) Rechtliche Ausgestaltung

Neben diesen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen ist für die in Kenia so anhaltend niedrige Repräsentation aber vor allem die konkrete Ausgestaltung der *Gender Rule* ursächlich. Grundsätzlich besteht in der Repräsentationsforschung Einigkeit darüber, dass die Wirksamkeit von Quoten ebenso von gesellschaftlichen wie auch rechtlichen Faktoren abhängt, wobei neben der konkreten Ausgestaltung insbesondere das Wahlsystem als entscheidend gilt:[43] Während reservierte Sitze als sicheres Instrument zur Erreichung einer festgelegten Quote gelten, haben sich verschiedene Versionen von Geschlechterquoten in unterschiedlichen politischen Kontexten als wirksam erwiesen.[44] Als größte Hürde in der erfolgreichen Umsetzung werden dabei Wahlsysteme mit Einzelwahlkreisen bewertet, während Systeme mit proportionaler Repräsentation die Durchsetzung einer Quotenpolitik erleichtern sollen.[45] Insoweit lassen sich aus dem hiesigen Vergleich der

participation in Kenya, in: J. Biegon (Hrsg.), Gender Equality and Political Processes in Kenya, 2016, 115, S. 116.

41 *Abbott/Malunda*, Promise and Reality (Fn. 37).

42 Vgl. statt vieler: *Berry/Bouka/Kamuru*, Implementing Inclusion (Fn. 40), S. 645 m.w.N.

43 So u.a. *A. Clayton*, Women's Political Engagement Under Quota-Mandated Female Representation: Evidence From a Randomized Policy Experiment, Comparative Political Studies 2015, 333; *J. Squires/M. Wickham-Jones*, New Labour, Gender Mainstreaming and the Women and Equality Unit, The British Journal of Politics and International Relations 2004, 81; *A. J. Kang/A. M. Tripp*, Coalitions Matter: Citizenship, Women, and Quota Adoption in Africa, Perspectives on Politics 2018, 73.

44 *Berry/Bouka/Kamuru*, Implementing Inclusion (Fn. 40), S. 642 f.

45 Vgl. bspw. *M. Tripp/A. J. Kang*, The Global Impact of Quotas, Comparative Political Studies 2008, 339, 350.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Mechanismen Erkenntnisse gewinnen und bestätigen, welche Instrumente besonders geeignet sind, Quoten zu erfüllen und damit Parität zu erreichen.

aa) Ober- oder Untergrenze

Der augenfälligste Unterschied in der Ausgestaltung ist im konkreten Vergleich die Formulierung einer Ober- bzw. Untergrenze: Während die Verfassung Ruandas in Art. 10, 75 normiert, dass in allen Entscheidungsorganen wenigstens 30 Prozent der Positionen mit Frauen zu besetzen sind, sollen nach Art. 27, 81 der kenianischen Verfassung nicht mehr als zwei Drittel der Mitglieder gewählter oder zu ernennender Organe demselben Geschlecht angehören.

Geschlechtsneutrale ⅔-Obergrenzen wie die kenianische gelten grundsätzlich als progressiver und sollen durch die Anwendbarkeit auf alle Geschlechter insbesondere „Othering" im hegemonialen Androzentrismus verhindern.[46] Außerdem bieten sie die Möglichkeit zur Förderung von nicht-binären Geschlechtsidentitäten, da sie anders als die konkrete binäre Benennung eines förderungswürdigen Geschlechts nicht rechtlich exklusiv wirken.

Diese Aspekte sind für den deutschen Kontext beachtenswert, in Kenia kommt ihnen allerdings kaum praktische Bedeutung zu, da sie im rechtlichen binären Geschlechterverständnis von vornherein nicht beabsichtigt sind und auch gesellschaftlich nicht entsprechend wahrgenommen werden: Nicht nur die reservierten Sitze, die ja explizit für Frauen vorgesehen sind, sondern auch die ⅔-Regelung werden mit wenigen Ausnahmen als Maßnahme zur Frauenförderung rezipiert.[47]

bb) Wahlsystem und reservierte Sitze

Dezidiertere Auswirkungen hat indes die unterschiedliche Ausgestaltung der reservierten Sitze und des Wahlsystems. Hieraus ergeben sich gleich

46 Weitergehender Vorschlag: *R. Murray*, Quotas for Men: Reframing Gender Quotas as a Means of Improving Representation for All, American Political Science Review 2014, 520.

47 Vgl. Supreme Court, Advisory Opinion 2012 (Fn. 33), Rn. 47; High Court at Nairobi, Centre for Rights Education & Awareness (CREAW) v Attorney General & another, Petition 182 of 2015, http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/111102/ (30.09.2024). Die einzige Erwähnung der Anwendbarkeit auf alle Geschlechter findet sich in der Stellungnahme des Attorney General in dem erstgenannten Verfahren, Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwei wesentliche Nachteile der kenianischen gegenüber der ruandischen Regelung.

Während in Ruanda 30 Prozent der Sitze für Frauen reserviert sind (Art. 75), beträgt deren Anteil in Kenia lediglich 13 Prozent der Gesamtsitze (Art. 97). In letzterem entsendet jedes County eine Abgeordnete, in ersterem hingegen ist der Ausgangspunkt zur Bestimmung der Anzahl der reservierten Sitze die Quote von 30 Prozent; die Sitze verteilen sich auf die Verwaltungsbezirke entsprechend deren Anteil an der Gesamtbevölkerung. Eine solche Vorgabe reservierter Sitze kann ein ebenso einfaches wie effektives Mittel zur Verwirklichung einer Quote darstellen, wenn sie – wie in Ruanda – einen entsprechend großen Anteil der Gesamtsitze ausmacht. Gleichzeitig offenbart das Beispiel Kenia eine grundlegende praktische Schwäche des Instruments der reservierten Sitze: Sowohl Parteien bei der Nominierung als auch Wähler*innen bei der Stimmabgabe tendieren dazu, Frauen auf die reservierten Sitze zu verweisen und für die übrigen Direktmandate Kandidat*en* zu bevorzugen. So traten in Kenia deutlich mehr Frauen für reservierte Sitze an als für Direktmandate, von denen sie wiederum nur zehn Prozent erstritten.

In Ruanda hingegen gingen bei den Wahlen im Juli 51 Prozent der Direktmandate an Kandidatinnen.[48] Hier wirkt sich der zweite wesentliche Unterschied der Wahlsysteme aus: Während in Kenia die Direktmandate *first past the post*, also in Mehrheitswahl in Einzelwahlkreisen ermittelt werden, erfolgt die Wahl in Ruanda per Verhältniswahl über landesweite Parteilisten. Damit bestätigt der Vergleich die inzwischen unumstrittene Erkenntnis, dass zur Erreichung von Parität insgesamt, aber insbesondere auch zur Umsetzung von Quotenregelungen die Verhältniswahl deutlich vorzugswürdig ist. Dabei kann das relativ simple Rechtsinstrument der Quoten- und Platzierungsvorgaben für Listen ein paritätisches Wahlergebnis herbeiführen, wie es in Ruanda praktiziert wird. Unter der Mehrheitswahl sind mögliche Mechanismen oft erheblich komplexer oder mit wesentlichen Nachteilen verbunden. In Kenia werden dem Grunde nach zwei Mechanismen erwogen: Einerseits könnten Vorgaben für die Kandidatur gemacht werden wie wechselnde Frauenwahlkreise oder eine Kandidat*innenquote. Dabei besteht jedoch das Risiko, dass entweder Frauen lediglich in wenig aussichtsreichen Wahlkreisen aufgestellt werden oder Männer vorgeblich parteiunabhängig kandidieren. Reservierte Sitze als Instrument

48 Offizielle Daten der National Election Commission (Fn. 21).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

stehen außerdem in der Kritik, zu einem Machtgefälle zwischen Frauen mit reservierten Sitzen gegenüber direktgewählten weiblichen Abgeordneten zu führen oder deren Ansehen insgesamt zu schaden.[49]

Alternativ könnte das Wahlergebnis im Nachgang durch sog. *top up seats* (Ausgleichsmandate) an die Quote angepasst werden. Dabei ist allerdings ein ähnlicher Effekt zu befürchten wie er schon für die reservierten Sitze festgestellt worden ist.

Ohnehin wurden in Kenia alle entsprechenden Gesetzesentwürfe abgelehnt. Mehrmals scheiterten sie bereits an der fehlenden Beschlussfähigkeit des Parlaments, weil große Teile der Abgeordneten aus Protest schlicht nicht erschienen.[50] Daher ist 14 Jahre nach Inkrafttreten der Verfassung in Kenia noch immer kein rechtlicher Mechanismus zur Erreichung der Quotenvorgabe eingeführt und deren Potential folglich nicht ausgeschöpft worden.

III. Fazit: Erkenntnisse für den hiesigen Diskurs

Im Ergebnis lässt die ruandische Verfassung also mit einem grundsätzlich abstrakt-formalen Gleichheits- und Repräsentationsverständnis *affirmative action* in Form der *Gender Rule* vor dem Hintergrund historischer Exklusion von Frauen ausnahmsweise zu, ohne eine allgemeine Gewährleistungsdimension von Gleichheit anzuerkennen.. Dabei kommt der differenzbasierten und integrativen *Gender Rule* ein nur begrenztes Transformationspotential zu, sodass sie trotz der effektiven rechtlichen Mechanismen nur begrenzte Auswirkungen auf die gesellschaftliche Gleichstellung hat – besonders, aber wohl nicht nur in autokratischen Systemen.

Demgegenüber stellt die kenianische Verfassung ein Beispiel für die gelungene dogmatische Verankerung eines materiellen Gleichheitsverständnisses mit einer Gewährleistungsdimension dar, die auch aus der deutschen

---

49 *A. Clayton/C. Josefsson/V. Wang*, Quotas and Women's Substantive Representation: Evidence from a Content Analysis of Ugandan Plenary Debates, Politics & Gender 2017, 276.

50 Zur Ablehnung des Urteils vgl. Statement des Speaker of the National Assembly, Justin Muturi, 21.09.2020, http://kenyalaw.org/kenyalawblog/national-assembly-speakers-statement-on-the-gender-rule/ (30.09.2024). Statt vieler: Kenya Women Parliamentary Association (KEWOPA), Report on Status of the Two Thirds Gender Principle Journey, 2017, https://www.kewopa.org/wp-content/uploads/2017/11/TwoThirdsJourneyReport.pdf (30.09.2024).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundrechtsdogmatik bekannt ist und auf Art. 3 Abs. 2 GG übertragbar ist. Würde die demokratietheoretische Wertigkeit von Teilhabe und Legitimation im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 GG berücksichtigt, könnte dies die Einführung einer Quotenregelung zur Herstellung paritätischer Geschlechterrepräsentation auch hier rechtfertigen.[51]

Gleichzeitig verdeutlicht der Vergleich, dass es zur Verwirklichung eines solchen Potentials auch effektiver rechtlicher Instrumente und Wahlrechtssysteme bedarf, bei denen wiederum die auch außerhalb autokratischer Staatlichkeit wirkenden ruandischen Mechanismen für Verhältniswahlsysteme zum Vorbild gereichen können.

Damit bestätigen die genannten Erkenntnisse Argumente, die im deutschen Diskurs bereits vertreten, aber oft missachtet werden: Wenn Parität nicht lediglich als formale Maßnahme der „Frauenförderung", sondern als demokratietheoretisch gebotener Ausdruck materialer Gleichheit und gerechter Staatlichkeit begriffen wird, gewinnt sie an dogmatischer Bedeutung. Tatsächliche (Chancen-)Gleichheit lässt sich dabei nicht durch die isolierte Betrachtung der Kategorie Geschlecht, sondern nur durch eine intersektionale Perspektive verwirklichen.

Ganz konkret bieten Ruanda und Kenia mit ihren *Gender Rules* also bei aller gebotenen Kritik in einzelnen Aspekten jeweils nachahmenswerte Lehrstücke zur Schaffung und Verwirklichung eines transformativen Potentials: Kenia bzgl. der Verankerung eines intersektionalen und materialen konkret-relationalen Gleichheitsverständnisses und material-pluralistischer Repräsentation in der Verfassung zur dogmatischen Begründung der *Gender Rule* und Ruanda hinsichtlich der effektiven rechtlichen Mechanismen zu ihrer Verwirklichung. Darüber hinaus können Erkenntnisse zu Begleiterscheinungen wie dem Backlash in Kenia fruchtbar gemacht werden, die das transformative Potential einer *Gender Rule* als machtkritisches und progressives Partizipationsinstrument hemmen.

51 So bspw. auch *Röhner*, Unitäres Volk oder Parität? (Fn. 6).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahlrecht und Staatsangehörigkeit

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

No taxation but representation?

Wahlrecht und Repräsentation im Ausland lebender Staatsangehöriger

Niklas Simon[*]

Abstract: *Vor dem Hintergrund von Migration und Globalisierung gewähren immer mehr Staaten weltweit ihren im Ausland lebenden Staatsangehörigen das Recht, ohne Wohnsitz im Inland an nationalen Wahlen teilzunehmen. Auch in Deutschland sorgt die Frage des Wahlrechts der sog. Auslandsdeutschen für verfassungsrechtliche Diskussionen und zuletzt 2012 für eine Senatsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Der vorliegende Beitrag analysiert die deutsche Rechtslage und kommt trotz Kritik an der aktuellen Gesetzesfassung zu dem Ergebnis, dass es in Anbetracht des Demokratieprinzips verfassungsrechtlich zulässig und überzeugend ist, nicht allen im Ausland lebenden Deutschen Wahlrecht bei Bundestagswahlen zu gewähren. Entscheidendes Kriterium für das Wahlrecht sollte die Rückkehrabsicht sein. Für diejenigen Auslandsdeutschen, die wahlberechtigt sind, sollten jedoch vereinfachte Möglichkeiten der Wahlteilnahme aus dem Ausland geschaffen werden. Der Vorschlag, gesonderte Auslandswahlkreise einzuführen, wie es sie in einigen anderen europäischen Staaten bereits gibt, ist hingegen aufgrund des darin zum Ausdruck kommenden Repräsentationsverständnisses und aufgrund praktischer Hürden kritisch zu sehen.*

I. Einleitung

Globalisierung und Migrationsbewegungen haben Auswirkungen auf zahlreiche Rechts- und Lebensbereiche. In einem besonderen Spannungsfeld stehen dadurch Rechtsregime, die auf Territorialität und Personalität beruhen. Ein Beispiel dafür ist die Staatsangehörigkeit.[1] Die Auswirkungen betreffen damit aber auch das Wahlrecht bei nationalen Wahlen, da dieses in

* Ich bedanke mich bei *Prof. Dr. Dr. h.c. Johannes Masing* und *Prof. Dr. Aurore Gaillet* für wertvolle Anmerkungen. Anders als in meiner sich in Arbeit befindenden Dissertation konnten rechtsvergleichende Überlegungen zu Frankreich vorliegend aus Platzgründen leider nicht berücksichtigt werden. Alle zitierten Internetseiten wurden zuletzt am 25.01.2025 abgerufen, aktuelle Entwicklungen aufgrund der vorgezogenen Neuwahlen zum Deutschen Bundestag 2025 konnten bis zu diesem Datum berücksichtigt werden.

1 Siehe hierzu beispielsweise R. Bauböck (Hrsg.), Migration and Citizenship: Legal Status, Rights and Political Participation, Amsterdam, Amsterdam University Press 2006.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fast allen Staaten der Welt an die Staatsangehörigkeit geknüpft wird.[2] Eine problematische Folge davon ist, dass Personen in dem Staat ihrer Ansässigkeit aufgrund fehlender Staatsangehörigkeit nicht wahlberechtigt sind.[3] Eine weitere Folge davon wird aber oft vernachlässigt: Da in den meisten Staaten die Staatsangehörigkeit bei Auswanderung nicht verloren geht[4] und im Ausland per Abstammungsprinzip an die Nachkommen weitergegeben wird,[5] bleiben Personen im Staat ihrer Staatsangehörigkeit wahlberechtigt, ohne dort ansässig zu sein. Diese Verknüpfung ist allerdings nicht zwingend. Einige Staaten regeln, dass zusätzlich zur Staatsangehörigkeit auch noch die Ansässigkeit im Staatsgebiet erforderlich ist, um wahlberechtigt zu sein. Dies ist in Deutschland der Fall (dazu sogleich). Weitere Beispiele europäischer Staaten mit derartigen Einschränkungen sind Irland, Dänemark, Malta und Schweden.[6]

Gleichzeitig ist ein weltweiter Trend dahingehend zu beobachten, dass Staaten ihren im Ausland lebenden Staatsangehörigen Wahlrechte zuerkennen. Die Anzahl dieser Staaten hat sich zwischen 1991 und 2011 vervierfacht,[7] inzwischen sind es über 100.[8] In manchen Veröffentlichungen wird

2 Nur die wenigsten Staaten regeln dies anders, vgl. *A. Wagner*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, Eine Untersuchung der rechtlichen Instrumente politischer Inklusion in Österreich, Deutschland und Schweden, Wien 2022, S. 50 ff.

3 Vgl. zur deutschen Diskussion zum sog. „Ausländerwahlrecht" *K.-F. Gärditz*, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, in: Repräsentative Demokratie in der Krise?, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 72, Berlin/Boston 2013, S. 49 (93).

4 Nur wenige Staaten entziehen ihren Staatsangehörigen bei Auswanderung die Staatsangehörigkeit, vgl. *L. van der Baaren/M. Vink*, Modes of acquisition and loss of citizenship around the world Comparative typology and main patterns in 2020, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Research Paper No. RSC 2021/90.

5 Siehe beispielsweise *P. Weil*, Zugang zur Staatsbürgerschaft. Ein Vergleich von 25 Staatsangehörigkeitsgesetzen, in: C. Conrad/J. Kocka (Hrsg.), Staatsbürgerschaft in Europa. Historische Erfahrungen und aktuelle Debatten, Edition Stiftung Körber, Hamburg 2001, S. 92–111.

6 *D. S. Hutcheson/J.-T. Arrighi*, "Keeping Pandora's (ballot) box half-shut": a comparative inquiry into the institutional limits of external voting in EU Member States, Democratization, 22:5, 2015, 884 (891 f.).

7 *T. Jaulin*, Géographie du vote à distance : l'élection tunisienne de 2011 à l'étranger, L'Espace Politique, 23, 2014–2, 1 (2) Fn. 6.

8 *D. Caramani/F. Grotz*, in: D. Caramani/F. Grotz (Hrsg.), Voting Rights in the Age of Globalization, 2016, S. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

das Wahlrecht im Ausland lebender Staatsangehöriger bereits als Norm bezeichnet.[9]

Ihr Wahlrecht birgt allerdings Konfliktpotential. Dies zeigen beispielsweise die Diskussionen um die Wahlteilnahme in Deutschland lebender Türkinnen und Türken an den Wahlen in der Türkei oder um das Abstimmungsrecht im Ausland lebender Britinnen und Briten über den Brexit.[10] Es wird insbesondere kritisiert, dass Personen, die nicht in dem Staat leben und von den Konsequenzen der Wahlentscheidung nicht betroffen seien, an der Wahl teilnehmen dürfen. Dieser Kritik möchte der Beitrag nachspüren und die deutsche Rechtslage untersuchen, dabei jedoch Seitenblicke auf andere Staaten werfen.

II. Staatsangehörigkeitsrecht

Bevor sich mit der deutschen Rechtslage zum Wahlrecht auseinandergesetzt werden kann, muss zunächst das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht analysiert werden. Die deutsche Staatsangehörigkeit geht heute nicht bei Fortzug ins Ausland verloren. Sie wird gem. § 4 Abs. 1 StAG im Ausland an die Abkommen weitergegeben. Die Weitergabe erfolgt allerdings seit dem Jahr 2000 nicht mehr automatisch unendlich.[11] Gem. § 4 Abs. 4 S. 1 StAG wird die deutsche Staatsangehörigkeit nicht bei Geburt im Ausland erworben, wenn der deutsche Elternteil nach dem 31. Dezember 1999 im Ausland geboren wurde und dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Rechtsfolge kann jedoch verhindert werden, indem innerhalb eines Jahres nach der Geburt des Kindes ein Antrag nach § 36 des Personenstandsgesetzes auf Beurkundung der Geburt im Geburtenregister gestellt wird. Zudem gilt die Regelung gem. § 4 Abs. 4 S. 4 StAG nicht für Einbürgerungen aus dem Ausland nach § 15 StAG, der die erleichterte Einbürgerung von Abkommen im Nationalsozialismus Verfolgter vorsieht. Die Norm ist auch auf im Ausland

9 *M. Collyer*, Inside out? Directly elected 'special representation' of emigrants in national legislatures and the role of popular sovereignty, Political Geography 41 (2014), 64 (65); *S. Rhodes/A. Harutyunyan*, Extending Citizenship to Emigrants: Democratic Contestation and a New Global Norm, International Political Science Review, 31(4) 2010, 470 (488).

10 *A. Wallrabenstein*, Wahlrecht und Mobilität, JöR NF 66 (2018), 431 (432).

11 Hierzu *J. Masing*, Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, Tübingen 2001.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lebende Personen anwendbar.[12] Es wurde jüngst ein relativ starker Anstieg insbesondere aus Israel verzeichnet.[13]

Auswirkungen auf die Anzahl der im Ausland lebenden Deutschen sind außerdem durch das neue Staatsangehörigkeitsrecht von 2024 zu erwarten, das vermehrt die doppelte Staatsangehörigkeit erlaubt. § 25 StAG, gemäß dem die deutsche Staatsangehörigkeit bei Annahme einer weiteren Staatsangehörigkeit im Ausland nur im Ausnahmefall behalten werden konnte, wurde gestrichen. Perspektivisch ist daher damit zu rechnen, dass es mehr im Ausland lebende deutsche Staatsangehörige geben wird.

III. Zahlen und Statistiken zu den im Ausland lebenden Deutschen

Wie viele Deutsche im Ausland leben, weiß niemand genau, da darüber keine Statistiken erfasst werden. Oft zitiert wird die Zahl von 1,14 Millionen Deutschen, die 2010 im EU-Ausland lebten,[14] sowie die Zahl von 3,4 Millionen in Deutschland geborenen Personen (nicht deutschen Staatsangehörigen) ab 15 Jahren, die 2010/2011 in anderen OECD-Staaten lebten.[15] In anderen Quellen liest man Zahlen von bis zu 4,3 Millionen weltweit im Ausland lebenden deutschen Staatsangehörigen.[16] Sicher bekannt ist lediglich die Anzahl der Personen, die sich in das Wählerverzeichnis eintragen lassen. Eine solche Eintragung ist für im Ausland lebende, nicht im Inland gemeldete Deutsche zwingende Voraussetzung für eine Wahlteilnahme.[17] Eingetragen wurden für die Bundestagswahlen 2021 knapp 129.000 Personen.[18] Im Vergleich zu den 3–4 Millionen Deutschen, die angeblich im Ausland leben, ist diese Zahl sehr gering. Wenn in Veröffentlichungen

12 *K. Hailbronner*, in: K. Hailbronner/M. Kau/T. Gnatzy/F. Weber (Hrsg.), Staatsangehörigkeitsrecht, 7. Auflage 2022, § 15 Rn. 5.

13 *J. Sternberg*, Immer mehr Israelis wollen deutsche Staatsbürger werden, Redaktionsnetzwerk Deutschland vom 27.05.2024, abrufbar unter https://t1p.de/7gv3c.

14 Diese Zahl zitiert auch das BVerfG, vgl. BVerfGE 132, 39 (43).

15 OECD, Talente im Ausland: Ein Bericht über deutsche Auswanderer, Paris 2015, S. 20.

16 *R. Müller-Török*, Wie die Verwaltung Auslandsdeutsche als „Bürger zweiter Klasse" behandelt, Verwaltung der Zukunft vom 28.02.2024, abrufbar unter https://t1p.de/hd5xw.

17 Diese Personen werden im Folgenden als „Auslandsdeutsche" bezeichnet.

18 Vgl. die Zahlen der Bundeswahlleiterin, abrufbar unter https://t1p.de/qwivh.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teilweise geschrieben wird, es würden sich schätzungsweise nur 3,5 %[19] der Auslandsdeutschen in das Wählerverzeichnis eintragen lassen oder ihre Wahlbeteiligung liege bei nur 2 %[20] entspricht dies aber wohl nicht der Realität. Denn viele Deutsche bleiben unerlaubterweise in Deutschland gemeldet. Nach § 17 Abs. 2 Bundesmeldegesetz muss sich, wer auszieht und keine neue Wohnung in Deutschland bezieht, innerhalb von zwei Wochen nach dem Auszug abmelden. Ein „Auszug" im Sinne des Gesetzes liegt gemäß 17.2.2 der Verwaltungsvorschrift zum Bundesmeldegesetz vor, wenn die voraussichtliche Abwesenheit länger als ein Jahr ist. Gründe, sich trotzdem nicht abzumelden, sind beispielsweise die Vereinfachung von Behördenvorgängen oder Ansprüche auf Sozialleistungen.[21] Die weiterhin in Deutschland gemeldeten Personen müssen sich nicht in das Wählerverzeichnis eintragen lassen, werden aber in die geschätzten 3–4 Millionen Personen eingerechnet. Tatsächlich dürften also etwas mehr im Ausland lebende Personen als angenommen an den Wahlen teilnehmen, was allerdings nichts an einer insgesamt vergleichsweise geringen Wahlbeteiligung ändert.

IV. Wahlrecht

1. Aktuelle Rechtlage

Deutschland knüpft das Wahlrecht[22] im Grundsatz in § 12 Abs. 1 Nr. 2 BWahlG an den Wohnsitz, sieht aber Ausnahmen vor. Somit ist nur ein Teil der Auslandsdeutschen wahlberechtigt. Dies stellt eine Einschränkung der Allgemeinheit der Wahl, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, dar.

§ 12 Abs. 2 S. 1 BWahlG sieht heute zwei Ausnahmen vor, durch die trotz Auslandswohnsitz ein Wahlrecht vorliegt: nach Nr. 1, wer nach Vollendung

19 *J. Mohamed*, Bundeswahlrecht für Auslandsdeutsche – Rechtspraktische und rechtspolitische Überlegungen, DÖV 2017, 890 (897).

20 *M. Martini* et al., Die Wahlmüdigkeit der Auslandsdeutschen – ein Opfer bürokratischer Hürden? VerwArch 113 (2022), 142 (143).

21 Im Internet tauschen sich Auswanderer über die Vor- und Nachteile der Abmeldung aus. Das Statistische Bundesamt weist auf statistische Schwierigkeiten hin, die daraus resultieren, dass sich nicht alle im Ausland lebenden Deutschen abmelden, abrufbar unter https://t1p.de/n1jqe.

22 Der Beitrag beschränkt sich aus Platzgründen auf das aktive Wahlrecht bei Bundestagswahlen.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des vierzehnten Lebensjahres mindestens drei Monate ununterbrochen in der BRD eine Wohnung innegehabt oder sich sonst gewöhnlich aufgehalten hat und wenn dieser Aufenthalt nicht länger als 25 Jahre zurückliegt; nach Nr. 2, wer aus anderen Gründen persönlich und unmittelbar Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der BRD erworben hat und von ihnen betroffen ist. Auf die historische Entwicklung des Wahlrechts der Auslandsdeutschen kann hier nicht vertieft eingegangen werden.[23] Zu betonen ist jedoch, dass es seit dem Zweiten Weltkrieg immer Sesshaftigkeitserfordernisse im deutschen Wahlrecht gab, die in mehreren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) im Ergebnis immer für verfassungsrechtlich zulässig gehalten wurden.

2. Die Entscheidung des BVerfG von 2012

Wie hat das Gericht in der letzten Senatsentscheidung 2012[24] die Zulässigkeit des Ausschlusses der Auslandsdeutschen vom Wahlrecht begründet? Maßgeblicher Gesichtspunkt war die Kommunikationsfunktion der Wahl: „Demokratie setzt (…) freie und offene Kommunikation zwischen Regierenden und Regierten voraus (…). Dies gilt nicht nur für den Wahlakt selbst (…). Als gleichermaßen wichtig für die Legitimität demokratischer Ordnung erweist sich der beständige Dialog zwischen Parlament und gesellschaftlichen Kräften. (…) Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht."[25] Dass dies der Gesetzgeber bei den Auslandsdeutschen annehme, sei nicht zu beanstanden.[26] Ob auch aus anderen Gründen, insbesondere der geringeren Betroffenheit von staatlichen Hoheitsakten, ein Ausschluss der Auslandsdeutschen vom

23 Hierzu ausführlich: *M. Breuer,* Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Wahlrecht der Auslandsdeutschen, Berlin 2001; *F. Larsen*, Die Bindung der Wahlberechtigung an den Wohnsitz im Inland, Eine verfassungsrechtliche und verfassungsgeschichtliche Kritik, Berlin 2021.
24 BVerfGE 132, 39–71.
25 BVerfGE 132, 39 (50 f.).
26 BVerfGE 132, 39 (53 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahlrecht gerechtfertigt werden könnte, wurde in der Entscheidung explizit offengelassen.[27]

Zwar erklärte das Gericht die damalige Fassung des § 12 Abs. 2 S. 1 BWahlG letztlich für verfassungswidrig. Dies geschah aber nicht, weil das BVerfG die Sesshaftigkeitserfordernisse insgesamt abgelehnt hätte, sondern aus Gleichheitsgründen.[28] Die damalige Rechtslage sah vor, dass alle Auslandsdeutschen wahlberechtigt waren, die jemals für mindestens drei Monate ununterbrochen in Deutschland gelebt hatten. Das BVerfG sah darin eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, da Personen wahlberechtigt waren, die nach Gesetzesintention ausgeschlossen sein sollten, wohingegen Personen, die die nach der Gesetzesintention erforderten Voraussetzungen erfüllten, von der Wahl ausgeschlossen wurden.[29]

Die Grundentscheidung, das Wahlrecht an den Wohnsitz zu knüpfen, wurde aber aufrechterhalten und bekräftigt.[30] Dass das BVerfG die damalige Norm zum Wahlrecht der Auslandsdeutschen für verfassungswidrig erklärte, statt einer Unvereinbarkeitserklärung mit Verpflichtung des Gesetzgebers zur Neuregelung innerhalb einer bestimmten Frist, wird teils dahingehend verstanden, dass das Gericht sogar einen vollständigen Ausschluss der Auslandsdeutschen vom Wahlrecht für verfassungsgemäß halten würde.[31] Zudem zeigte das BVerfG auf, wie eine verfassungskonforme Regelung aussehen könnte. Diese wurde 2013 vom Gesetzgeber nahezu identisch umgesetzt[32] und ist im Ergebnis tendenziell strenger als diejenige zuvor.[33]

27 BVerfGE 132, 39 (52).

28 *H.-D. Horn*, Demokratie und Staatsgebiet: Die Bedeutung des Wohnsitzes für das Wahlrecht, in: G. H. Gornig/H.-D. Horn/D. Murswiek (Hrsg.), Nationales Wahlrecht und internationale Freizügigkeit, Berlin 2015, S. 55 (74).

29 BVerfGE 132, 39 (51 ff.); *M. Morlok/A. Bäcker*, Zur Beteiligung von Auslandsdeutschen an der politischen Willensbildung in Deutschland, MIP 2013, 5 (7).

30 *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 74.

31 *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 74; *Morlok/Bäcker*, Beteiligung (Fn. 29), 9; siehe zu diesem Aspekt insgesamt *V. Heydt*, Die Nichtigkeit des § 12 Abs. 2 S. 1 BWahlG (Wahlrecht der Deutschen im Ausland) – Konsequenzen der weiten Tenorierung im BVerfG-Beschluss vom 4.7.2012, DÖV 2012, 974–976. A.A. *K. Pabel*, Das Wahlrecht von Auslandsösterreichern, in: D. Ennöckl/N. Raschauer/E. Schulev-Steindl/W. Wessely (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Raschauer zum 65. Geburtstag, Wien 2013, S. 421 (432).

32 *T. Felten*, Zur Verfassungswidrigkeit des neuen Wahlrechts für Auslandsdeutsche, DÖV 2013, 466 (469); *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 81.

33 Kritisch dazu: Sondervotum *G. Lübbe-Wolff*, BVerfGE 132, 39 (68).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Die Kritik in Sondervotum und Literatur

Die Entscheidung wurde in einem Sondervotum der Richterin *Lübbe-Wolff*[34] sowie in der Literatur kritisiert. Oftmals wird das Kriterium der Kommunikationsfunktion der Wahl für nicht überzeugend gehalten.[35] Aufgrund der modernen Medien könne man bestens auch aus dem Ausland an dem vom BVerfG geforderten Kommunikationsvorgang teilnehmen.[36] So einig man sich in dieser Kritik ist, die daraus gezogenen Konsequenzen sind unterschiedlich. Zum Teil werden Sesshaftigkeitserfordernisse insgesamt für überholt gehalten.[37] Die Welt sei globalisiert und von Migrationsbewegungen geprägt, das Wahlrecht dürfe daher nicht an den Grenzen eines Staates Halt machen.[38] Zudem dürfe die Allgemeinheit der Wahl als verfassungsrechtlich hohes Gut nur durch zwingende Gründe verkürzt werden, wofür der fehlende Wohnsitz in Deutschland nicht ausreiche.[39] Das Sondervotum und andere Teile der Literatur halten lediglich die Begründung des Gerichts für nicht überzeugend, Einschränkungen des Wahlrechts der Auslandsdeutschen aber aufgrund des Demokratieprinzips für geboten.[40]

An der Neuregelung des Wahlrechts, die nahezu vollständig auf den Vorgaben des BVerfG beruht, wird zudem kritisiert, dass § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BWahlG für erhebliche Rechtsunsicherheit sorge (dazu sogleich).

---

34 BVerfGE 132, 39 (60 ff.).

35 *Pabel*, Auslandsösterreicher (Fn. 31), S. 433.

36 Siehe dazu u.A. *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 474; *Germelmann*, Das Wahlrecht von Auslandsdeutschen im Lichte globaler Kommunikations- und Aufenthaltsgewohnheiten, JURA 2014, 310 (319); *Larsen*, Kritik (Fn. 23), S. 165 ff.; *Morlok/Bäcker*, Beteiligung (Fn. 29), 12.

37 *Germelmann*, Kommunikations- und Aufenthaltsgewohnheiten (Fn. 36), 321; *Morlok/Bäcker*, Beteiligung (Fn. 29), 12; *U. Sacksofsky*, Wer darf eigentlich wählen? Wahlberechtigung in den USA und Deutschland, in: M. Bäuerle/P. Dann/A. Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven – Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 313 (326).

38 *Pabel*, Auslandsösterreicher (Fn. 31), S. 437; *U. Sacksofsky,* Innenausschuss Wortprotokoll 89. Sitzung, Protokoll Nr. 17/89, S. 67 f.

39 So im Ergebnis *Larsen*, Kritik (Fn. 23), S. 381 ff.; ähnlich bereits *Breuer,* Anforderungen (Fn. 23), S. 263 f.

40 Im Sondervotum als „Verantwortungszusammenhang" beschrieben, BVerfGE 132, 39 (66), zustimmend *H.-H. Trute*, in: J.-A. Kämmerer/M. Kotzur (Hrsg.), von Münch/Kunig Grundgesetz, 7. Auflage 2021, § 38 Rn. 37; *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 473 ff. argumentiert mit der „Effektivität der Staatsangehörigkeit".

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Kritische Würdigung

Ist die Kritik aus der Literatur an der Entscheidung des BVerfG und deren Umsetzung durch den Gesetzgeber berechtigt? Dafür soll zunächst § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BWahlG und sodann Nr. 2 vertieft untersucht werden.

a) § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BWahlG

Es ist der Kritik darin zuzustimmen, dass die Kommunikationsfunktion der Wahl als Begründung in Zeiten der modernen Medien nicht mehr überzeugend ist. Wer möchte, kann sich weiterhin bestens über Deutschland informieren und über die Medien an dem Kommunikationsvorgang, den das BVerfG in einer Demokratie für erforderlich hält, teilnehmen. Dies gilt auch für eine lange Dauer. Eine einmal erlangte Vertrautheit kann durch die Medien also aufrechterhalten werden.

Braucht es aber eines Aufenthalts von gewisser Mindestdauer in Deutschland, um diese Vertrautheit ein erstes Mal aufzubauen? Die alte Gesetzeslage sah dafür drei Monate vor. Das BVerfG hält diese Annahme des Gesetzgebers für „nachvollziehbar",[41] auch in der heutigen Gesetzeslage findet sich daher diese Mindestdauer (s.o.). Was in dieser Zeit passieren soll, bleibt jedoch schleierhaft. Was meint „Vertrautheit", welche „Vertrautheit" genau soll in drei Monaten entstehen?[42] Geht es darum, einmal zu sehen, wie es in dem Staat aussieht, wie es dort „wirklich ist"? Das BVerfG scheint dies anders zu verstehen, es hält die drei Monate für „ohnehin eher knapp bemessen".[43] Dadurch wird jedoch nicht klarer, was das BVerfG darunter verstehen will. Dies zeigt: Die Kommunikationsfunktion der Wahl als Begründung für den Ausschluss der Auslandsdeutschen vom Wahlrecht ist abzulehnen.

Dabei steht eine andere, überzeugende Begründung bereit: Mit dem Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG, lässt sich ein Ausschluss jedenfalls eines Teils der Auslandsdeutschen vom Wahlrecht rechtfertigen.[44] Demokratie setzt eine möglichst weitgehende Übereinstimmung von Herr-

41 BVerfGE 132, 39 (54).
42 Kritisch auch *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 474.
43 BVerfGE 132, 39 (54).
44 Sondervotum *G. Lübbe-Wolff*, BVerfGE 132, 39 (66 f.); ähnlich *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 473 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schenden und Beherrschten voraus.[45] Dies kann, obwohl sich die genaue Ausgestaltung dessen, was unter Demokratie zu verstehen ist, stark unterscheidet,[46] als anerkannt bezeichnet werden.[47] Die geringere Betroffenheit von staatlichen Hoheitsakten ist daher ein legitimes Kriterium für den (teilweisen) Ausschluss vom Wahlrecht im Ausland lebender Deutscher.[48] Dies gilt gerade vor dem Hintergrund des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts, das eine Weitergabe der Staatsangehörigkeit im Ausland ermöglicht (s.o.). Wird die Staatsangehörigkeit zur „leeren Hülse",[49] kann sie ein Wahlrecht nicht mehr begründen.

Diese Begründung der Rechtfertigung hätte auch für das BVerfG eigentlich nicht fern gelegen. In der Entscheidung zum Ausländerwahlrecht, also der gerade umgekehrten Frage, von 1990 heißt es: „(…) die Vorstellung, es entspreche der demokratischen Idee, insbesondere dem in ihr enthaltenen Freiheitsgedanken, eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen (…)" sei „(…) im Ausgangspunkt zutreffend (...)".[50] In der Entscheidung von 1990 wird dann allerdings argumentiert, dies könne das Junktim zwischen Staatsangehörigkeit und Wahlrecht nicht auflösen, der grundgesetzliche Begriff des Staatsvolks stehe dem entgegen.[51]

45 *H. Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, abgedruckt in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie, Tübingen 2006, S. 149 (162).

46 *Y. Vilain*, § 3 Verfassungsprinzipien, in: N. Marsch/Y. Vilain/M. Wendel (Hrsg.), Französisches und Deutsches Verfassungsrecht – Ein Rechtsvergleich, Berlin Heidelberg 2015, Rn. 54.

47 Ebd.

48 *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 473 ff.; *J. Henkel*, Wahlrecht für Deutsche im Ausland, in: AöR 99 (1974), 1 (8); Sondervotum *G. Lübbe-Wolff*, BVerfGE 132, 39 (66); *J. Menzel*, Internationales Öffentliches Recht, Tübingen 2011, S. 426; *T. Spies*, Die Schranken des allgemeinen Wahlrechts in Deutschland, München 1979, S. 62; *Trute* (Fn. 40), § 38 Rn. 37; auch der EGMR nutzt die Betroffenheitsargumentation, wenn er in einem Ausschluss der im Ausland lebenden Staatsangehörigen vom Wahlrecht keine Konventionsverletzung sieht, vgl. EGMR (GK), Sitaropoulos u. Giakoumopoulos gegen Griechenland, 42202/07 vom 15.03.2012, § 69 m.w.N. A.A. hingegen *Breuer*, Anforderungen (Fn. 23), S. 170 ff.; *Germelmann*, Kommunikations- und Aufenthaltsgewohnheiten (Fn. 36), 312; *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 65, 90; *Larsen*, Kritik (Fn. 23), S. 177 ff.

49 *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 475.

50 BVerfGE 83, 37 (52).

51 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Warum nutzt das BVerfG die gerade zitierte Argumentation nicht für das Auslandsdeutschenwahlrecht? Manche wollen in dem Urteil von 1990 eine allgemeine Ablehnung der Betroffenheitsargumentation sehen, da das BVerfG trotz der Betroffenheit von staatlichen Hoheitsakten das Ausländerwahlrecht für verfassungswidrig hält,[52] und sehen den Gesetzgeber im Ergebnis auch hinsichtlich der Auslandsdeutschen auf das Staatsangehörigkeitsrecht verwiesen.[53] Dies überzeugt nicht. Das BVerfG hat bestätigt, dass eine Kongruenz zwischen den Inhabern politischer Rechte und den dauerhaft einer staatlichen Herrschaft Unterworfenen der demokratischen Idee entspreche. Es ist der Staatsvolkbegriff, der der Einräumung des Wahlrechts für Nichtdeutsche entgegensteht (s.o.), mit diesem gibt es bei den Auslandsdeutschen aber kein Problem. Zudem hält das BVerfG den (teilweisen) Ausschluss der Auslandsdeutschen wie gezeigt in ständiger Rechtsprechung aus anderen Gründen für zulässig und verweist den Gesetzgeber gerade nicht auf das Staatsangehörigkeitsrecht.

Mit der geringeren Betroffenheit für einen teilweisen Ausschluss der Auslandsdeutschen vom Wahlrecht zu argumentieren, bedeutet nicht zwingend, im Umkehrschluss ein Wahlrecht für Ausländer in Deutschland zu fordern. Es wird jedoch teils ein enger Zusammenhang zwischen beidem gesehen.[54] Dass das BVerfG die geringe Betroffenheit der Auslandsdeutschen bei seiner Entscheidung nicht als Argument nutzte, liegt daher wohl daran, dass man es vermeiden wollte, die Diskussionen um das Ausländerwahlrecht erneut anzufachen.[55] Das BVerfG hat sich daher für eine andere Begründung entschieden, die schon früher nicht überzeugte (bereits 2008 hatte der Gesetzgeber noch strengere Wahlrechtseinschränkungen mit Verweis auf die Entwicklung der Kommunikationsmöglichkeiten aufgegeben[56]).

Folgt man dagegen der Argumentation über die geringere Betroffenheit, ist damit aber noch nicht gesagt, was daraus für das Wahlrecht der Auslandsdeutschen folgt. So könnte man argumentieren, dass auch sie von

52 *Breuer,* Anforderungen (Fn. 23), S. 171 f.; vgl. dazu auch Sondervotum *G. Lübbe-Wolff*, BVerfGE 132, 39 (71) sowie *M. Steinbeis*, Karlsruhe hat noch einen für den Wahlrechts-Gesetzgeber, Verfassungsblog: On Matters Constitutional vom 07.08.2012, abrufbar unter https://tlp.de/eu29w.

53 *Larsen*, Kritik (Fn. 23), S.203 f.

54 *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 79 f., 87; *Larsen*, Kritik (Fn. 23), S. 180.

55 Hierzu *Wallrabenstein*, Mobilität (Fn. 10), 448.

56 BT-Drucks. 16/7461, S. 16, dazu auch *Larsen*, Kritik (Fn. 23), S. 212 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deutscher Gesetzgebung betroffen sind.[57] Dass in vielen Rechtsbereichen die Ansässigkeit und nicht die Staatsangehörigkeit entscheidend ist, wurde allerdings umfassend nachgezeichnet.[58] Dabei ist klarzustellen, dass es nicht darum gehen kann, überhaupt nicht mehr deutschen Rechtsnormen zu unterliegen. Die meisten, auch dauerhaft, im Ausland lebenden Deutschen werden noch irgendeine Verbindung zu Deutschland haben, beispielsweise Verwandte, sodass das deutsche Steuerrecht durch das Erbrecht für sie relevant werden könnte.[59] Es geht vielmehr darum, dass jemand, der dauerhaft im Ausland lebt, nicht mehr der Hoheitsgewalt des Staates seiner Staatsangehörigkeit unterliegt und nur noch wenig von dessen Gesetzen betroffen ist.[60] Zudem werden kaum Pflichten allein an die Staatsangehörigkeit geknüpft.[61] Um beim Beispiel des Steuerrechts zu bleiben: Im Ertragssteuerrecht ist bei natürlichen Personen die Ansässigkeit, nicht die Staatsangehörigkeit, maßgeblich.[62]

Damit ist aber noch nicht geklärt, wann genau der Ausschluss vom Wahlrecht greifen sollte, um verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein. Denkbar wäre, sobald sich jemand im Ausland befindet. Um Urlaubsreisen auszuschließen, könnte an das Jahreskriterium aus dem Melderecht (s.o.) angeknüpft werden. Wenn Personen aber nur für wenige Jahre im Ausland sind und zeitnah zurückkehren, werden sie bald darauf wieder betroffen sein. Sie von Wahlen auszuschließen, deren Folgen sie mittragen müssen, würde der demokratischen Idee widersprechen. Überzeugender ist es daher, auf die Rückkehrabsicht abzustellen.[63] Denkbar wäre eine Regelung

57 So wohl *Sacksofsky*, Wahlberechtigung (Fn. 37), S. 326, die meint, diese Betroffenheit nehme durch die Globalisierung zu, dies aber nicht weiter begründet.

58 Siehe nur *Gärditz*, Bürgerstatus (Fn. 3) S. 49 (93) m.w.N.

59 Vertiefend *V. Schönwetter*, Wohnsitzverlagerung nach Österreich und in die Schweiz, Eine Analyse aus erbschaft- und einkommensteuerlicher Sicht, Wiesbaden 2009, S. 33 ff.

60 Dies ist im Grundsatz allgemein anerkannt, statt aller *Menzel*, Internationales Öffentliches Recht (Fn. 48), S. 426: „(…) naturgemäß nur eingeschränkt betroffen (…)".

61 *Wagner*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht (Fn. 2), S. 148 ff.

62 Einführend hierzu: *S. Lampart/L. Marquardsen*, Internationales Steuerrecht, Einführung und ausgewählte Problemfelder, JuS 2018, 198; siehe auch *Gärditz*, Bürgerstatus (Fn. 3), S. 49 (93) m.w.N. Bekannte Ausnahme sind die USA, die ihre Staatsangehörigen weltweit besteuern, vgl. *P. R. Organ*, Citizenship and taxes, International Tax and Public Finance, 31 (2024), 404 (405).

63 Auch *Breuer*, Anforderungen (Fn. 23) sieht darin das entscheidende Kriterium (S. 239), spricht sich im Ergebnis aber gegen eine daran anknüpfende Regelung aus (S. 249); ähnlich *Henkel*, Wahlrecht (Fn. 48), 25 ff.; jeweils als Kriterium angesprochen bei Sondervotum *G. Lübbe-Wolff*, BVerfGE 132, 39 (67); *Pabel*, Auslandsösterrei-

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wie in Dänemark, wonach ein Wahlrecht besteht, wenn nachgewiesen werden kann, dass innerhalb der nächsten zwei Jahre mit einer Rückkehr zu rechnen ist.[64] Es ist für den deutschen Gesetzgeber aber keineswegs erforderlich, alle Auslandsdeutschen danach zu fragen, ob und wann sie eine Rückkehr planen. Er darf, vom BVerfG bestätigt, im Wahlrecht typisierende Regelungen treffen.[65]

Der Gesetzgeber darf somit festlegen, wann typischerweise nicht mehr mit einer Rückkehr nach Deutschland zu rechnen ist.[66] Dabei ist dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungsspielraum zuzuerkennen. Die aktuelle Rechtslage, die den Verlust des Wahlrechts nach 25 Jahren im Ausland vorsieht, erscheint dabei, wenngleich anders begründet, als überzeugendes Kriterium. Der dreimonatige Mindestaufenthalt nach dem 14. Lebensjahr ist dagegen als Kriterium nicht entscheidend.[67] Eine Regelung, die das Wahlrecht ausschließt, wenn jemand in den letzten 25 Jahren nicht in Deutschland gelebt hat, schließt Personen aus, die noch nie oder lange nicht in Deutschland gelebt haben und bei denen daher nicht mehr mit einer Rückkehr zu rechnen ist. Freilich steht es dem Gesetzgeber frei, beides zu kumulieren.

Im Ergebnis ist somit die aktuelle Regelung des § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BWahlG überzeugend, wenngleich das BVerfG und der Gesetzgeber sie anders begründen als die hier vertretene Auffassung.

---

cher (Fn. 31), S. 422; *Wallrabenstein,* Mobilität (Fn. 10), 448. Das Abstellen auf die Rückkehrabsicht hat den Vorteil, dass es „zukunftsgerichtet" ist, vgl. zu diesem Aspekt *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 79; sowie *Larsen*, Kritik (Fn. 23), S. 179.

64 *E. Ersbøll,* EUDO Citizenship Observatory Access to Electoral Rights Denmark, 2013, S. 7. Eine etwas vergleichbare Regelung sieht Irland vor, dort geht das Wahlrecht nicht verloren, wenn dargelegt wird, dass innerhalb von 18 Monaten nach Irland zurückgekehrt werden wird, vgl. Electoral Act 1992, Section 11 (3).

65 BVerfGE 132, 39 (49); kritisch *Sacksofsky*, Wahlberechtigung (Fn. 37), S. 325 f.

66 Eine Gegenposition würde argumentieren, dass das Rückkehrrecht der Staatsangehörigkeit inhärent ist und eine Rückkehrabsicht daher immer „typisch". Dann müsste man allen Staatsangehörigen Wahlrecht zuerkennen. So im Ergebnis *U. Sacksofsky*, Innenausschuss Wortprotokoll 89. Sitzung, Protokoll Nr. 17/89, S. 77 f.

67 Anders *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 475 f., der zwar auch auf mit der Betroffenheit argumentiert, aber stärker auf eine „Bindung an den Heimatstaat" abstellt und für den der frühere Aufenthalt entscheidender ist.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BWahlG

§ 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BWahlG, wonach auch wahlberechtigt ist, wer aus anderen Gründen persönlich und unmittelbar Vertrautheit mit den politischen Verhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland erworben hat und von ihnen betroffen ist, ist hingegen problematisch. Auch diese Vorschrift wurde vom Gesetzgeber identisch vom BVerfG übernommen.[68] Sie versucht, der Verschiedenheit der Lebenslagen der Auslandsdeutschen[69] durch eine Einzelfallregelung gerecht zu werden, gerät aber zu unbestimmt. Die Hinweise der Bundeswahlleiterin[70] sorgen für Verwirrung statt Klarheit. Besonders seltsam ist es, dass die Teilnahme an Treffen einer Landsmannschaft oder auch schon die regelmäßige Teilnahme an Wahlen aus dem Ausland für ein Wahlrecht ausreichend sein sollen.[71] Eine vereinheitlichende Rechtsprechung gibt es nicht, Rechtsschutz ist ohnehin nahezu unmöglich.[72] Die hohe Ablehnung an Anträgen[73] scheint zwar dagegen zu sprechen, dass die Wahlrechtsbehörden die Anforderungen allzu großzügig auslegen. Wen genau die Ablehnungen treffen, bleibt aber unklar. Insofern kann sich nur der verbreiteten, wenngleich nicht einstimmigen, Kritik in der Literatur[74] angeschlossen werden: Die Regelung ist zu unbestimmt und keine sinnvolle Lösung für das Wahlrecht der Auslandsdeutschen.

68 „(…) wohl in relativer Ratlosigkeit in Hinblick auf eine Alternative (…)" *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 471.

69 Vgl. dazu Sondervotum *G. Lübbe-Wolff*, BVerfGE 132, 39 (67).

70 Abrufbar unter https://t1p.de/padq7.

71 Kritisch auch das Sondervotum *G. Lübbe-Wolff*, die Wahlrechtsbehörden müssten sich damit auseinandersetzen, ob „(…) Bedeutung und Häufigkeit der Karnevalsvereinssitzungen (…)" für ein Wahlrecht ausreichten, vgl. BVerfGE 132, 39 (69).

72 Die Bundeswahlordnung sieht nur ein behördliches Beschwerdeverfahren vor, ansonsten gibt es lediglich das nachgelagerte Wahlprüfungsverfahren. Vertiefend: *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 472; vgl. auch *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 89 f.

73 Rund 500 abgelehnte Anträge nach § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BWahlG bei 2155 Eintragungen nach dieser Vorschrift bei der Bundestagswahl 2013, vgl. BT-Drucks. 18/386, S. 2.

74 *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 471 f.; *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 88 ff.; *Larsen*, Kritik (Fn. 23), S. 216 ff.; kritisch auch *H. Meyer,* Stellungnahme, Ausschuss-Drucks. 17(4) 634 D, S. 2; *U. Sacksofsky*, Stellungnahme, Ausschuss-Drucks. 17(4) 634 B, S. 6. A.A. allerdings die meisten der angehörten Sachverständigen, vgl. *B. Grzeszick*, Stellungnahme, Ausschuss-Drucks. 17(4) 634 E; *H. Lang*, Stellungnahme, Ausschuss-Drucks. 17(4) 634 F, S. 16; *G. Strohmeier*, Stellungnahme, Ausschuss-Drucks. 17(4) 634 H, S. 22. Kritisch, wenngleich die verfassungsrechtlichen Grenzen des Bestimmtheitsgebotes als noch nicht überschritten ansehend: *Germel-*

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ob man sie braucht, erscheint zudem fraglich. Ein Problem könnten Grenzpendlerinnen und Grenzpendler darstellen. Die Grenzpendlerin, die seit über 25 Jahren nicht mehr in Deutschland lebt, aber täglich zur Arbeit pendelt, hat nämlich möglicherweise zwar keine Rückkehrabsicht, ist aber in jedem Fall von deutscher Gesetzgebung betroffen.[75] Braucht es daher eine Sonderregelung zumindest für diese Gruppe? Man kommt jedoch schnell in Schwierigkeiten, Differenzierungen zu begründen: Soll es auf den Schwerpunkt der Ausübung der Tätigkeit in Deutschland ankommen? Heute arbeiten jedoch viele Menschen zeitweise im Home-Office, sodass man auch auf den deutschen Arbeitgeber abstellen könnte. Aber wie unterscheidet sich dies von einer Person, die vollständig im Ausland bei einem deutschen Arbeitgeber arbeitet? Den „klassischen" Grenzpendler, bzw. die „klassische" Grenzpendlerin, gibt es heute nur noch bedingt, weshalb es überzeugender ist, keine Sonderregelung zu schaffen.[76] Dies gilt insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit.[77]

V. Wahlteilnahme

Nur ein kurzer Blick soll auf Fragen der Wahlteilnahme geworfen werden. Zu unterstreichen ist, dass, wer wahlberechtigt ist, auch effektiv an der Wahl teilnehmen können muss. Hürden müssen, so gut es geht, abgebaut werden. Dass die Wahlteilnahme nicht zu vernachlässigen ist, zeigt ein Blick auf Taiwan oder Indien.[78] Sie erlauben ihren im Ausland lebenden Staatsangehörigen zwar theoretisch zu wählen, die Wahlteilnahme ist aber nur im Inland in Person im Wahllokal möglich. So wird das Wahlrecht in der Praxis nahezu wertlos.

---

mann, Kommunikations- und Aufenthaltsgewohnheiten (Fn. 36), 322; *Mohamed*, Überlegungen (Fn. 19), 893.

75 Hierzu auch *G. Lübbe*, Überlegungen zur Erweiterung des Wahlrechts für Auslandsdeutsche, insbesondere Grenzpendler, ZParl 1977, 439 (446).

76 Im Ergebnis ähnlich: *Felten*, Verfassungswidrigkeit (Fn. 32), 473.

77 Gewisse Härten in Einzelfällen sind unvermeidlich und müssen hingenommen werden, so auch bereits *W. Schreiber*, Wahlrecht der „Auslandsdeutschen" zum Deutschen Bundestag – ein ungelöstes Problem, Verwaltungsrundschau 1980, 241 (244); ähnlich *Henkel*, Wahlrecht (Fn. 48), 27.

78 Vgl. zu Taiwan *C. Dieckmann*, Welchen Aufwand Taiwan-Expats für ihre Stimmabgabe betreiben müssen, Der Spiegel vom 11.01.2024, abrufbar unter https://t1p.de/g0a1f. Vgl. zu Indien die Hinweise der indischen Botschaft in Ottawa, abrufbar unter https://t1p.de/m6d1d.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In Deutschland ist dies anders, die Wahlteilnahme ist für Auslandsdeutsche per Briefwahl möglich. Weil die Behörden von den nicht mehr in Deutschland gemeldeten Personen keine aktuellen Adressen vorliegen haben, muss zunächst vor jeder Wahl erneut ein persönlich und handschriftlich unterzeichneter Antrag auf Eintragung in das Wählerverzeichnis gestellt werden. Die Bundeswahlleiterin stellt dafür Vordrucke zur Verfügung (vgl. § 88 Abs. 3 BWO). Bei einem Antrag aufgrund einer Wahlberechtigung nach § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BWahlG darf dieser seit einer Änderung der Bundeswahlordnung im September 2024 auch elektronisch übermittelt werden (vgl. § 18 Abs. 1, Abs. 4 S. 2 BWO). Wer geltend macht, aufgrund von § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BWahlG wahlberechtigt zu sein, muss den Antrag dagegen zwingend postalisch übermitteln, inklusive einer eidesstattlichen Erklärung über die Wahlberechtigung (vgl. § 18 Abs. 1, Abs. 5 BWO).[79] In diesem Schritt wird auch geprüft, ob die Antragsstellenden tatsächlich wahlberechtigt sind. Zuständig ist im Normalfall die Gemeinde der letzten Meldeadresse in Deutschland.[80] Ist diese Hürde genommen, werden die Briefwahlunterlagen ins Ausland versandt. Die Wahlzettel können erst nach endgültiger Zulassung der Wahlvorschläge am 52. Tag vor der Wahl und anschließendem Druck versandt werden[81] und müssen rechtzeitig (bis 18:00 Uhr am Wahltag) wieder bei der zuständigen Gemeindebehörde eingehen. Die zunächst ausreichend wirkende Frist führt in der Praxis aber dazu, dass aus Staaten ohne zuverlässiges Postsystem eine Wahlteilnahme vielfach nicht möglich ist. In Petitionen weisen einige der Auslandsdeutschen auf die Probleme hin.[82] Zwar bieten viele Botschaften und Konsulate

79 Hierzu ausführlich: *Martini* et al., Wahlmüdigkeit (Fn. 20), 154 ff.

80 Vgl. § 17 Abs. 2 Nr. 5 Bundeswahlordnung.

81 *Mohamed*, Überlegungen (Fn. 19), 891.

82 Siehe z.B. Petition 68402 „Verbesserung der Wahlbedingungen für im Ausland lebende deutsche Staatsangehörige“ vom 09.11.2016 oder Petition 96111 „Änderung des BWahlG (Einbeziehung der Auslandsvertretungen zur Wahrnehmung des Wahlrechts)“ vom 14.06.2019. Siehe aber auch BT-Drucks. 17/1883, S. 7, wonach der Bundeswahlleiter nur in fünf bis zehn Fällen pro Wahl Beschwerden darüber erhalte, dass in das Ausland verschickte Briefwahlunterlagen erst nach der Wahl oder überhaupt nicht ankamen. Die Gemeindebehörden erheben keine Daten über verspätet eingehende Stimmzettel aus dem Ausland. Für die vorgezogene Bundestagswahl 2025 stellen sich die Probleme in verschärfter Weise, da die Fristen stark verkürzt wurden. Die Klage eines in Südafrika lebenden Deutschen auf Sicherstellung seiner Wahlteilnahme wurde vom Verwaltungsgericht Berlin (VG 2 L 1/25 vom 09.01.2025) abgelehnt.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

an, die Botschaftspost mit zu verwenden,[83] jedoch nicht alle und diese ist nicht unbedingt schneller als der reguläre Postweg. Die Wahlrechtskommission von 2023 erkennt die Probleme an,[84] auch der Koalitionsvertrag von 2021 behandelt das Thema.[85] Mit der Änderung der Bundeswahlordnung im September 2024, die Anträge auf Eintragung in das Wählerverzeichnis nach § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BWahlG auch elektronisch ermöglicht, wurde eine signifikante Vereinfachung des Verfahrens erreicht. An dem Grundproblem der Briefwahl aus dem Ausland hat sich damit allerdings nichts geändert. Deren Defizite zeigen sich zugespitzt bei der vorgezogenen Bundestagswahl 2025. Die Briefwahlunterlagen werden in einigen Bundesländern voraussichtlich erst ab dem 10. Februar, somit dreizehn Tage vor der Wahl, verschickt. Für erhebliche Teile der wahlberechtigten im Ausland lebenden Deutschen wird eine Wahlteilnahme daher aller Voraussicht nach nicht möglich sein.

Eine Lösungsmöglichkeit wäre, in Botschaften und Konsulaten wählen zu lassen, wie dies bereits viele Staaten tun.[86] Dies, so die Website der Bundeswahlleiterin, sei aufgrund langer Fahrzeiten zu den Botschaften und Konsulaten nicht unbedingt attraktiv.[87] Außerdem müssten die Wahlen früher durchgeführt werden.[88] Zudem sei die Durchführung der Wahl in Botschaften und Konsulaten aufgrund der Erststimmen organisatorisch nicht möglich, da die Botschaften und Konsulate nicht von allen 299 Wahlkreisen genügend Wahlzettel mit den jeweiligen Erststimmen bereithalten könnten.[89] Grund ist, dass Deutschland keine gesonderten Auslandswahlkreise hat. Die im Ausland lebenden Deutschen, die nicht mehr in Deutschland gemeldet sind, werden einem Inlandswahlkreis zugeordnet.[90]

---

83 Für die Versendung an die Auslandsvertretungen steht immer der amtliche Kurierweg offen, für die Rücksendung bieten dies ausgewählte Auslandsvertretungen an. Liste bezogen auf die vorgezogene Bundestagswahl 2025 abrufbar unter https://t1p.de/74sc5.

84 Unterrichtung durch die Kommission zur Reform des Wahlrechts und zur Modernisierung der Parlamentsarbeit, Abschlussbericht, Drucks. 20/6400, S. 54.

85 Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021— 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90 / Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 10.

86 Zahlen sowie vertiefend *C. Binder*, Wahlen außerhalb des Heimatlandes: Eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme, JöR NF 67 (2019), 209–232.

87 Abrufbar unter https://t1p.de/j9knc.

88 Ebd.

89 Ebd.; vgl. auch Kommission Wahlrecht (Fn. 84), S. 55.

90 Im Normalfall demjenigen der letzten Meldeadresse, vgl. dazu bereits oben.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Überzeugungskraft dieser Einwände erscheint fraglich, zumal es Alternativen gäbe. Denkbar wäre beispielsweise, dass man bereits bei dem Antrag auf Eintragung in das Wählerverzeichnis angeben muss, in einer Auslandsvertretung abzustimmen. Die benötigten Stimmzettel könnten dann direkt dorthin mit der Botschaftspost versendet werden. Eine Möglichkeit der Beschleunigung ohne Urnenwahl in den Auslandsvertretungen wäre, die Stimmzettel zwar weiterhin als Briefwahlunterlagen ins Ausland zu versenden, jedoch die Möglichkeit einzuräumen, die ausgefüllten Stimmzettel bei einer Auslandsvertretung abzugeben. Entscheidend wäre dabei allerdings, dass die Stimmzettel anders als bisher direkt in der jeweiligen Auslandsvertretung ausgezählt und die Ergebnisse elektronisch übermittelt würden.

VI. Repräsentation

Die gerade angesprochene Zuordnung der Auslandsdeutschen in Inlandswahlkreise leitet zu einem weiteren Aspekt über: So kritisieren Auslandsdeutsche, ihre Stimmen würden aktuell in den deutschen Wahlkreisen, denen sie zugerechnet werden, untergehen.[91] Es wird daher zum Teil die Einführung von Auslandswahlkreisen gefordert.[92] Die Idee taucht auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur auf.[93] Man erhofft sich dadurch, „dass die besonderen Belange der Auslandsdeutschen von den in diesen Wahlkreisen Gewählten auch aufgenommen und vertreten werden können."[94] Auslandswahlkreise gibt es in Europa bereits in Portugal, Kroatien, Italien und Frankreich.[95]

91 Vgl. die Aussagen von Auslandsdeutschen bei *G. Geuther*, Vergessen von der Politik, Deutschlandfunk vom 16.08.2021, abrufbar unter https://t1p.de/rh6fr; siehe auch in einer Petition 108323 „Benennung eines parlamentarischen Beauftragten für Belange deutscher Staatsbürger im Ausland vom 17.03.2020", abrufbar unter https://t1p.de/o9np5; vgl. auch Kommission Wahlrecht (Fn. 84), S. 56.

92 Beispielsweise durch die FPD (abrufbar unter https://t1p.de/cs61p), in diese Richtung auch der Londoner SPD Freundeskreis (abrufbar unter https://t1p.de/w3mhp). Vgl. dazu auch: *O. Junk*, Demokratische Teilhabe weltweit: Abbau von Grenzen im Wahlrecht für Auslandsdeutsche, Positionspapier der Stiftung Verbundenheit mit den Deutschen im Ausland, Bayreuth 2024, S. 9.

93 *Mohamed*, Überlegungen (Fn. 19), 897 f.; *Morlok/Bäcker*, Beteiligung (Fn. 29), 12.

94 *Morlok/Bäcker*, Beteiligung (Fn. 29), 12; ähnliche Formulierung bei *Mohamed*, Überlegungen (Fn. 19), 898.

95 *Hutcheson/Arrighi*, Ballot Box (Fn. 6), 897. 2012 gab es weltweit 13 Staaten mit einer gesonderten Repräsentation im Ausland lebender Staatsangehöriger, vgl. *Collyer*, Representation (Fn. 9), 65, 68.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Einführung von Auslandswahlkreisen ist jedoch Bedenken ausgesetzt. Abgesehen davon, dass ein System gefunden werden müsste, wie man mit den Zweitstimmen, die für die Landeslisten in den Bundesländern relevant sind, umgeht, ergäben die im Wählerverzeichnis eingetragenen Auslandsdeutschen aktuell nur einen halben Auslandswahlkreis.[96] Selbst wenn man die Auslandswahlkreise anders zuschneiden würde,[97] wäre ihre geografische Reichweite teils immens. Dies liegt daran, dass sich die Deutschen im Ausland auf wenige Orte zentrieren. So waren von den Einträgen in das Wählerverzeichnis vor den Bundestagswahlen 2021 85,2 % aus Europa (EU und Nicht-EU) und nur 1,2 % aus Afrika.[98]

Noch gewichtiger ist jedoch, dass der Forderung der Einführung von Auslandswahlkreisen ein Verständnis der Wahlkreisrepräsentation zugrunde zu liegen scheint, das mit der Rechtsprechung des BVerfG in Spannung steht. Es hat die faktische Schwächung der Bedeutung der Wahlkreise im Wahlrecht von 2023 akzeptiert und klargestellt: „Es wäre ohnehin verfehlt, Wahlkreisabgeordnete als Delegierte ihres Wahlkreises anzusehen."[99] Auch nach dem neuen Wahlrecht gibt es zwar weiterhin Wahlkreise und dafür sprechen gute Argumente, insbesondere eine lokale Ansprechperson für die Bürgerinnen und Bürger und eine lokale Rückbindung der Abgeordneten. Auslandswahlkreise bergen aber die Gefahr einer Repräsentation von Sonderinteressen der Auslandsdeutschen und von Abgeordneten, die nicht mehr als Vertreter des ganzen Volkes agieren. Eine Einführung von Auslandswahlkreisen für eine verbesserte Interessenrepräsentation der Auslandsdeutschen ist daher kritisch zu sehen, jedenfalls ist sie nicht verfassungsrechtlich geboten.

96 Knapp 129.000 Personen haben vor der Bundestagswahl 2021 einen Antrag auf Eintragung in das Wählerverzeichnis gestellt (s.o.), in Deutschland umfasst ein Wahlkreis aber rund 240.000 Staatsangehörige, vgl. dazu die Informationen auf der Website der Bundeswahlleiterin, abrufbar unter https://t1p.de/jv7m6.

97 In der Wahlrechtskommission wurde eine Zahl von 12–14 Wahlkreisen angesprochen, die sich an den etwa 3,4 – 3,7 Millionen im Ausland lebenden Deutschen orientiert, vgl. Kommission Wahlrecht (Fn. 84), S. 56. Dies überzeugt nicht, da die Zahl der Auslandsdeutschen unklar ist und diejenigen, die Deutschland gemeldet bleiben, dann „doppelt verwertet" würden.

98 Vgl. hierzu die Grafik auf der Website der Bundeswahlleiterin, abrufbar unter https://t1p.de/uwc6a.

99 BVerfG, 2 BvF 1/23 et al. vom 30. Juli 2024, Rn. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es fragt sich, ob man nicht insgesamt die Erststimme der Auslandsdeutschen infrage stellen müsste.[100] Allerdings muss man aufgrund der Landeslisten die Zweitstimmen ohnehin territorial in Deutschland anbinden, sodass die Zuordnung zu einem Inlandswahlkreis nahe liegt. Zudem steht durch die Wahlkreisanbindung zumindest eine Ansprechperson zur Verfügung. Aufgrund des Internets ist es nicht nur möglich, aus dem Ausland über Deutschland informiert zu bleiben, sondern auch, Kontakt zum Wahlkreisabgeordneten aufzubauen.

VII. Fazit

Das Wahlrecht im Ausland lebender Staatsangehöriger ist eine komplexe Thematik, die grundlegende Fragen der Demokratie und der Repräsentation aufwirft. Das Grundgesetz macht dazu wenige Vorgaben, sowohl ein uneingeschränktes Wahlrecht als auch ein Ausschluss der Auslandsdeutschen vom Wahlrecht erscheint mit der Verfassung vereinbar.[101] Dies gibt dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum. Diesen übt er derzeit verfassungsgemäß und weitgehend überzeugend aus, wenngleich die Kommunikationsfunktion der Wahl als Begründung des teilweisen Ausschlusses der Auslandsdeutschen vom Wahlrecht nicht mehr zeitgemäß ist. Ebenso nicht mehr zeitgemäß sind die komplizierten Vorgaben für die Wahlteilnahme. Dass die Auslandsdeutschen nicht in gesonderten Auslandswahlkreisen „eigene" Abgeordnete wählen, ist hingegen unproblematisch. Sie werden durch die anderen Abgeordneten ebenso repräsentiert wie der Rest des Volkes. Die geringe Wahlbeteiligung der wahlberechtigten Auslandsdeutschen mag zwar an den schwierigen Teilnahmebedingungen und womöglich zudem an einer teils als unzureichend empfundenen Repräsentation liegen. Ein entscheidender Grund dürfte aber auch sein, dass die Auslandsdeutschen nun einmal nicht mehr in Deutschland leben und damit weitgehend nicht mehr der deutschen Rechtsordnung und Hoheitsgewalt unterliegen, sondern derjenigen des Staates, in dem sie nun leben.

100 In diese Richtung *H. Meyer*, Innenausschuss Wortprotokoll 89. Sitzung, Protokoll Nr. 17/89, S. 70 f.

101 *Horn*, Demokratie und Staatsgebiet (Fn. 28), S. 91; vgl. auch bereits *W. Schreiber*, Wahlrecht zum Deutschen Bundestag der außerhalb der Bundesrepublik Deutschland lebenden Deutschen, DÖV 1974, 829 (831).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahlrecht und Staatsangehörigkeit

Das doppelte Demokratiedilemma im deutschen Föderalismus

Lasse Ramson

Abstract: *Die Bevölkerung in Bund und Ländern setzt sich zu beträchtlichen Teilen aus Menschen zusammen, die nicht Deutsche im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG sind und daher vom Wahlrecht zu Bundes- und Landtagen ausgeschlossen sind. Der demokratische Anspruch einer Kongruenz zwischen Normunterworfenen und an der Normsetzung beteiligten, der auch dem Demokratieprinzip des Art. 20 GG eingeschrieben ist, ist damit angetastet. Für den Bund lässt sich daher, solange er den Kreis der in das Wahlrecht Einbezogenen nicht per Verfassungsänderung ausweitet, eine Pflicht zur Normierung eines demokratieidealen Einbürgerungsrechts ableiten. Auch die Länder unterliegen einer solchen Pflicht. Sie sind entgegen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht daran gehindert, ihr Landeswahlrecht auch auf Nicht-Deutsche auszuweiten.*

In Bund und Ländern ist jeweils ein Teil der Bevölkerung (nur) deshalb nicht wahlberechtigt, weil er sich aus Menschen zusammensetzt, die nicht Deutsche im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG sind. Wie groß dieser Anteil ist, unterscheidet sich regional zum Teil beträchtlich. Demokratie trägt den Anspruch in sich, keine Person Normen zu unterwerfen, an deren Entstehung diese Person nicht zumindest potentiell mitwirken konnte. Damit ist die dauernde Nichtbeteiligung eines Teils der Rechtsunterworfenen ein demokratisches Problem.

Die Debatte um eine mögliche Einbeziehung von Nicht-Deutschen in die Wahlbürgerschaft verläuft entlang von Grundbegriffen und -konzeptionen des Verfassungsrechts und der politischen Theorie und nicht immer ist deren Unterscheidung klar. Dieser Beitrag ist daher von dem Anliegen geleitet, das skizzierte Demokratiedilemma verfassungsrechtlich zu internalisieren und einige verfassungsrechtliche Debatten zu Lösungswegen zu entzerren. Den Ausgangspunkt bildet eine empirische und theoretische Anknüpfung, die verfassungsrechtlich aufgeladen wird (I). Im Anschluss daran werden die unterschiedlichen Wege, auf denen diesem Dilemma begegnet werden kann, für Bund (II) und Länder (III) aufgezeigt.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Demokratiedilemma zwischen Theorie, Empirie und Grundgesetz

Wenn von einem „Demokratiedilemma" die Rede sein soll, stellt sich die Frage nach dessen Anknüpfung. Der Weg zur verfassungsrechtlichen Internalisierung der Debatte beginnt deshalb mit einigen Ausführungen zur Demokratietheorie (1) über die angesprochene demographische Empirie (2) zu der Verfassungslage, wie sie sich nach den Entscheidungen der Verfassungsgerichte momentan darstellt (3).

1. Personale Zugehörigkeit und demokratische Legitimation

Am Ausgangspunkt der theoretischen Debatte steht die Erkenntnis, dass „being born in one place […] is an accident of life."[1] In der modernen Einwanderungsgesellschaft wirft das Demokratiefragen auf, denn Demokratie ist ihrem Anspruch nach inklusiv. Das gilt auch für die Staatsbürgerschaft, die der Sache nach Rechte universellen Anspruchs formuliert, die aber exkludierend gewährt werden.[2] Unter den Bedingungen von Migration treten Inklusion und Exklusion somit in ein Spannungsverhältnis.[3] Eine basale Formulierung der demokratischen Idee lautet, dass alle, die von der Ausübung demokratisch legitimierter Macht betroffen sind, an ihrer Legitimation teilhaben sollen. Demokratie ist, so verstanden, ein Institut kollektiver Selbstregierung. Für das Recht konkretisiert sich dieser Anspruch in der Idee der Selbstautorenschaft: Jede Person, die an eine demokratisch gesetzte Rechtsnorm gebunden ist, soll in den Prozess ihrer Setzung in mitbestimmender Weise eingebunden sein können.[4] Dieser Anspruch wird in den modernen rechtsstaatlichen Massendemokratien in der Regel nicht mehr durch unmittelbare Selbstgesetzgebung erfüllt, sondern durch die Wahl von Repräsentationsorganen. Die Teilnahme an diesem Wahlakt ist damit für die Verwirklichung des demokratischen Ideals zentral.

Das entspricht auch der Debatte in den Nachbarwissenschaften, unter denen vor allem die Politische Theorie das Problem des „constituting the

1 *L. Pedroza,* Citizenship Beyond Nationality, 2019, S. 2; vgl. *A. Shachar,* The Birthright Lottery, 2009.

2 Vgl. *L. Bosniak,* The Citizen and the Alien, 2006, S. 2; *S. Zurbuchen,* Haben Einwanderer Anspruch auf politische Rechte? in: A. Cassee/A. Goppel (Hrsg.), Migration und Ethik, 2012, S. 275 (275).

3 *Zurbuchen,* Politische Rechte (Fn. 2), S. 276.

4 *J. Habermas,* Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 153.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

demos" als zentrale Frage moderner Massendemokratien identifiziert.[5] Die Frage ist, wie der *demos* zu konstruieren ist – nicht als bloße autonome Entscheidung des bisherigen *demos,* sondern auf der Suche nach dessen Entscheidung begrenzenden Anforderungen.[6] Wie der Vergleich mit dem so lange durch die männliche Wahlbürgerschaft verwehrten Frauenwahlrecht zeigt, ist „die unterinklusive Zusammensetzung des *demos* vielleicht sogar das paradigmatische Demokratiedefizit".[7] Einige stellen bezüglich des Wahlrechts bereits die Frage, ob dessen heute beinahe unausweichlich erscheinende Verknüpfung mit der Staatsbürgerschaft uns irgendwann ebenso absurd vorkommen wird wie die zwischen Wahlrecht und Geschlecht, Besitz oder *race*.[8]

Die Frage ist bei alldem allerdings, welches Prinzip die Frage nach legitimer Herrschaft überhaupt leitet, wer also zu den Betroffenen gehört, auf deren Mitwirkung Demokratie abzielt. Häufig wird hier zwischen dem all-affected-principle, dem all-coerced-principle und dem all-subjected-principle unterschieden. Es geht stets darum, einen Modus zu finden, der dem Demokratieanspruch gerecht wird und gleichzeitig eine für die Durchführung demokratischer Prozesse wie den Wahlakt hinreichend klare Identifikation der Wahlbürgerschaft erlaubt. Das „all-affected-principle", das im Grunde alle Personen einbezieht, die in den Anwendungsbereich einer Norm fallen, und gleichzeitig nur Personen in die Legitimation der konkreten Norm einbeziehen möchte, die derart betroffen sind,[9] reicht für eine solche hinreichend stabile Verknüpfung nicht aus.[10] Einerseits erfasst es auch sehr kurzfristige Aufenthalte, andererseits ist in negativer Hinsicht Betroffenheit selbst bei den Staatsbürger:innen nicht zu jedem Zeitpunkt oder durch jeden Rechtsakt gegeben.[11] Das „all-coerced-principle" stellt die zwangsmäßige Ausübung staatlicher Gewalt in den Vordergrund. Das wirft

5 *R. A. Goodin,* Enfranchising All Affected Interests, and Its Alternatives, Philosophy & Public Affairs 2007, 40 (40 f.).

6 Vgl. *R. Celikates,* Demokratische Inklusion, in: Cassee/Goppel (Hrsg.), Migration/Ethik (Fn. 2), S. 291 (295).

7 *Celikates,* Demokratische Inklusion (Fn. 6), S. 295; vgl. *Shachar,* Birthright Lottery (Fn. 1), S. 112.

8 *J. B. Raskin,* Legal Aliens, Local Citizens, University of Pennsylvania Law Review 1993, 1391 (1394); vgl. *D. C. Earnest,* Old Nations, New Voters, 2008, S. 13.

9 Dazu allgemein *Goodin,* Affected Interests (Fn. 5), 40 ff.

10 Vgl. *A. Goppel,* Wahlrecht für Ausländer? in: Cassee/Goppel (Hrsg.), Migration/Ethik (Fn. 2), S. 255 (258); *R. Bauböck,* Morphing the Demos into the right shape, Democratization 2015, 820 (823 f.).

11 *Goppel,* Ausländerwahlrecht? (Fn. 10), S. 258.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in negativer Hinsicht ähnliche Probleme wie das „all-affected-principle" auf und kann in positiver Hinsicht Personen erfassen, deren Mitwirkung an demokratischen Prozessen praktisch aussichtslos erscheint[12] – man denke etwa an die Betroffenen militärischer Gewalt. Das Abstellen auf die Unterworfenheit („all-subjected-principle")[13] stellt daher die überzeugendste Perspektive dar, weil sie – wie das Wahlrecht – von einzelnen Entscheidungen abstrahiert und die Gesamtheit der Rechtsordnung adressiert.[14] Es „ist enger gefasst als das allgemeine Betroffenheitsprinzip. Es geht nicht nur um ein punktuelles Ursache-Wirkungs-Verhältnis, sondern um eine in die Zukunft reichende kollektive Bindung des Handelns."[15] In einer berühmten Formulierung kann zusammengefasst werden: „The citizen body in a democratically governed state must include all persons subject to the laws of that state […]".[16]

Daraus werden schon in der theoretischen Debatte Forderungen bezüglich der zukünftigen Ausgestaltung von Wahlrecht und Staatszugehörigkeit abgeleitet. So wird etwa eine „genuine connection" gefordert,[17] die mit dem „all-subjected-principle" nah verwandt ist und graduierbare Wesentlichkeitsanforderungen enthält, was etwa die Dauer des Aufenthalts im Staatsgebiet angeht. Indem die Territorialität[18] als Kriterium angelegt wird, muss die Innen-Außen-Unterscheidung von Demokratie und Rechtsstaat nicht vollkommen aufgegeben werden. Gleichzeitig findet ein Perspektivwechsel statt: Statt zu fragen, welche Bedingungen Nicht-Deutsche für demokratische Partizipation erfüllen müssen, ist zu fragen, welche Pflichten eine sich als demokratisch verstehende Gesellschaft durch ihre Institutionen hat, das Wahlrecht zu erweitern, um nicht Menschen undemokratischer Fremdherrschaft zu unterwerfen.[19] So verstanden, besteht eine demokratieinterne „legitimacy gap",[20] die umso größer ist, je restriktiver eine liberale Demokratie ihr Wahlrecht (und/oder ihre Staatsangehörigkeit) vergibt. Sie ergibt sich

12 *Goppel,* Ausländerwahlrecht? (Fn. 10), S. 259.
13 *Celikates,* Demokratische Inklusion (Fn. 6), S. 294.
14 Vgl. *Goppel,* Ausländerwahlrecht? (Fn. 10), S. 259 f.
15 *M. Dormal,* Wählen ohne Staatsbürgerschaft?, PVS 2016, 378 (384).
16 *R. A. Dahl,* On Democracy, 1998, S. 78.
17 *Shachar,* Birthright Lottery (Fn. 1), S. 165. Das hat auch Ähnlichkeiten zum *genuine link* in der völkerrechtlichen Rechtsprechung, vgl. ICJ, Liechtenstein v. Guatemala, 06.04.1955 – Nottebohm.
18 Vgl. dazu *Bosniak,* Citizen/Alien (Fn. 2), S. 127.
19 Vgl. *Celikates,* Demokratische Inklusion (Fn. 6), S. 303; *Goppel,* Ausländerwahlrecht? (Fn. 10), S. 270; *Pedroza,* Beyond Nationality (Fn. 1), S. 4.
20 *Shachar,* Birthright Lottery (Fn. 1), S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus der Kombination (im Wesentlichen) territorialer Herrschaftsausübung mit (im Wesentlichen) personaler Zugehörigkeitsanknüpfung.[21]

2. Empirische Lage: Die Zahlen aus Bund und Ländern

Nach alldem ist die empirische Lage in Deutschland im Blickwinkel eines inklusiven Demokratieverständnisses nicht zufriedenstellend und weist auf ein bestehendes Demokratiedefizit hin.

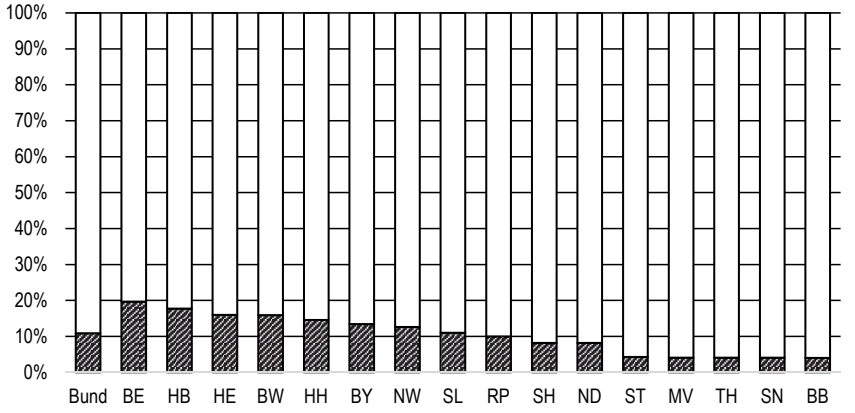

Abbildung: Anteil der aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht Wahlberechtigten an der Einwohnerschaft in Bund und Ländern.[22]

Im Bund sind etwa 11 %, in den Ländern zwischen weniger als 4 % (Brandenburg) und bis zu fast 20 % (Berlin) der Einwohner:innen nur we-

21 *A. Wallrabenstein,* Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, S. 17.

22 Personen, die wegen ihres Alters ohnehin nicht wahlberechtigt wären, sind – unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Wahlrechtsalter in den Ländern – bereits herausgerechnet. Quelle: Eigene Berechnungen. Zahlengrundlagen: Für die Gesamtheit der Wahlberechtigten Berichte der jeweiligen statistischen Landesämter/der Bundeswahlleiterin über den letzten Wahlvorgang im Datenbestand (bis 2023); für die Einwohnerschaft, den Anteil an Nicht-Staatsangehörigen und den Anteil der unter 16-/18-Jährigen für die Länder *Destatis,* Tabelle 12411–0014-DLAND, für den Bund *Destatis,* Tabelle 12411–0001, Stichtag jeweils am 31.12. des Jahrs der letzten Wahl.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen ihrer Staatsangehörigkeit nicht wahlberechtigt.[23] Bremen (17,7 %) und Hamburg (14,6 %), die beide von Verfassungsgerichten daran gehindert wurden, das Wahlrecht für Nicht-Deutsche einzuführen,[24] finden sich am oberen Ende der Tabelle. Schleswig-Holstein (8,2 %) – das einzige weitere Bundesland, dessen Versuch der Einführung eines Nicht-Deutschen-Wahlrechts durch das Bundesverfassungsgericht für unzulässig erklärt wurde[25] – findet sich hingegen in der hinteren Hälfte.

3. Verfassungsrechtliche Anknüpfung: Das demokratische Ideal des Grundgesetzes

Die Bundesrepublik Deutschland ist als demokratischer Rechtsstaat konstruiert. Das verdeutlicht Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG. Über den Inhalt des Demokratieprinzips und sein Verhältnis zum Prinzip der Volkssouveränität herrscht indes keine Einigkeit (a). Den bisherigen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu Versuchen, ein Wahlrecht für Nicht-Deutsche einzuführen, liegt ein enges Demokratieverständnis zu Grunde (b).

a) Offenheit des Demokratieprinzips

Über den Inhalt des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG und in diesem Zusammenhang auch sein Verhältnis zum Prinzip der Volkssouveränität des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG herrscht keine Einigkeit. Dabei stehen sich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion im Wesentlichen zwei unterschiedliche Demokratieverständnisse gegenüber.[26] Diese Vorverständnisse bedingen die (Nicht-)Problematisierung der aufgezeigten empirischen Lage: Ob die „interne Exklusion" von dauerhaft ansässigen Nicht-Staats-

23 Die einzelnen Anteile in Prozent: Bund 10,9; Berlin 19,7; Bremen 17,7; Hessen 15,97; Baden-Württemberg 15,9; Hamburg 14,6; Bayern 13,4; Nordrhein-Westfalen 12,6; Saarland 11,0; Rheinland-Pfalz 9,99; Schleswig-Holstein 8,2; Niedersachsen 8,2; Sachsen-Anhalt 4,3; Mecklenburg-Vorpommern 4,1; Thüringen 4,1; Sachsen 4,1; Brandenburg 3,98.

24 StGH (HB), 08.07.1991, St 2/91; StGH (HB), 31.01.2014, St 1/13 (Bremen); BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 3/89 (Hamburg).

25 BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 2/89 u.a. (Schleswig-Holstein).

26 *Wallrabenstein,* Staatsangehörigkeitsverfassungsrecht (Fn. 21), S. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bürgern ein demokratisches Legitimationsproblem darstellt, hängt vom angelegten Demokratieverständnis ab.[27]

Einige gehen davon aus, dass sich das Demokratieprinzip schon dem Grunde nach nur auf die Staatsangehörigen bezieht, mit dem Prinzip der Volkssouveränität also identisch ist. In dieser Perspektive ist die Frage der Zugehörigkeit zu den Partizipationsberechtigten keine Problemstellung des verfassungsrechtlichen demokratischen Prinzips.[28] So ist etwa *Isensee* zu Folge Betroffenheit gerade keine „demokratische Kategorie".[29] Andere, etwa *Wallrabenstein,* stellen die Demokratie als Ideal der Volkssouveränität gerade gegenüber und daneben einen Zusammenhang zur Menschenwürdegarantie her:[30] „Als Mechanismen zur Legitimation staatlicher Gewalt werden [Grundrechte und Demokratieprinzip] deshalb dann problematisch, wenn nicht alle, die der staatlichen Herrschaft unterworfen sind, auch gleichzeitige Berechtigte innerhalb dieser Systeme sind."[31] Denn gerade die Individualzentrierung der Menschenwürdegarantie erfordere die Offenheit des Demokratieverständnisses für eine Verfassungsweiterentwicklung.[32] Die Debattenpole sind nicht so binär, wie sie hier erscheinen mögen. Wahlrecht setzt etwa nach *Böckenförde* die Zugehörigkeit zum Staatsvolk und damit die Staatsangehörigkeit voraus.[33] Aber er erkennt gleichzeitig an, dass es „im Sinne des demokratischen Prinzips" ist, „Kongruenz zwischen den Inhabern der demokratischen Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen", da es sonst „eine Vielzahl politisch rechtloser Untertanen" gebe.[34] Das ähnelt der Argumentation von Befürwortenden des Wahlrechts für Nicht-Deutsche: „Die

27 *Celikates,* Demokratische Inklusion (Fn. 6), S. 292.

28 *Celikates,* Demokratische Inklusion (Fn. 6), S. 292.

29 *J. Isensee,* Kommunalwahlrecht für Ausländer aus der Sicht der Landesverfassung Nordrhein-Westfalens und der Bundesverfassung, KritV 1987, 300 (304).

30 *Wallrabenstein,* Staatsangehörigkeitsverfassungsrecht (Fn. 21), S. 89; explizit anders *K.-P. Dolde,* Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik, 1972, S. 75.

31 *Wallrabenstein,* Staatsangehörigkeitsverfassungsrecht (Fn. 21), S. 17.

32 Vgl. *T. Groß,* Das demokratische Defizit bei der Grundrechtsverwirkung der ausländischen Bevölkerung, KJ 2011, 303 ff.; *H. Rittstieg,* Wahlrecht für Ausländer, 1981, S. 61; *U. Sacksofsky,* Abw. Votum zu StGH (HB), 31.01.2014, St 1/13, S. 20 (24) unter Bezug auf BVerfG, 30.06.2009, 2 BvE 2/08 u.a. – Lissabon*; Wallrabenstein,* Staatsangehörigkeitsverfassungsrecht (Fn. 21), S. 158; *M. Zuleeg,* Zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung des Kommunalwahlrechts für Ausländer in Nordrhein-Westfalen, KritV 1987, 322 (322 f.).

33 *E.-W. Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 27.

34 *Böckenförde,* Demokratie (Fn. 33), Rn. 28; vgl. *Sacksofsky,* Abw. Votum (Fn. 32), S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diskussion um das Ausländerwahlrecht stellt die grundlegende Frage, ob unsere Demokratie auf Dauer einen erheblichen Teil ihrer Wohnbevölkerung von demokratischer Partizipation ausschließen kann."[35] Die Antwort lautet dann: Es ist „keine politisch entrechtete Minderheit im Land [auf Dauer] zu dulden."[36]

Dem dargestellten Demokratieproblem lässt sich auch nicht entkommen, indem man andere demokratische Partizipationsmöglichkeiten auch für Nicht-Deutsche betont: Erstens fehlt es insoweit schon an der Selbstautorenschaft über das Recht, die sich über die parlamentarischen Gesetzgebungsorgane realisiert, und außerdem ist in der modernen Massengesellschaft der Wahlakt die einzige Partizipationsform, die einigermaßen niedrigschwellig und daher breitenwirksam ist. Zugleich ist zu bedenken, dass sich die Teilnahme an anderen demokratischen Partizipationsfeldern auch genau umgekehrt interpretieren lässt: Wenn etwa in verschiedenen Selbstverwaltungskörperschaften,[37] in Betrieben[38] und in Parteien[39] Nicht-Deutsche längst beteiligt sind, stellt sich die Frage, wieso ausgerechnet „das Wahlrecht auf Bundes- und Landesebene [heute] die einzige Rechtsfolge [ist], die exklusiv an die Staatsangehörigkeit anknüpft."[40]

Dieser Beitrag ist somit von der Erkenntnis getragen, dass zwischen dem demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und dem Prinzip der Volkssouveränität des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG ein Unterschied besteht. Die Regelung an unterschiedlichen Stellen zeigt, dass das Grundgesetz die Volkssouveränität nicht als Demokratie-identisch, sondern als „staatsorganisatorische Spezialvorschrift zum Grund-Satz des Absatzes 1" positioniert.[41] Daraus ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen beiden Absätzen.[42] Der Grundsatz der Volkssouveränität selbst mag ein Leitgedanke des Art. 20

35 *B.-O. Bryde,* Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, S. 257 (257).
36 *M. Zuleeg,* Ausländerwahlrecht ohne Verfassungsänderung? in: U. O. Sievering (Hrsg.), Integration ohne Partizipation?, 1981, S. 113 (121).
37 Vgl. *Wallrabenstein,* Staatsangehörigkeitsverfassungsrecht (Fn. 21), S. 31 mit Beispielen.
38 Vgl. *D. Tränhardt,* Kommunales Wahlrecht für Ausländer, 22.09.2008, Innenausschuss-Drs. 16(4)459 D, S. 1.
39 Umkehrschluss zu § 2 Abs. 3 Nr. 1 PartG, der ansonsten wohl verfassungs- und unionsrechtswidrig ist, vgl. *M. Morlok,* PartG, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 13.
40 *Wallrabenstein,* Staatsangehörigkeitsverfassungsrecht (Fn. 21), S. 45.
41 *U. K. Preuß,* Bremer Rechtsgutachten, 2012, S. 26.
42 Vgl. *Preuß,* Rechtsgutachten (Fn. 41), S. 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GG sein,[43] aber weder die Zusammensetzung des Volkes noch der enge Zusammenhang zwischen einer als absolut verstandenen Staatsangehörigkeit und dem Wahlrecht sind es. Eine Vollidentifikation von Volkssouveränität und Demokratie verschleiert das dem Art. 20 GG innewohnende Spannungsfeld.[44] Das Demokratieprinzip stellt sich so verstanden nicht als statisch, sondern als Optimierungsaufgabe dar, bei der mit steigendem Grad der Betroffenheit auch stärkere Einbeziehung in den Selbstbestimmungsprozess notwendig ist.[45]

b) Vergangene Versuche und ihr Scheitern

Die Debatte um die demokratische Einbindung von Nicht-Deutschen ist nicht neu, sondern hat eine lange Tradition. Versuche der Ausweitung des Wahlrechts auf Nicht-Deutsche haben Verfassungsgeschichte geschrieben. Die Projekte in Hamburg und Schleswig-Holstein in den neunziger Jahren führten zu den einzigen beiden bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Thema.[46] In Bremen hat der Staatsgerichtshof bereits zweimal entsprechende Vorhaben verhindert.[47] In vielen anderen Bundesländern wurde mehr oder weniger intensiv über ein solches Wahlrecht diskutiert, meist auf kommunaler Ebene. Und in den Nach-Wende-Verfassungen finden sich bis heute – unter Bundesvorbehalt gestellte – Verfassungsaufträge zur Einführung eines Wahlrechts für Nicht-Deutsche.[48] Sie hätten sich in noch mehr Landesverfassungen gefunden, wenn das Bundesverfassungsgericht mit seinen Entscheidungen nicht mitten in die Verfassungsberatungen hinein den Entwurfsprozess beeinflusst hätte.[49]

---

43 *Böckenförde,* Demokratie (Fn. 33), Rn. 2.

44 Wie sie etwa *Böckenförde,* Demokratie (Fn. 33), Rn. 27 vornimmt.

45 Vgl. *B.-O. Bryde,* Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 59 (63).

46 BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 2/89 u.a. (Schleswig-Holstein); BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 3/89 (Hamburg). Die Verfahren sind umfassend dokumentiert bei *J. Isensee/E. Schmidt-Jorzig (Hrsg.),* Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht, 1993; vgl. *A. Siehr,* Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, 2001, S. 248.

47 StGH (HB), 08.07.1991, St 2/91; StGH (HB), 31.01.2014, St 1/13.

48 Art. 42 Abs. 2 S. 2 VerfST; Art. 22 Abs. 1 S. 2 VerfBB; zur Geschichte vgl. *A. Wallrabenstein,* Wahlrecht und Mobilität, JöR n.F. 66 (2018), 431 (450).

49 *Wallrabenstein,* Wahlrecht/Mobilität (Fn. 48), 450 (Sachsen und Thüringen).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte wurde vielfach kritisiert. So wurde konstatiert, den Entscheidungen liege ein „nationalstaatliches" Verständnis von Demokratie zu Grunde.[50] Auch aus externem Blickwinkel ergibt sich ein ähnliches Fazit: „German Law and policy reflects a conception of the polity as a pre-political ethnic and linguistic community rather than a construct of the state itself."[51] Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Integration, die ähnlichen Argumentationsmustern folgt, wird harsche Kritik formuliert: Das Bundesverfassungsgericht gründe seine Vorstellung von Demokratie „auf die müden, alten Vorstellungen eines ethno-kulturell homogenen Volkes und der unheiligen Dreieinigkeit von Volk-Staat-Staatsangehöriger als der ausschließlichen Basis für demokratische Autorität und legitime Normsetzung."[52] Jedenfalls scheinen entsprechende Projekte zumindest in den Ländern vorerst ausgeschlossen. Die Plausibilität der bundesverfassungsgerichtlichen Argumentation und ihre Übertragbarkeit auf den Bund sind Gegenstand der folgenden Abschnitte.

II. Alternativen im Bund

Mit dem angelegten Vorverständnis stellt sich die Situation im Bund also im Ausgangspunkt wie folgt dar: Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG beansprucht die demokratische Inklusion aller Rechtsunterworfenen. Gleichzeitig weist Art. 20 Abs. 2 S. 1, 2 GG den zentralen dafür erforderlichen Akt – die Wahl – nach allgemeinem Verständnis der Gesamtheit der Staatsangehörigen zu.[53] Lösungsversuche zielen heute häufig auf den Volksbegriff: Es wird also versucht, den Begriff des „Volks" im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG so zu interpretieren, als meine er alle Rechtsunterworfenen.[54] Damit wäre schon von Verfassung wegen das geltende Bundeswahlrecht verfassungswidrig, da

50 *Wallrabenstein,* Staatsangehörigkeitsverfassungsrecht (Fn. 21), S. 121 ff.

51 *Earnest,* Nations/Voters (Fn. 8), S. 116.

52 *J.H.H. Weiler,* Der Staat „über alles", JöR n.F. 44 (1996), 91 (95).

53 BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 2/89 u.a., Ls. 3a (Schleswig-Holstein); BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 3/89, E 83, 60 (71) (Hamburg); StGH (HB), 08.07.1991, St 2/91, S. 9; BVerfG, 24.05.1995, 2 BvF 1/92, Rn. 136 – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; BVerfG, 08.12.2004, 2 BvE 3/02, E 112, 118 (134); StGH (HB), 31.01.2014, St 1/13, S. 12; vgl. BVerfG, 30.06.2009, 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 214 – Lissabon.

54 So gehen effektiv auch die sozialwissenschaftlichen Citizenship Studies vor, vgl. *E. Conradi,* Wahlrecht für alle? in: L. Klevesath/H. Zapf (Hrsg.), Demokratie – Kultur – Moderne, 2011, S. 133 (140).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

es nur Deutsche im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG erfasst. Hier soll diesem Weg nicht gefolgt werden, sondern die Fragestellung umgekehrt werden: Wäre es der (einfachen) Gesetzgebung möglich, ein Wahlrecht für Nicht-Deutsche einzuführen (1), oder steht nur der Weg über eine Anpassung des Staatsangehörigkeitsrechts (2) bereit?

1. Demokratieideales Wahlrecht

Die beiden entscheidenden Regelungen des Grundgesetzes für die Beantwortung dieser Frage sind der bereits erwähnte Art. 20 Abs. 2 GG, der den Begriff „Volk" verwendet, und der Art. 116 Abs. 1 GG, welcher regelt, welche Personen zu den „Deutschen" im Sinne des Grundgesetzes zählen. Dabei ist vor allem fraglich, in welchem Verhältnis beide Vorschriften stehen, und ob es sich bei Art. 116 Abs. 1 GG um eine abschließende Ausfüllung des Volksbegriffs des Art. 20 Abs. 2 GG handelt.

Manche argumentieren, schon aus Art. 20 Abs. 2 GG selbst ergebe sich, dass nur Deutsche in den Genuss der dort aufgestellten Rechte inklusive des Wahlrechts kommen könnten. Damit wäre, da die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG insofern eine Verfassungsänderung verhindern würde, die Einführung des Wahlrechts für Nicht-Deutsche vollkommen ausgeschlossen.[55] Entsprechende Perspektiven nehmen also eine Gleichsetzung vor: Der Inhalt des Art. 116 Abs. 1 GG wird in Art. 20 Abs. 2 GG hineingelesen und damit verfassungsrechtlich versteinert.

Das ist aus mehreren Gründen unplausibel. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei Art. 116 Abs. 1 GG gerade um eine eigenständige Regelung handelt. Die Deutscheneigenschaft wird gerade nicht in Art. 20 Abs. 2 GG geregelt und Art. 116 Abs. 1 GG ist explizit nicht von der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst. Es ist nicht erklärlich, warum es diese eigenständige Regelung geben sollte, wenn Art. 20 Abs. 2 GG bereits abschließend und selbstständig bestimmen würde, wer zur Wahlbürgerschaft zu zählen ist. Es ist eine spezifische Besonderheit des deutschen Verfassungs-

55 *M. Birkenheier,* Wahlrecht für Ausländer, 1976, S. 92; *K. A. Lamers,* Repräsentation und Integration der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, 1977, S. 44, 47; vgl. *J. Isensee,* Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1974), 49 (97); dagegen schon *Zuleeg,* Verfassungsänderung? (Fn. 36), S. 114; vgl. dagegen *J. Rux,* Landes-Staatsangehörigkeit und politische Willensbildung, ZAR 2000, 177 (178) unter Verweis auf die begrenzte Reichweite des Art. 79 Abs. 3 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechts, dass eine bestimmte Gruppe von Deutschen, die keine Staatsangehörigen im verfassungs-, aber im völkerrechtlichen Sinne sind, mit den Staatsangehörigen unter dem Oberbegriff der „Deutschen" zusammengefasst sind. Ihnen wurde schon von Beginn der Geltung des Grundgesetzes an das Wahlrecht zugestanden. Schon zu Beginn des Grundgesetzes war die Gleichsetzung von deutschen Staatsangehörigen und Wahlvolk keine zulässige Pauschalierung.[56] Man hätte sich in Selbstwiderspruch gesetzt, hätte man mit „Volk" in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG nur die Staatsangehörigen gemeint, denn von Anfang an waren die Statusdeutschen eingeschlossen. Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung ist insofern unpräzise, wo sie allein auf die Staatsangehörigen abstellt, denn die Statusdeutschen sind keine Staatsangehörigen, sondern mit ihnen gemäß Art. 116 Abs. 1 GG unter dem Oberbegriff der „Deutschen" zusammengefasst.[57] Insofern ist es plausibler, davon auszugehen, dass der Begriff „Volk" in der Anfangszeit des Grundgesetzes noch stark nationalstaatlich überprägt und damit ethnonationalistisch orientiert war. Diese Grundorientierung kommt in Art. 116 Abs. 1 Var. 2 GG zum Ausdruck.

Das hat eine Wandlung erfahren: Aus Sicht des Verfassungsrechts gibt es keine Anhaltspunkte für eine ethnokulturelle Zentrierung des Staatsangehörigkeitsrechts mehr. Daher ist es plausibel, in Art. 116 Abs. 1 Var. 2 GG eine spezifische Ausnahmevorschrift zu erblicken, die einer spezifischen historischen Sonderkonstellation entstammt.

Manche Befürworter eines Wahlrechts für Nicht-Deutsche nehmen die Regelung des Art. 116 Abs. 1 Var. 2 GG zum Anlass, die Offenheit des Volksbegriffs des Art. 20 Abs. 2 GG für Anpassungen und Veränderungen zu betonen. Das ist im Ausgangspunkt richtig, eine bloße Neuauslegung des Begriffs wird aber nicht genügen: Art. 116 Abs. 1 GG ist in beiden Varianten – vor allem in der als Ausnahmevorschrift konzipierten zweiten Variante[58] – als abschließend zu verstehen. Und auch wenn es sich bei der Vorschrift nicht um eine echte Legaldefinition handelt – schließlich geht es um die Deutscheneigenschaft, nicht die Volkszugehörigkeit – ist aus dem historischen und systematischen Zusammenhang beider Vorschriften eine

56 Vgl. *Zuleeg,* Kommunales Ausländerwahlrecht (Fn. 32), 324; ferner *W. Däubler,* Der Ausländer als Untertan – ein Dauerzustand? APuZ 1988, Nr. 24, S. 41 (43), mit Nachweisen aus der Entstehungszeit.

57 Vgl. *H. Meyer,* Grundgesetzliche Demokratie und Wahlrecht für ansässige Nichtdeutsche, JZ 2016, 121 (123).

58 *Isensee,* Kommunales Ausländerwahlrecht (Fn. 29), 302; *M. Rupp,* Wahlrecht für Ausländer?, ZRP 1989, 363 (365): Existenz der Statusdeutschen als bloße „Kriegsfolge".

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

solche Abgeschlossenheit plausibel. Der Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 GG bezieht sich also, anders formuliert, nicht auf all diejenigen, die mit der hier vertretenen Argumentation einen Anspruch auf demokratische Inklusion aus Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG formulieren können. Im Volksbegriff des Art. 20 Abs. 2 GG selbst ist die Debatte falsch verortet. Ebensowenig wie sich Volkssouveränität und Demokratieprinzip in negativer Hinsicht gleichsetzen lassen, gilt das für die hier vorgeschlagene liberalere Interpretation des Demokratieprinzips.

Die Rolle des Art. 116 Abs. 1 GG in diesem Spannungsfeld ist dann die situative Pauschalierung der Zugehörigkeit zum Wahlvolk, im besten Fall unter angemessener Berücksichtigung des Demokratieprinzips. In der spezifisch historischen Situation der Schaffung beider Artikel handelte es sich bei Art. 116 Abs. 1 GG noch um eine Form der Pauschalisierung, die keine größeren demokratischen Schwierigkeiten mit sich brachte. Doch mit dem Wandel zur Einwanderungsgesellschaft hat sich die legitimacy gap erheblich vergrößert.[59]

Gleichzeitig ist Art. 116 Abs. 1 GG Beleg dafür, dass das Grundgesetz nicht von einem zwingenden Zusammenhang zwischen Staatsangehörigkeit und Wahlberechtigung ausgeht. Eine „Teileinbürgerung" in Hinblick auf das Wahlrecht ist also möglich.[60] Die Möglichkeit der Länder, eine Landes-Staatsangehörigkeit im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz aus Art. 70 Abs. 1 GG einzuführen (dazu später mehr) bei gleichzeitigem Verbot des Wahlrechtsverlusts aufgrund der jeweiligen Staatsangehörigkeit (Art. 33 Abs. 1 GG) ist ebenfalls Beleg dafür, dass das Grundgesetz nicht in jedem Fall eine Verknüpfung von Wahlrecht und Staatsangehörigkeit vorsieht.[61] Ein weiterer Anhaltspunkt findet sich darin, dass Art. 20, 28 und 38 GG alle nur von „Volk", und nicht vom „deutschen Volk" sprechen, anders als andere Vorschriften – das wird sich schwerlich als Versehen deuten lassen.[62] Insofern erfasst dann auch Art. 79 Abs. 3 GG gerade die Festlegung auf die Deutschen nicht, da eine solche in Art. 20 Abs. 2 GG nicht vorgenommen wurde.[63]

Insofern knüpft das Grundgesetz die Zugehörigkeit zum Wahlvolk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an

59 Zur legitimacy gap *Shachar,* Birthright Lottery (Fn. 1), S. 136.
60 *Däubler,* Untertan (Fn. 56), 44 f.
61 *K.-P. Dolde,* Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik, 1972, S. 77.
62 *Meyer,* Nichtdeutschenwahlrecht (Fn. 57), 121.
63 Vgl. *Meyer,* Nichtdeutschenwahlrecht (Fn. 57), 121.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

den Status nach Art. 116 Abs. 1 GG.[64] Dieser ist nicht durch Art. 79 Abs. 3 GG erfasst. Insofern kann die verfassungsändernde Gesetzgebung ohne weiteres auch Nicht-Deutsche in das Wahlrecht einbeziehen. Ob hierfür Art. 116 GG oder vielleicht eher Art. 38 GG der geeignetere Regelungsort ist, kann hier offenbleiben. Das bedeutet im Umkehrschluss allerdings auch, dass auf Bundesebene nicht durch bloße Anpassung des einfachen Rechts Nicht-Deutschen das Wahlrecht gewährt werden kann.

2. Demokratieideales Staatsangehörigkeitsrecht

Der nicht-verfassungsändernden Gesetzgebung steht somit gegenwärtig nur der Weg über das Staatsangehörigkeits- bzw. Einbürgerungsrecht bereit. Solange das Wahlrecht nach hiesiger Lesart durch Art. 20, 116 GG auf Deutsche bezogen bleibt, hat die Gesetzgebung die Aufgabe, das Legitimationsdefizit über das Staatsangehörigkeitsrecht auszugleichen.[65] Die Verleihung der Staatsbürgerschaft steht demnach nicht „im freien Belieben" der Gesetzgebung.[66] Nimmt man die Anforderungen des Demokratieprinzips ernst, bedeutet das: Die Gesetzgebung hat in diesem Bereich keine freie Zielsetzungskompetenz, denn wegen der herausragenden Bedeutung des Demokratieprinzips ist das Staatsangehörigkeitsrecht demokratieideal auszugestalten. Andere Belange haben in der Abwägung demgegenüber tendenziell nachgiebiges Gewicht. Ein Staatsangehörigkeitsrecht, das von einer gefahrenabwehrrechtlichen Tendenz geprägt ist,[67] ökonomische Aspekte in den Mittelpunkt stellt,[68] Angehörige bestimmter Staaten gegenüber anderen ungleich behandelt oder gleichheitswidrig willkürlich strenge Anforderungen an die Einbürgerung stellt, die an deutsche Staatsangehörige nicht gestellt werden, ist daher in der Tendenz verfassungswidrig.

Insofern ist das neue Staatsangehörigkeitsrecht[69] bemerkenswert. Es steht nicht im Zentrum dieses Beitrags und diese kursorische Betrachtung kann nur zu einer tendenziellen Bewertung führen. Das neue Staatsangehörigkeitsrecht wird regierungsseitig als Liberalisierung verstanden und

64 So unter Kritik am BVerfG *Meyer,* Nichtdeutschenwahlrecht (Fn. 57), 127.
65 Vgl. *Wallrabenstein,* Staatsangehörigkeitsverfassungsrecht (Fn. 21), S. 163.
66 BVerfG, 21.05.1974, 1 BvL 22/71, E 37, 217 (239).
67 Vgl. *M. Zuleeg,* Ausländer in Deutschland, KritV 2000, 419 (428).
68 Vgl. *J. Stevens,* States Without Nations, 2010, S. 27 ff.
69 Gesetz zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts, BGBl. I 2024, Nr. 104.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schafft auch bestimmte Hürden ab. So wird die doppelte Staatsangehörigkeit endgültig zum Regelfall, was eines der empirisch wichtigsten Hindernisse für eine höhere Einbürgerungsbereitschaft abbaut.[70] Gleichzeitig nimmt die Erwerbszentrierung noch zu: In Zukunft sind Sozialleistungen Empfangende fast vollständig von der Einbürgerung ausgeschlossen – und das rückwirkend.[71] Und auch diskriminierungsanfällige Spezialnormen für Personen mit mehrfacher Staatsangehörigkeit sind geblieben.[72] Es erscheint daher höchst fraglich, dass das neue Staatsangehörigkeitsrecht mit den hier angelegten Maßstäben auch unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips als verfassungsgemäß angesehen werden kann. Denn letztlich kann es hierfür nur auf das Kriterium der „dauerhaften und umfassenden Unterworfenheit" ankommen.[73]

Die Notwendigkeit der Inklusion dauerhaft Rechtsunterworfener über ein demokratiesensibles Staatsangehörigkeitsrecht bleibt daher eine offene Aufgabe der Gesetzgebung auf Bundesebene.

3. Fazit zum Bund

Somit stehen der Gesetzgebung verschiedene Wege offen: Sie kann entweder das Grundgesetz anpassen und so die Verleihung des Wahlrechts an Nicht-Deutsche ermöglichen. Sofern eine solche Verfassungsänderung nicht möglich oder gewünscht ist, bleibt nur der Weg über die Liberalisierung des Staatsangehörigkeitsrechts. Dabei ist dessen Ausgestaltung nicht in das freie Belieben der Gesetzgebung gestellt, sondern hat der Bedeutung des Demokratieprinzips als inklusiver Anspruch angemessen Gewicht zuzumessen. Zudem sind neben der Liberalisierung der Einbürgerungsvoraussetzungen Mechanismen vorzusehen, um die tatsächliche Inanspruchnahme des Einbürgerungsrechts zu verbessern.

---

70 Vgl. schon *T. Hammar,* Democracy and the Nation State, 1990, S. 87.

71 *S. Gaffron/F. Löbbert/L. Schmidt,* (K)eine Frage der Gerechtigkeit, VerfBlog, 08.08.2024, https://verfassungsblog.de/erwerbsrecht-und-migrationspolitik-feministische-sicht/, abgerufen am 19.08.2024.

72 *M. M. Gerdes,* Falltür im Staatsangehörigkeitsrecht, VerfBlog, 03.09.2024, https://verfassungsblog.de/falltur-im-staatsangehorigkeitsrecht/, abgerufen am 03.09.2024; *M. Iffert/K. Yalçin,* Rassistische Exklusion im Staatsangehörigkeitsrecht, KJ 2024, 214 (229) machen insgesamt rassistische Kontinuitäten aus.

73 *Celikates,* Demokratische Inklusion (Fn. 6), S. 302.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Alternativen in den Ländern

Welche Wege stehen nun den Ländern offen, in denen die Repräsentationslücke zum Teil besonders gravierend ist und sich damit das Demokratieproblem viel drängender stellt als im Bund? Im Folgenden wird es nicht um insoweit bestehende landesverfassungsrechtliche Begrenzungen gehen, sondern um Anforderungen, die sich aus dem Grundgesetz für ein solches Vorhaben ergeben. Zunächst werden die Alternativen vorgestellt (1), um über eine Rekonstruktion der grundgesetzlichen Anforderungen (2) zu einem Fazit (3) zu gelangen.

1. Mögliche Wege: Landesstaatsangehörigkeit oder Landeswahlrecht

Grundsätzlich stehen den Ländern ebenso beide Wege offen: Sie können ihr Wahlrecht auf Nicht-Deutsche ausweiten oder eine leicht zu erlangende Landesstaatsangehörigkeit schaffen.

In der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die sich ausschließlich auf Vorhaben zur Einführung eines Landeswahlrechts für Nicht-Deutsche bezog, wurde Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG als die maßgebliche bundesverfassungsrechtliche Hürde dafür ausgemacht.[74] An der Einführung einer Landesstaatsangehörigkeit hat sich bisher kein Bundesland versucht, obwohl in Bayern dazu sogar ein Verfassungsauftrag besteht.[75] Seit dem Wegfall des Art. 74 Abs. 1 Nr. 8 GG a.F. besteht eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für eine Länderstaatsangehörigkeit. Diese wird aber allgemein als durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG begrenzt angesehen,[76] der sich insofern sowohl für das Wahlrecht als auch die Einführung einer Landesstaatsangehörigkeit als Schlüsselnorm erweist. Dessen Volksbegriff wurde durch die Rechtsprechung bisher in vollständiger Parallele zu Art. 20 Abs. 2 GG nur auf Deutsche im Sinne des Art. 116 GG bezogen. Daraus wird abgeleitet, dass die Länder von Verfassung wegen daran gehindert

74 StGH (HB), 08.07.1991, St 2/91; StGH (HB), 31.01.2014, St 1/13 (Bremen); BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 3/89 (Hamburg); BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 2/89 u.a. (Schleswig-Holstein).

75 Art. 6 Abs. 3 VerfBY.

76 Vgl. *T. Giegerich* in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, 104. EL 04/2024, Art. 16 Rn. 104.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind, Nicht-Deutsche in ihre Staatsangehörigkeit einzubeziehen.[77] Diese Festlegung folge auch bereits aus Art. 20 Abs. 2 GG, sodass auch durch Verfassungsänderung im Grundgesetz keine Landesstaatsangehörigkeit über Deutsche hinaus (und damit auch kein Wahlrecht für Nicht-Deutsche) zulässig wäre.[78]

2. Begrenzung durch das Grundgesetz

Es kommt also in jedem Fall auf die konkrete Auslegung des Art. 28 Abs. 1 GG an. Dabei stellt sich die Frage nach den anzulegenden methodischen Maßstäben. Ähnlich wie im Bereich des Völker- und Unionsrechts, wo die völkerrechts- bzw. unionsrechtsfreundliche Auslegung anerkannte Modi auch der Interpretation der entsprechenden verfassungsrechtlichen Vorschriften sind,[79] sind auch die das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht betreffenden Vorschriften föderalismusfreundlich auszulegen. All diese Verhältnisnormen sind nämlich vom gleichen Leitgedanken einer möglichst kollisionsarmen Abgrenzung der verschiedenen Rechtsordnungen getragen. Der Grundsatz der föderalismusfreundlichen Auslegung gebietet auch im Wahlverfassungsrecht, dass die durch das Grundgesetz vorgegebene Homogenität nur so weit wie nötig reicht und konkrete Anforderungen an das einfache Recht nur wo nötig gestellt werden sollten.[80] Das gilt umso mehr, da es sich beim Wahlrecht in erster Linie um nach innen gerichtete landesstaatsorganisationsrechtliche Bestimmungen handelt, die den Bereich der Selbstorganisation des jeweiligen Landes betreffen.[81]

Nimmt man dann die aus dem Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG folgende Eigenstaatlichkeit der Länder ernst, ist zu konstatieren, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner engen Auslegung des Art. 28 Abs. 1 GG, die auf eine Gleichsetzung der dortigen Formulierungen von Demokratie und Volkssouveränität mit den Konzepten in Art. 20 GG hinausläuft,

77 *R. Grawert,* Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee/Kirchhof, HStR (Fn. 33), § 16 Rn. 33; *M. Sachs,* Das Staatsvolk in den Ländern, AöR 1983, 68 (75, 82).

78 *Birkenheier,* Ausländerwahlrecht (Fn. 55), S. 101; *Lamers,* Repräsentation/Integration (Fn. 55), S. 50, 55.

79 Vgl. *P. A. König,* Methoden der Verfassungsinterpretation, in: V. Chiofalo u.a. (Hrsg.), Staatsorganisationsrecht, 2022, S. 40 m.w.N.

80 Vgl. *Rittstieg,* Kommunalwahlrecht (Fn. 32), S. 317.

81 *A. Dittmann,* Verfassungshoheit der Länder und bundesstaatliche Verfassungshomogenität, in: Isensee/Kirchhof, HStR (Fn. 33), Bd. 6, § 127 Rn. 13, 15.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Homogenitätsgebot „überspannt" hat.[82] Wenn die Eigenstaatlichkeit der Länder gebietet, dass die Landesvölker Legitimationssubjekt der Landesstaatsgewalt sind, kann es sich bei ihnen nicht um bloß räumlich abgegrenzte Teilvölker des deutschen Volks handeln.[83] Aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG – vor allem in Verbindung mit Art. 33 Abs. 1 GG – lässt sich damit dann nur die *Mindestanforderung* ableiten, dass in einem Bundesland ansässigen Deutschen (im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG) das Wahlrecht zu gewähren ist.[84] Denn es sind nicht die konkreten bundesrechtlichen Ausformungen der in Art. 28 GG formulierten Grundsätze verbindlich.[85]

Dieser Befund wird durch die Einführung des Kommunalwahlrechts für Unionsbürger:innen durch Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG gestützt. Sie zeigt, dass für Art. 28 GG nicht der gleiche Maßstab gelten kann wie für Art. 20 GG.[86] Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht in den Ländern ist damit durch die Einfügung des Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG „überholt".[87] Denn seit dessen Einführung ist die Beschränkung des Wahlrechts auf Deutsche nur dogmatisch inkonsistent aufrechtzuerhalten.[88] Wenn – mit dem BVerfG[89] – Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG mit dem aufgrund von Art. 79 Abs. 3 GG änderungsfesten Kern des Art. 20 GG vereinbar und damit nicht verfassungswidrig ist, folgt daraus logisch zwingend, dass die Deutscheneigenschaft im Wahlrecht zumindest im Rahmen des Art. 28 GG nicht über Art. 20 GG zu den von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Grundsätzen gehört.[90] Es ist auch wenig plausibel, insoweit zwischen dem Landes- und Kommunalwahlrecht zu differenzieren, denn eine solche Differenzierung nimmt Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG selbst im Übrigen nicht vor.

82 *G. Frankenberg,* Vorsicht Demokratie! in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000, S. 177 (179).
83 *Rux,* Landes-Staatsangehörigkeit (Fn. 55), 179; so aber *H.-J. Papier,* Verfassungsfragen des kommunalen Ausländerwahlrechts, KritV 1987, 309 (310) und *Rupp,* Ausländerwahlrecht (Fn. 58), 364.
84 Vgl. *Rittstieg,* Kommunalwahlrecht (Fn. 32), 316 f.; *Rux,* Landes-Staatsangehörigkeit (Fn. 55), 180.
85 *Sacksofsky,* Abw. Votum (Fn. 32), S. 23.
86 Vgl. *Zuleeg,* Ausländer/Deutschland (Fn. 67), 426.
87 *Sacksofsky,* Abw. Votum (Fn. 32), S. 21.
88 *A. Farahat,* Inklusion in der superdiversen Einwanderungsgesellschaft, JöR n.F. 66 (2018), 337 (355).
89 BVerfG, 31.10.1990, 2 BvF 2/89 u.a., E 83, 37 (59).
90 *F. Hanschmann,* „Die Ewigkeit dauert lange, besonders gegen Ende", ZParl 2009, 74 (79).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Die Länder können somit ihre Landes-Angehörigkeit auch auf Nicht-Deutsche ausdehnen.[91] Erst recht müssen sie damit auch einzelne politische Rechte gewähren können, etwa das Wahlrecht.[92] Die Annäherung an das „Ideal einer Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten", wie es das Demokratieprinzip und die Menschenwürdegarantie aufstellen, verbietet Art. 28 GG den Ländern nicht, auch nicht auf dem Wege der Ausweitung des Wahlrechts.[93]

3. Fazit zu den Ländern

Grundsätzlich stehen den Ländern also beide Möglichkeiten zur Verfügung, der demokratischen Lücke zu begegnen: Entweder, indem sie eine Landesstaatsangehörigkeit einführen und in sie breitere Bevölkerungsschichten einbeziehen, oder indem sie das Landeswahlrecht auch Nicht-Deutschen gewähren. Für beide Varianten mögen – auch mit den oben angerissenen Argumenten zum „Rechtebündel" Staatsangehörigkeit – Argumente sprechen. Die Debatte kann hier nicht weiter verfolgt werden. Jedenfalls gebietet die föderalistische Konstruktion, den Ländern insoweit weitere Entscheidungsspielräume zuzugestehen als bisher.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Das moderne rechtsstaatliche Demokratieprinzip, welches sich in Art. 20 Abs. 1 GG widerspiegelt, hat die Selbstautorenschaft der Rechtsunterworfenen über das sie bindende Recht zum Ziel. Der Geltungsanspruch des deutschen Rechts ist zwar im Wesentlichen auf das Territorium der Bundesrepublik begrenzt; angesichts der Globalisierung mit der damit verbundenen (Arbeits-)Migration und der europäischen Einigung ist aber die Annahme, damit seien im Wesentlichen nur Deutsche vom deutschen Recht betroffen, längst überholt. Dieses Demokratieproblem stellt sich auf Bundesebene zunächst als dem Art. 20 GG eingeschriebenes Spannungsfeld. Die aus ihm abgeleiteten Maßstäbe wurden allerdings in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung über Art. 28 GG auch auf die Länder ausgeweitet.

91 *Rux,* Landes-Staatsangehörigkeit (Fn. 55), 181.
92 *Rux,* Landes-Staatsangehörigkeit (Fn. 55), 181 f.
93 *Sacksofsky,* Abw. Votum (Fn. 32), S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Damit zeigt sich, warum die Frage nach einer angemessenen demokratischen Beteiligung von (Noch-)Nicht-Deutschen auf Bundes- und Landesebene zusammenhängen. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung erlaubt das Grundgesetz sowohl der Landes- als auch der Bundesgesetzgebung auf jeweils eigenen Wegen, demokratieideales Recht zu schaffen, das dem rechtstaatlich-demokratischen Versprechen gerecht wird.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vereinigungsverbote

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vereinsverbote als Hebel zur Einschränkung von Meinungsäußerungen

Das Kennzeichenverbot aus verfassungsrechtlicher Perspektive

Fritz Schäfer[*]

Abstract: *Der Beitrag beleuchtet eine Eigentümlichkeit des strafrechtlichen Kennzeichenverbots. Dieses sanktioniert Meinungsäußerungen nicht wegen ihres konkreten Aussagegehalts, sondern weil sie abstrakt auf eine verbotene Organisation verweisen. Auf diese Weise drohen verfassungsrechtliche Anforderungen der Meinungs- und Vereinigungsfreiheit ausgehebelt zu werden. Das wird anhand von zwei Beispielen verdeutlicht: der Diskussion um die Strafbarkeit des Slogans „From the River to the Sea" und der vor allem mit Blick auf die Kennzeichen von Rockergruppen verabschiedeten Änderung des § 9 Abs. 3 VereinsG.*

„Ein Vereinigungsverbot darf nicht bewirken, dass auf diesem Wege untersagt wird, was Freiheitsrechte sonst erlauben." So heißt es in einer jüngeren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.[1] Dieser zunächst einigermaßen selbstverständlich anmutende Satz wirft in Bezug auf eine Folge von Vereinigungsverboten erhebliche verfassungsrechtliche Probleme auf. Die Rede ist vom strafrechtlichen Verbot, Kennzeichen einer verbotenen Vereinigung zu verwenden. Dieses Kennzeichenverbot beinhaltet einen Mechanismus, der es ermöglicht, in bestimmten Konstellationen das Vereinsverbot als Hebel zu verwenden, um Meinungsäußerungen in einer Weise einzuschränken, wie das mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Meinungs- und der Vereinigungsfreiheit sonst nicht möglich wäre. Indem es daran anknüpft, worauf ein Zeichen abstrakt verweist, und nicht, was mit ihm im konkreten Fall ausgesagt wird, droht es verfassungsrechtliche Schutzmechanismen auszuhebeln, die an diesen konkreten Aussagegehalt anknüpfen. Ich werde das im Folgenden anhand von zwei Beispielen veranschaulichen, um im Anschluss zu fragen, ob sich aus dieser Hebelwirkung des Kennzeichenverbots ein verfassungsrechtliches Problem ergibt. Das

* Für seine hilfreichen Anmerkungen zum Manuskript danke ich *Benedict Ertelt*.

1 BVerfGE 149, 160 (200).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hängt – so die These dieses Beitrags – davon ab, ob die gewährleistungsspezifischen Schutzvorgaben der Meinungs- und Vereinigungsfreiheit lediglich punktuelle verfassungsrechtliche Verbote für Gesetzgeber und Fachgerichte darstellen, oder ob sie auch positiv festlegen, welche Meinungsäußerungen bzw. Vereinsbetätigungen verfassungsrechtlich zulässig sein müssen.

I. Das Kennzeichenverbot: Grundlagen

Innerhalb der Äußerungsdelikte des StGB nimmt das Kennzeichenverbot des § 86a eine Sonderstellung ein. So unterschiedlich andere Äußerungsdelikte in ihrer Schutzrichtung und in ihren Voraussetzungen sind, haben sie doch gemeinsam, dass die Strafbarkeit jeweils davon abhängt, wie eine Aussage in dem konkreten Kontext, in dem sie getroffen wird, zu verstehen ist: Für eine Strafbarkeit wegen Beleidigung nach § 185 StGB kommt es auf den ehrverletzenden Gehalt einer Äußerung im konkreten Fall an.[2] Eine Strafbarkeit wegen Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB setzt voraus, dass eine Äußerung im konkreten Fall „objektiv dazu geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, eine gesteigerte, über die bloße Ablehnung und Verachtung hinausgehende, feindselige Haltung" gegen eine der in Nr. 1 aufgeführten Gruppen zu erzeugen oder zu steigern.[3] Und eine Billigung von Straftaten nach § 140 Nr. 2 StGB kommt nur in Betracht, wenn aus einer Äußerung im konkreten Fall „unmittelbar und ohne Deuteln erkannt werden kann", dass eine der erfassten Straftaten gebilligt werden soll.[4] Demgegenüber besteht der Kerngedanke des Kennzeichenverbots darin, dass infolge eines Vereinsverbots ein „kommunikatives Tabu"[5] errichtet wird. Nicht nur die Aktivitäten der verbotenen Vereinigung sollen verboten und sanktioniert, sondern auch ihre Symbole „aus dem Bild des politischen Lebens in der Bundesrepublik Deutschland"[6] verbannt werden. Vereins- und Kennzeichenverbot sind in den Worten des Bundesverfassungsgerichts „untrennbar" miteinander verknüpft.[7] Der Bundesgerichtshof versteht die

2 BVerfG NJW 2020, 2636 (2637); zu den Anforderungen im Einzelnen *P. Regge/C. Pegel*, in: V. Erb/J. Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl., München 2021, § 185 Rn. 9 ff.
3 BGHSt 40, 97 (102).
4 BGHSt 22, 282 (287).
5 BVerfG NJW 2006, 3050 (3051); BGHSt 54, 61 (65).
6 BGHSt 25, 30 (33).
7 BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1427).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt,[8] bei dem schon der abstrakte Bezug des Kennzeichens zu einer verbotenen Organisation im Grundsatz die Strafbarkeit begründet.[9]

Die Formel vom „kommunikativen Tabu" darf man nicht zu wörtlich nehmen. § 86a StGB kennt von diesem Grundsatz mehrere Ausnahmen und Einschränkungen.[10] Eine begrenzende Funktion hat zunächst der Kennzeichenbegriff selbst. Der Bundesgerichtshof versteht diesen dahingehend, dass es eines Symbols oder einer Sinnesäußerung bedarf, „durch die der Verein auf sich und seine Zwecke hinweist."[11] Entscheidend sind die Worte „auf sich". Einerseits genügt es nicht, dass eine Organisation ein Symbol bloß verwendet, sondern das Symbol muss gerade auf die Organisation verweisen. Andererseits muss es nicht ausschließlich auf die Organisation verweisen. Auch mehrdeutige Zeichen sollen ausdrücklich erfasst sein.[12] Es ist ein spezifischer, aber kein ausschließlicher Organisationsbezug erforderlich. In diesem Spannungsverhältnis liegt ein Grund für die teilweise schwer vorhersehbare Handhabung der Norm durch die Fachgerichte.[13]

Der zweite Ansatzpunkt, über den sich die Reichweite der Norm begrenzen lässt, sind die von ihr erfassten *Verwendungskontexte*. Für einige Zwecke bestimmt § 86a Abs. 3 i. V. m. § 86 Abs. 4 StGB explizit, das sie von der Strafbarkeit ausgenommen sind. Das betrifft insbesondere edukatorische, wissenschaftliche und künstlerische Kontexte. Wichtiger als diese Sozialadäquanzklausel ist aber eine ungeschriebene Ausnahme, die der Bundesgerichtshof entwickelt hat. Danach ist eine Kennzeichenverwendung nicht von der Norm erfasst, wenn sie deren Schutzzweck offensichtlich und erkennbar nicht zuwiderläuft.[14] Das ist in erster Linie bei der sichtbar ablehnenden Verwendung der Fall (also z. B. einem durchgestrichenen

8 BGHSt 47, 354 (359); 52, 364 (373 f.).

9 BGHSt 47, 354 (359 f.), besonders deutlich auch BVerfG NJW 2006, 3052 (3053).

10 In der strafrechtlichen Literatur werden die Ausnahmen des § 86a StGB häufig zu einer „Widersprüchlichkeit des Rechtsguts" hypostasiert. In diesem Sinne z. B. *T. Fischer*, Strafgesetzbuch, 71. Aufl., München 2024, § 86a Rn. 2a; *C. Becker*, in: H. Matt/J. Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2020, § 86a Rn. 2.

11 BGHSt 61, 1 (4).

12 Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass hier dieselben Maßstäbe zur Anwendung kommen wie bei der sogleich zu erläuternden Schutzzweckausnahme (BGHSt 52, 364 (375 f.)).

13 Häufig konstatiert in der Kommentarliteratur, s. etwa *Becker* (Fn. 10), § 86a StGB Rn. 1.

14 BGHSt 25, 30 (32 ff.); 51, 244 (246 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hakenkreuz).[15] Auch wer ein Zeichen ironisch verwendet (z. B. einem Polizeibeamten gegenüber den Hitlergruß zeigt)[16] kann unter die Ausnahme fallen, wenn der ironische Gebrauch für andere unmittelbar erkennbar ist.[17] Grundsätzlich nicht von der Ausnahme umfasst ist hingegen die neutrale Verwendung eines Kennzeichens (z. B. das Verkaufen von Flugzeugmodellen mit Hakenkreuzen).[18] Insgesamt ist der Anwendungsbereich der Schutzzweckausnahme damit durchaus begrenzt. Außerhalb eines Kerns von sicher aus der Strafbarkeit fallenden Verwendungsweisen besteht eine erhebliche Unsicherheit darüber, wie die Strafgerichte sie anwenden. Insbesondere ergibt sich aus ihr kein positives Erfordernis, wonach sich in der Kennzeichenverwendung im konkreten Fall eine Unterstützung der betroffenen Organisation ausdrücken muss.[19] Sie schränkt die Kontextunabhängigkeit des Kennzeichenverbots zwar ein, ändert aber nichts am grundsätzlichen Mechanismus der Norm.

II. Die Hebelwirkung des Kennzeichenverbots: Zwei Beispiele

Inwiefern das so verstandene Kennzeichenverbot es ermöglicht, Vereinigungsverbote als „Hebel" zu verwenden, um Meinungsäußerungen einzuschränken, will ich an zwei Konstellationen verdeutlichen, die Rechtsprechung und Literatur in jüngerer Zeit beschäftigt haben. Das erste Beispiel ist die Diskussion um die Strafbarkeit des Slogans „From the River to the Sea", das zweite die 2017 erfolgte Änderung des § 9 Abs. 3 VereinsG.

1. „From the River to the Sea"

Über wenige Sätze wurde im letzten Jahr so viel gestritten wie über den Slogan „From the River to the Sea" (mit oder ohne den Zusatz „Palestine will be Free"). Die Einschätzungen darüber, was er bedeutet, wie er politisch zu

15 BGHSt 51, 244.
16 BGHSt 25, 30.
17 Das war nicht der Fall in BayObLG NStZ 2003, 89, in seiner Verfassungsmäßigkeit bestätigt in BVerfG NJW 2006, 3052.
18 BGHSt 28, 394 (397 f.). Zu allen drei Konstellationen m. w. N. *Becker* (Fn. 10), § 86a Rn. 11 ff.
19 Dafür aber Teile der strafrechtlichen Literatur; s. nur *T. Hörnle*, Verwendung von NS-Symbolen in offenkundig-eindeutig ablehnender Tendenz, NStZ 2007, 698 (699).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beurteilen und strafrechtlich einzuordnen ist,[20] gehen nicht nur in der öffentlichen Diskussion weit auseinander. Seit das Bundesinnenministerium im November 2023 mit dem Verbot von Hamas und Samidou auch „From the River to the Sea" als Kennzeichen dieser Organisationen eingeordnet hat, ist ins Zentrum der rechtlichen Diskussion § 86a StGB gerückt. In mehreren Bundesländern haben Versammlungsbehörden Demonstrationen unter Verweis auf die Strafbarkeit des Slogans untersagt oder mit Auflagen belegt. Teilweise sind Versammlungsorganisatoren hiergegen erfolgreich im einstweiligen Rechtsschutz vorgegangen.[21] In vielen Fällen wurde die sofortige Vollziehbarkeit der Verbote und Auflagen aber auch aufrechterhalten.[22] Strafgerichtliche Entscheidungen zu § 86a StGB gibt es bisher kaum. Veröffentlicht sind allein eine Entscheidung des Landgerichts Mannheim, das ausführlich begründet, warum es die Äußerung für nicht strafbar hält, sowie ein Urteil des Landgerichts Berlin, das die erste Verurteilung nach § 86a StGB für das Verwenden der Parole enthält.[23]

Für die Zwecke dieses Beitrags interessant ist vor allem die Perspektive, die § 86a StGB auf den Slogan einnimmt. Diese unterscheidet sich erheblich von der, die in der öffentlichen Diskussion typischerweise eingenommen wird. Dort steht im Zentrum, was mit dem Slogan gefordert wird. Es wird darüber diskutiert, ob der Satz notwendigerweise die gewaltsame Auslöschung des Staates Israel einschließt oder lediglich das Ziel eines freien Palästinas formuliert, hinsichtlich des Weges dahin aber offen ist. Auch für eine mögliche Billigung von Straftaten nach § 140 StGB (die einzige Strafnorm, die neben § 86a StGB noch ernsthaft in Betracht kommt), ist entscheidend, was mit dem Slogan konkret ausgedrückt werden soll – ob nämlich damit die konkreten Taten der Hamas am 7. Oktober gebilligt werden sollen. Das nehmen einige an, wenn der Slogan in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang dazu verwendet wurde.[24]

---

20 Knapper Überblick über die Diskussion bei *R. Steinberg*, Versammlungsfreiheit nach dem 7. Oktober, NVwZ 2024, 302 (304 f.).

21 VGH München NVwZ 2024, 1187; VGH Kassel NVwZ 2024, 847; VG Münster, Beschl. v. 17.11.23 – 1 L 1011/23.

22 OVG Bremen NordÖR 2024, 410; VGH Mannheim NVwZ 2024, 1183; OVG Bautzen SächsVBl. 2024, 358; VG Berlin NJ 2024, 86.

23 LG Mannheim, Beschl. v. 29.5.24 – 5 Qs 42/23; LG Berlin, Urt. v. 8.11.24 – 502 KLs 21/24.

24 Insbesondere jüngst das AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 6.8.24 – 261b CS 1037/24, Rn. 30 ff. Generell für eine Strafbarkeit der Äußerung nach § 140 StGB *M. Morlock*, Versammlungsrechtliche Beurteilung antiisraelischer bzw. antisemitischer Parolen (u. a. „From the river to the sea"), NVwZ – Online-Aufsatz 2/2024, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dagegen kommt es für eine Strafbarkeit nach § 86a StGB lediglich darauf an, ob der Slogan auf eine verbotene Organisation verweist. Die zentrale Frage ist, ob er tatsächlich ein Kennzeichen der Hamas darstellt. Hier wird nun das angesprochene Spannungsverhältnis bei der Konkretisierung des Kennzeichenbegriffs sichtbar. Einerseits schließt es die Kennzeicheneigenschaft nicht aus, dass auch andere Organisationen und Akteure „From the River to the Sea" verwenden und der Slogan nicht ursprünglich auf die Hamas zurückgeht.[25] Andererseits erscheint es sehr zweifelhaft, wie der Slogan spezifisch auf die Hamas als Organisation verweisen kann, wenn er eine organisationsübergreifende Konsensformel der gesamten palästinensischen Bewegung darstellt.[26] Vieles spricht dafür, dass an dem fehlenden spezifischen Organisationsbezug letztlich auch nach dem konventionellen Verständnis von § 86a StGB die Strafbarkeit des Slogans scheitert.[27] Geht man aber davon aus, dass die Voraussetzungen des Kennzeichenbegriffs erfüllt sind, gibt es keinen einfachen Weg, um aus dem Straftatbestand noch herauszukommen. Zwar versuchen einige zu begründen, warum eine Strafbarkeit auch nach der Schutzzweckausnahme ausgeschlossen ist, wenn im konkreten Fall nicht auf die verbotene Organisation verwiesen werden soll.[28] Mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der einen konkreten Organisationsbezug gerade nicht fordert, ist das aber schwer in Einklang zu bringen. So wie dieser die Norm versteht, lässt § 86a StGB keinen Raum für die Erwägung, die im Zusammenhang mit dem Slogan bei unbefangener Betrachtung die relevanteste zu sein scheint: Was ist der

25 So begründen die Kennzeicheneigenschaft das LG Berlin (Urt. v. 8.11.24 – 502 KLs 21/24, Rn. 46), das OVG Bremen (NordÖR 2024, 410 (413)), das VG Düsseldorf (Urt. v. 25.9.24 – 18 K 3322/24, Rn. 109 ff.), und der VGH Mannheim (NVwZ 2024, 1183 (1186)). Dasselbe Argument bei *K.-H. Ladeur*, „From the river to the sea …" – Kennzeichenverbot und Meinungsfreiheit: Erwiderung zu Kai Ambos, JZ 2024, 932 (932).

26 Zur Entstehungsgeschichte des Slogans m. w. N. *K. Ambos*, Anm. zu LG Mannheim, Beschl. v. 29.5.24 – 5 Qs 42/23, JZ 2024, 620 (620 ff.).

27 Insofern überzeugend die Argumentation des LG Mannheim, Beschl. v. 29.5.24 – 5 Qs 42/23, Rn. 12; s. auch *Ambos*, Anmerkung (Fn. 26), 620 ff.; für die Gegenansicht siehe *Morlock*, Parolen (Fn. 24), 2 ff.

28 Das ist die zweite Argumentationsliste in der Entscheidung des LG Mannheim, Beschl. v. 29.5.24 – 5 Qs 42/23, Rn. 13; s. auch VGH Kassel NVwZ 2024, 847 (849); *K. Ambos*, Schlusswort zur Erwiderung von Karl-Heinz Ladeur, JZ 2024, 935 (935 m. Fn. 7). Umgekehrt als Argument für eine Strafbarkeit nach § 86a StGB führt das OVG Bautzen (SächsVBl. 2024, 358 (361 ff.)) die Deutung des Slogans im konkreten Fall an.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konkrete Aussagegehalt des Slogans in dem Kontext, in dem er verwendet wird?[29]

2. § 9 Abs. 3 VereinsG

Das zweite Beispiel, an dem sich die Hebelwirkung verdeutlichen lässt, ist etwas anders gelagert. Es betrifft nicht § 86a StGB, sondern das strukturell identische Kennzeichenverbot des §§ 9, 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG. Dieses sieht eine niedrigere Strafandrohung vor, hat dafür aber einen weiteren Anwendungsbereich. Während § 86a StGB lediglich die Kennzeichen von Vereinen betrifft, die verboten sind, weil sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind die §§ 9, 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG auf alle verbotenen Vereine anwendbar.[30] Erfasst sind damit auch die Kennzeichen von Vereinen, deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderläuft.

Praktische Bedeutung hat die Norm in den letzten Jahren vor allem für Rockerclubs wie die Bandidos oder Hells Angels erlangt. Von diesen sind in Deutschland jeweils nur einzelne lokale Untergliederungen verboten, nicht jedoch die bundesweit agierenden Gesamtverbände.[31] Die Verwendung von Kennzeichen dieser verbotenen Teilvereine ist nach § 9 VereinsG unzweifelhaft verboten. Schon seit mehreren Jahrzehnten beschäftigt aber Rechtsprechung und Gesetzgeber die Frage, wie es sich mit den – bis auf die abweichende Ortsbezeichnung identischen – Kennzeichen der nicht verbotenen Untergliederungen verhält. Nachdem dazu zunächst divergie-

29 Explizit in diesem Sinne LG Berlin, Urt. v. 8.11.24 – 502 KLs 21/24, Rn. 44. So erklärt sich auch, warum selbst Abwandlungen des Slogans, die seinen Inhalt so verändern, dass die mit ihm artikulierte Forderung rechtlich offensichtlich unverfänglich ist, von einigen für strafbar gehalten werden. So ging es in der Entscheidung des VG Berlin (NJ 2024, 86) um den Satz „From the River to the Sea, you will get the hug you need." In dem Fall, der der Entscheidung des VGH München (NVwZ 2024, 1187) zugrundelag, wies die Verwaltungsbehörde darauf hin, dass auch für den Satz „From the Sea to the River no weapons you shall deliver" eine Strafbarkeit nicht völlig ausgeschlossen werden könnte.

30 Erfasst sind insbesondere auch Kennzeichen von Vereinen, deren Verbot noch nicht i. S. v. § 86a Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 86 Abs. 1 Nr. 2 StGB unanfechtbar, sondern lediglich vollziehbar ist.

31 Genaue Erklärung der Organisationsstruktur am Beispiel des Gremium Motorcycle Club in BVerwGE 154, 22 (29 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rende untergerichtliche Entscheidungen ergingen,[32] entschied der Bundesgerichtshof 2015, dass eine Strafbarkeit wegen der Schutzzweckausnahme ausscheidet. Zwar stelle das Wappen der Rockervereinigung unabhängig von der Ortsbezeichnung ein verbotenes Kennzeichen dar.[33] Wenn aber durch eine abweichende Ortsbezeichnung eindeutig erkennbar sei, dass damit auf einen nicht verbotenen (Teil-)Verein verwiesen werden soll, sei der Schutzzweck der Norm nicht verletzt.[34] Hierauf reagierte der Gesetzgeber 2017 mit einer Änderung des § 9 VereinsG. Nunmehr verstößt nach § 9 Abs. 3 S. 2 VereinsG auch gegen die Norm, wer „bei ähnlichem äußerem Gesamterscheinungsbild das Kennzeichen des verbotenen Vereins oder Teile desselben mit einer anderen Orts- oder Regionalbezeichnung" versieht. Das gilt unabhängig davon, ob zwischen dem verbotenen und den nicht verbotenen (Teil-)Vereinen ein organisatorischer Zusammenhang besteht.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Neuregelung in einer Kammerentscheidung für verfassungskonform befunden. In der Entscheidung wird deutlich, dass für das Gericht der zentrale verfassungsrechtliche Schutz durch die Voraussetzungen des Vereinsverbots gewährleistet wird. Liegen diese vor, gibt es ein legitimes und gewichtiges Interesse, die Kennzeichen des Vereins effektiv aus der Öffentlichkeit zu verbannen, auch wenn das dazu führt, dass nicht verbotene Teilvereine ihre Kennzeichen nicht mehr verwenden.[35] Dementsprechend nimmt das Gericht keine eigenständige Prüfung von Art. 5 Abs. 1 GG vor, weil „die Verbotsnorm weiter an das Verbot einer Vereinigung an[knüpft], deren Symbole aus der Öffentlichkeit verbannt werden sollen."[36] Es geht über Art. 9 Abs. 2 GG, dessen Voraussetzungen für die nicht verbotenen Teilvereine nicht vorliegen, hinweg, weil für die verbotenen Teilvereine zu den Folgen des Verbots „eben [auch] das hier in Rede stehende Kennzeichenverbot" gehört.[37] Und es stellt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung entscheidend darauf ab, dass Vereinsverbote „auf den Schutz von Rechtsgütern hervorgehobener Bedeutung" zielen und nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 GG möglich sind. Zum Kennzeichenverbot heißt es, dass es „dem Vereinsverbot materiell

32 Siehe etwa einerseits BayObLGSt 54, 180 und andererseits LG Hamburg, Urt. v. 13.2.2013 – 705 Ns 58/12.
33 BGHSt 61, 1 (3 ff.).
34 BGHSt 61, 1 (8 ff.).
35 BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1426).
36 BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1425 f.).
37 BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1426). Näher dazu noch unten S. 214 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

folgt."[38] In diesen Äußerungen wird deutlich, worin die Hebelwirkung des Vereinsverbots besteht: eine eigentlich unbedenkliche Äußerung (hier die Verwendung der Kennzeichen eines erlaubten Vereins) kann allein deshalb verboten und sanktioniert werden, weil sich ein abstrakter Bezug der Äußerung zu einem verbotenen Verein herstellen lässt.

III. Verfassungsrechtliche Maßgaben

An dieser Stelle liegt ein Einwand nahe. Ist nicht das, was ich als Hebelwirkung des Vereinsverbot bezeichne, einfach eine sehr umständliche Art, um auszudrücken, dass das Vereinsverbot (bzw. der Bezug des Kennzeichens zu einem verbotenen Verein) eben der *Grund* ist, aus dem eine Meinungsäußerung sanktioniert wird? Was soll es heißen, dass die Äußerung „an sich", also unter Absehung von dem Grund, aus dem sie sanktioniert wird, „unbedenklich" ist? Ob der Begriff der Hebelwirkung mehr leistet, als die Funktionsweise der Norm zu beschreiben, hängt davon ab, ob sich aus ihr ein verfassungsrechtliches Problem ergibt. Deshalb werde ich im folgenden Abschnitt fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen der beschriebene Mechanismus mit den Anforderungen von Art. 5 GG und Art. 9 GG vereinbar ist. Dabei betrachte ich die gewährleistungsspezifischen Schutzbestimmungen beider Grundrechtsbestimmungen. Insbesondere in Bezug auf Art. 5 GG hat das Bundesverfassungsgericht eine Vielzahl von Vorgaben entwickelt, die über den bloßen Vergleich von Zweck und Mittel im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung hinausgehen.[39] Es sind diese (im Einzelnen sehr unterschiedlich strukturierten) Vorgaben, die die speziellen Freiheitsrechte als eigenständige, über ein allgemeines Freiheitsrecht[40] hinausgehende Grundrechtsgewährleistungen verständlich und operationalisierbar machen.

38 BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1427).

39 Allgemein dazu *C. Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, Baden-Baden 1998, S. 55 ff., 98 ff., 235 ff., das für die Religionsfreiheit aufgreifend *F. Schäfer*, Religiöse Symbole und staatliche Neutralität, AöR 148 (2023), 413 (442 ff.).

40 Zu dieser Alternative *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt (Fn. 39), S. 102, 228 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

1. Konkurrenzfragen

Das Bundesverfassungsgericht begreift nicht die Meinungs-, sondern die Vereinigungsfreiheit als den zentralen Maßstab, um die Verfassungsmäßigkeit von Kennzeichenverboten zu beurteilen. Es spreche viel dafür, diese „in erster Linie an Art. 9 GG zu messen", heißt es in seiner Entscheidung zu § 9 Abs. 3 VereinsG.[41] Das ist auch nachvollziehbar, soweit es darum geht, dass Vereinsmitglieder mit der Verwendung eines Kennzeichens ihre Zugehörigkeit zum Verein öffentlich ausdrücken wollen.[42] Ob dieses Interesse im Ergebnis verfassungsrechtlichen Schutz verdient, hängt davon ab, ob der Verein im Einklang mit Art. 9 Abs. 2 GG verboten werden kann (bzw. verboten wurde). Sobald aber ein Kennzeichen nicht mehr in diesem starken Sinne vereinsakzessorisch verwendet wird, kann das nicht mehr gelten. Wenn es darum geht, welche Art und welches Maß an *Differenz* zum verbotenen Verein erforderlich ist, um nicht mehr vom Kennzeichenverbot erfasst zu werden, passt Art. 9 Abs. 1 GG, dessen gewährleistungsspezifischer Schutz an den Verein anknüpft, als Maßstab nicht mehr. Hier muss sich die verfassungsrechtliche Beurteilung grundsätzlich nach Art. 5 Abs. 1 GG richten. Daran ändert auch nichts, dass „die Verbotsnorm weiter an das Verbot einer Vereinigung an[knüpft]."[43] In den hier interessierenden Konstellationen, in denen abstrakter Verweisungsgehalt und konkreter Aussagegehalt eines Kennzeichens auseinander fallen, ist demnach grundsätzlich die Meinungsfreiheit maßgeblich. Etwas anderes gilt nur dann, wenn – wie im zweiten Beispiel – der konkrete Aussagegehalt darin besteht, die Zugehörigkeit zu einem anderen Verein auszudrücken.

2. Art. 5 Abs. 1 GG

Drei gewährleistungsspezifische Schutzvorgaben des Art. 5 Abs. 1 GG spielen im Zusammenhang mit dem Kennzeichenverbot eine Rolle: der Vorrang konfliktvermeidender Deutungsmöglichkeiten (a)), das Verbot, an „rein geistig bleibende Wirkungen" von Meinungsäußerungen anzuknüpfen

41 BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1425 f.). Das Gericht lässt die Frage zwar explizit offen und stellt Art. 5 GG als „weiteren Belang" (ebd., S. 1427) in die Abwägung ein. Eine eigenständige Prüfung von Art. 5 GG erfolgt aber nicht.

42 Dieses Unterscheidungskriterium verwendet auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1425 f.)).

43 Ebd.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(b)) und die Schranke der allgemeinen Gesetze (c)). Bei allen drei Vorgaben stellt sich allerdings eine Schwierigkeit: Sie wurden jeweils mit Blick auf etwas andere Konstellationen entwickelt als die hier interessierende und passen nicht umstandslos auf § 86a StGB und §§ 9, 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG. Der Grund dafür ist, dass sie alle in irgendeiner Form die konkreten Inhalte von Aussagen betreffen. Trotzdem oder vielleicht auch gerade deshalb lässt sich erst aus dieser Perspektive klar formulieren, wo die verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten des Kennzeichenverbots liegen.

a) Vorrang konfliktvermeidender Deutungsmöglichkeiten

Wenn Fachgerichte mit interpretationsbedürftigen Meinungsäußerungen zu tun haben, dürfen sie nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht einfach die für den Grundrechtsträger ungünstigste Deutung wählen, sondern müssen konkret begründen, warum günstigere Deutungen ausgeschlossen sind.[44] Das scheint für das Kennzeichenverbot zunächst keine Probleme aufzuwerfen, denn auch hier ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs „der mit dem Gebrauch des Kennzeichens verbundene Aussagegehalt anhand aller maßgeblichen Umstände des Falls" zu ermitteln.[45] Mit der richtigen Ermittlung dieses Aussagegehalts ist aber viel noch nicht gewonnen. Denn dass dieser anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln ist, ändert nichts daran, dass die Strafbarkeit davon nur in eingeschränktem Maße abhängt. Das verfassungsrechtliche Problem, das sich in Bezug auf das Kennzeichenverbot stellt, betrifft nicht die Auslegung von Meinungsäußerungen, sondern die Auslegung der Norm. Können sich auch hieraus aus dem Vorrang konfliktvermeidender Deutungsmöglichkeiten Vorgaben in dem Sinne ergeben, dass er der Ausblendung des konkreten Kontexts Schranken setzt? Oder ist er auf diese Konstellation einfach nicht anwendbar? Ich möchte das an dieser Stelle zunächst nur als Frage festhalten und später darauf zurückkommen.

44 BVerfGE 93, 266 (295 f.).
45 BGHSt 61, 1 (9).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Verbot des Anknüpfens an rein geistige Wirkungen

Ein weiterer zentraler Schutzgehalt der Meinungsfreiheit ist das Verbot, an „rein geistige Wirkungen" einer Meinungsäußerung anzuknüpfen.[46] Eingriffe in Art. 5 Abs. 1 GG dürfen nicht darauf gerichtet sein, „Äußerungen mit schädlichem oder in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlichem Inhalt zu behindern."[47] Möglich sind Eingriffe erst, wenn Äußerungen „die rein geistige Sphäre des Für-Richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutsverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen." Zu einer Positionierung im öffentlichen Meinungskampf muss also etwas dazukommen, damit sie sanktioniert oder verboten werden kann. Eingriffe in die Meinungsfreiheit können nicht allein damit begründet werden, dass eine bestimmte politische Auffassung geäußert wird. Für die Recht- und Verfassungsmäßigkeit eines Vereinsverbots spielt dieser Maßstab eine große Rolle. Weil an die geistigen Wirkungen einer Äußerung allein nicht angeknüpft werden darf, reicht es etwa für das Gerichtetsein gegen die verfassungsmäßige Ordnung nicht, die politische Auffassung zu äußern, dass die verfassungsmäßige Ordnung abzulehnen ist, sondern ein Verein muss in „kämpferisch-aggressiver" Weise gegen sie ausgerichtet sein.[48]

Bei der Kennzeichenverwendung selbst ist weniger greifbar, was zur bloßen Positionierung dazukommt. Ein Ansatzpunkt könnte eine Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum zwar etwas anders gelagerten, aber doch verwandten § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG bieten, der das Zuwiderhandeln gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot unter Strafe stellt. Dort heißt es, es werde dem Einzelnen durch die Norm „nicht verboten, selbst bestimmte politische Ziele anzustreben und zu vertreten, wohl aber, dies durch die Förderung der verbotenen Tätigkeit des Vereins zu tun."[49] Überträgt man diesen Gedanken auf das Kennzeichenverbot,[50] ließe sich argumentieren, dass dieses nur eine bestimmte *Form* der Mei-

46 BVerfGE 124, 300 (330), s. auch schon BVerfGE 7, 198 (210).

47 BVerfGE 124, 300 (332).

48 In Bezug auf den Verbotsgrund Gerichtetsein gegen den Gedanken der Völkerverständing formuliert das Gericht etwas anders. Hier bedarf es nur einer „schwerwiegenden, ernsten und nachhaltigen" Beeinträchtigung (BVerfGE 149, 160 (200)); zu den Differenzen zwischen beiden Verbotsgründen *K. Groh*, Vereinsgesetz, 2. Aufl. Baden-Baden 2021, § 3 Rn. 36 ff.

49 BVerfG NVwZ 2002, 709 (710).

50 Aufgegriffen etwa vom VGH Kassel NVwZ 2024, 847 (850) und dem LG Mannheim, Beschl. v. 29.5.24 – 5 Qs 42/23, Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nungskundgabe[51] untersagt und keine bestimmten geistigen Wirkungen. In den meisten Fällen ist diese Begründung sehr plausibel. Viele Kennzeichen sind so eng mit einer verbotenen Organisation verknüpft, dass sich ihr Aussagegehalt entweder im Verweis auf diese Organisation erschöpft oder es jedenfalls keinen Sinn ergibt zu fragen, was sie unabhängig davon bedeuten. Das gilt vor allem für historische Kennzeichen, insbesondere Kennzeichen nationalsozialistischer Organisationen.[52] Diese sind in ihrer Bedeutung in einer Weise fixiert wie das bei Zeichen, die in aktuellen politischen Auseinandersetzungen eine Rolle spielen, typischerweise nicht der Fall ist.[53] Ein Hakenkreuz lässt sich nicht losgelöst vom historischen Nationalsozialismus und der NSDAP interpretieren.

Die Hebelwirkung des Vereinsverbots kommt allerdings gerade in Konstellationen zum Tragen, in denen sich die Bedeutung eines Zeichens nicht so eindeutig darstellt, sondern sein Verweisungs- und Aussagegehalt auseinanderfallen. Egal wie man den Slogan „From the River to the Sea" genau versteht: es besteht kein Zweifel daran, dass seine Bedeutung sich nicht darin erschöpft, auf die Hamas zu verweisen, sondern dass, wer ihn verwendet, eine inhaltliche Forderung artikuliert. In verfassungsrechtliche Kategorien lässt sich das so übersetzten, dass der Slogan einen *über seinen (eventuellen) Verweisungsgehalt hinausgehenden geistigen Gehalt*[54] hat. Er fällt nicht nur (wie jedes Kennzeichen) in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG und er ist auch nicht bloß mehrdeutig.[55] Wenn eine Rune einerseits auf etwas in der nordischen Mythologie verweist und andererseits auf eine nationalsozialistische Organisation, die sie sich zu eigen gemacht

51 Vgl. dazu BVerfGE 124, 300 (333 f.).

52 Da diese ganz im Zentrum von § 86a StGB stehen, wird die Norm nicht selten ausschließlich davon aus gedacht. In diesem Sinne bspw. *G. Kett-Straub*, Das Verwenden nationalsozialistischer Kennzeichen, NStZ 2011, 601 (601 ff.). Auch der EGMR geht in seiner Entscheidung (NLMR 2018, 155) zur Vereinbarkeit von § 86a StGB mit Art. 10 Abs. 1 EMRK ausschließlich auf diese Konstellationen ein.

53 M. E. fehlgeleitet deshalb die Parallele, die *Ladeur*, Erwiderung (Fn. 25), 932 (932), zwischen dem Umgang mit Hakenkreuzen und der Parole „From the River to the Sea" zieht.

54 Die terminologische Umstellung vom Begriff der geistigen *Wirkung*, den das Bundesverfassungsgericht verwendet, zum Begriff des geistigen *Gehalts* nimmt schon die unten noch ausführlich zu diskutierende Frage nach einem möglichen positiven Gehalt der gewährleistungsspezifischen Schutzbestimmung vorweg (näher S. 216).

55 Das ist in Rechtsprechung und Literatur zu § 86a StGB eine etablierte Kategorie (s. nur *Becker* (Fn. 10), § 86a Rn. 7 und zum Umgang des Bundesgerichtshofs damit schon Fn. 12.)

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hat, liegt auch ein mehrdeutiges Kennzeichen vor.[56] Anders als bei „From the River to the Sea" fehlt es aber an einem Bezug zur öffentlichen Diskussion. Zwar können auch hier abstrakter Verweisungs- und konkreter Bedeutungsgehalt auseinanderfallen. Der miterfasste Bedeutungsgehalt besteht aber nicht in einem „Für-Richtig-Halten", sodass der Begriff der geistigen Wirkung nicht passt.

Dass sich bei Kennzeichen mit überschießendem geistigen Gehalt ein spezifisches verfassungsrechtliches Problem stellt, heißt noch nicht, dass Art. 5 Abs. 1 GG verletzt ist. Auch in diesen Konstellationen ließe sich argumentieren, dass solange nicht an geistige Wirkungen angeknüpft wird, wie derselbe geistige Gehalt in einer anderen Form weiterhin geäußert werden kann. Kann man in Bezug auf „From the River to the Sea" den verfassungsrechtlichen Bedenken nicht damit begegnen, dass es trotz Verbots des Slogans erlaubt bleibt, einen palästinensischen Staat zu fordern, der auch das Gebiet des heutigen Israel einschließt? Das würde bedeuten, diejenigen, die den Slogan verwenden, um eine ihrem Inhalt nach rechtlich unbedenkliche Forderung zu artikulieren, darauf zu verweisen, eine andere Ausdrucksweise für ihre Position zu finden.[57] Ist das einfach die Konsequenz davon, dass sie ein verbotenes Kennzeichen verwenden oder ist dieses Argumentationsmuster im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 GG unzulässig? Auch das möchte ich zunächst als Frage stehen lassen und später darauf zurückkommen.

c) Vorbehalt der allgemeinen Gesetze

Dass § 86a StGB und §§ 9, 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG allgemeine Gesetze darstellen, ist nicht zweifelhaft. Sie verweisen auf die Verbotsgründe des § 3 VereinsG, die allesamt keine konkreten Standpunkte sanktionieren, sondern so offen formuliert sind, dass sie von verschiedenen politischen Richtungen erfüllt werden können.[58] Wie kann dann aus Art. 5 Abs. 2 GG

56 Diese Konstellation tritt im Zusammenhang mit § 86a StGB häufig auf und wird je nach Symbol unterschiedlich entschieden (s. z. B. BGHSt 52, 264 (372 f.); OLG Hamm NStZ 2023, 749; KG Berlin, Beschl. v. 18.5.16 – (4) 161 Ss 54/16 (75/16)).

57 In der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte findet sich immer wieder das Argument, die Demonstranten könnten doch auch auf den Slogan verzichten. Beispielsweise lässt das OVG Bautzen (SächsVBl. 2024, 358 (362)) die Verweigerung einer Änderung des Mottos im Kooperationsgespräch als entscheidende Ermessenserwägung gelten; s. auch VGH Mannheim VBlBW 2024, 250 (254).

58 BVerfG NJW 2006, 3052 (3052). Allgemein zum Maßstab BVerfGE 124, 300 (321 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trotzdem etwas für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Kennzeichenverbots folgen? Das setzt voraus, dass die Norm nicht nur Anforderungen für den grundrechtsbeschränkenden Gesetzgeber enthält, sondern auch auf Rechtsanwendungsebene relevant ist. Dass das grundsätzlich zu bejahen sein muss, liegt auf der Hand. Wenn eine meinungsneutral formulierte Norm höchstrichterlich so interpretiert wird, dass eine verbotene Standpunktdiskriminierung erfolgt (also etwa der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung dahingehend verstanden würde, dass nur nationalsozialistische Positionen gegen sie gerichtet sein können), kann das nicht mit dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze vereinbar sein. Auch das Bundesverfassungsgericht hat Art. 5 Abs. 2 GG schon in dieser Weise zur Anwendung gebracht und ihn beispielsweise als Grund für die verfassungskonforme Auslegung des Begriffs der öffentlichen Ordnung herangezogen.[59]

Beim Kennzeichenverbot liegt eine andere Konstellation vor. Ein Problem mit Art. 5 Abs. 2 GG ergibt sich hier nicht daraus, dass die Fachgerichte bei der Konkretisierung der Norm ein nicht meinungsneutrales Kriterium einführen, sondern aus dem Zusammenspiel von Vereins- und Kennzeichenverbot. Auf der Ebene des Vereinsverbots legt das Bundesverfassungsgericht großen Wert darauf, dass die Innenministerien die Verbotsbefugnis nicht einseitig ausüben dürfen. Um das zu verhindern, geht das Gericht insbesondere davon aus, dass eine Vereinigung zwingend zu verbieten ist, wenn sie die Verbotsvoraussetzungen erfüllt.[60] Eine meinungsneutrale Anwendung der Verbotsbefugnis ist aber nicht identisch mit einer meinungsneutralen Anwendung des Kennzeichenverbots. Auch die auf guten Gründen beruhende Entscheidung, bestimmte Vereine zu verbieten und andere nicht, kann bei den (tatsächlich oder vermeintlich) auf sie Bezug nehmenden Äußerungen zu erheblichen Ungleichgewichten führen.

Besonders klar kommt das zum Vorschein, wenn es – wie im Fall von „From the River to the Sea" – um internationale Konflikte geht, insbesondere internationale Konflikte zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren. Wenn in einem Konflikt auf beiden Seiten schwere Völkerrechtsverletzungen begangen werden, aber nur auf einer Seite eine verbotene Vereinigung existiert, über die man einige dieser Aussagen sanktionieren kann, stellt sich die Frage, ob sich das mit Art. 5 Abs. 2 GG vereinbaren lässt. Hierfür ist der Israel-Palästina-Konflikt nicht das einzige Beispiel;

59 BVerfG NVwZ 2008, 671 (673).
60 BVerfGE 149, 160 (194).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein anderes ist der Umgang mit kurdischen Demonstrationen im Vergleich zu Demonstrationen von türkischen Nationalisten.[61] „From the River to the Sea" ist allerdings insofern ein besonders aufschlussreiches Beispiel, als *dieser Slogan* in der öffentlichen Diskussion von beiden Seiten verwendet wird,[62] aber niemand ernsthaft über eine Strafbarkeit nachdenkt, wenn sie verwendet wird, um ein Israel „from the River to the Sea" zu fordern.[63]

Das Problem folgt hier einmal mehr aus dem überschießenden geistigen Gehalt der Äußerung. Weil das Kennzeichenverbot, so wie es höchstrichterlich verstanden wird, nur auf den abstrakten Verweisungsgehalt eines Zeichens abstellt und seinen inhaltlichen Aussagegehalt im konkreten Fall grundsätzlich ausblendet, kann es im Hinblick hierauf auch keine Meinungsneutralität gewährleisten. Begegnen kann man dem entweder wieder, indem man Kennzeichenverwendungen mit überschießendem geistigen Gehalt von der Strafbarkeit ausnimmt. Ergänzend oder stattdessen ließe sich überlegen, ob in bestimmten Fällen eine Art äußerungsrechtliche „Waffengleichheit" gewährleistet sein muss, sodass nach § 86a StGB keine Aussagen sanktioniert werden dürfen, die, wenn sie in paralleler Form von der Gegenseite geäußert werden, unsaktioniert bleiben. Mit letzterem sind schwierige Abgrenzungsfragen aufgeworfen und dass ein derartiges Verständnis tatsächlich verfassungsrechtlich geboten ist, versteht sich keinesfalls von selbst. Mir geht es an dieser Stelle zunächst – einmal mehr – nur darum, das Problem zu benennen.

3. Art. 9 Abs. 1 GG

Für die Vereinigungsfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht weniger gewährleistungsspezifische Schutzvorgaben entwickelt als für Art. 5 Abs. 1

61 Nach Fällen zu NS-Symbolen sind Fälle, in denen es um (potenzielle) Kennzeichen der PKK geht, die häufigsten Anwendungsfälle von § 86a StGB (z. B. aus jüngerer Zeit BayObLG, Beschl. v. 14.7.22 – 206 StRR 27/22).

62 Dazu *A. Goldberg/A. Confino*, From the River to the Sea gibt's viel Raum für Interpretationen, 31.1.2024, abrufbar unter: https://geschichtedergegenwart.ch/from-the-river-to-the-sea-gibts-viel-raum-fuer-interpretationen/.

63 Eine Strafbarkeit nach § 86a kommt hier auch in der Tat nicht in Betracht, da wegen der offensichtlich gegenüber der Hamas ablehnenden Verwendung die Schutzzweckausnahme zum Tragen käme. Angesprochen ist die so abgewandelte Parole bei *Morlock*, Parolen (Fn. 24), 4, der einerseits die Parallelität der Konstellationen herausstellt, sich andererseits aber nicht zu einer möglichen Strafbarkeit der abgewandelten Parole äußert.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GG. Eine zentrale folgt aber aus dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt in Art. 9 Abs. 2 GG: Vereine dürfen nur verboten werden, wenn einer der dort aufgeführten Gründe vorliegt und – noch wichtiger – solange ein Verein nicht verboten ist, besteht in Bezug auf die Verbotsgründe eine Sperrwirkung. Ein Verein darf grundsätzlich nicht mit der Begründung, er sei gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet, in seiner Vereinigungsfreiheit beschnitten werden, sondern er muss zunächst verboten werden.[64] Was folgt daraus für die in § 9 Abs. 3 VereinsG enthaltene Erweiterung des Kennzeichenverbots auf Vereine, die weder verboten sind noch verboten werden können?

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nichts. Weder geht es bei § 9 Abs. 3 VereinsG um ein Vereinsverbot, noch ist der Grund, aus dem die nicht verbotenen Teilvereine in ihrer Vereinigungsfreiheit beschränkt werden, identisch oder strukturgleich mit einer der Verbotsvoraussetzungen. Im Gegenteil: das, was die Regelung verfassungsrechtlich problematisch macht, ist, dass sie Vereinen das Verwenden ihrer Kennzeichen untersagt, um einen Zweck zu erreichen, der mit ihnen selbst nichts zu tun hat. Die Erweiterung dient dazu, ein anderes Vereinsverbot faktisch durchzusetzen und ist nicht Folge eines Verhaltens des betroffenen Vereins oder seiner Mitglieder. Das Bundesverfassungsgericht hält das im Grundsatz für unproblematisch und prüft lediglich die Verhältnismäßigkeit der Neuregelung. Es geht davon aus, dass Art. 9 Abs. 2 GG weniger tiefgreifenden Einschränkungen der Vereinigungsfreiheit als dem Vereinsverbot nicht entgegensteht, wenn diese „für sich genommen legitime Ziele mit angemessenen Mitteln verfolgen."[65] Genauso wenig wie Art. 9 Abs. 2 GG Veranstaltungsverboten, orts- und veranstaltungsbezogenen Äußerungsverboten oder waffenrechtlichen Anordnungen gegen Mitglieder einer Vereinigung entgegensteht,[66] stellt er danach ein prinzipielles Hindernis für ein Verbot von Kennzeichen nicht verbotener Vereine dar.

Man kann allerdings die Frage stellen, ob das so erweiterte Kennzeichenverbot mit diesen Maßnahmen tatsächlich vergleichbar ist. Dass auch gegenüber einer Vereinigung und ihren Mitgliedern wie gegenüber Einzelpersonen Versammlungsverbote oder waffenrechtliche Anordnungen ausgesprochen werden können, ist Ausdruck des Grundsatzes, dass die Grün-

64 Näher *T. Barczak*, in: F. Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Dreier Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 4. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 56 f.; s. auch § 3 Abs. 1 S. 1 VereinsG.

65 BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1426).

66 Beispiele bei BVerfGE 149, 160 (194 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung einer Vereinigung den Grundrechtsschutz ihrer Mitglieder weder erweitern noch verringern kann.[67] Demgegenüber gehört es zu den zentralen und spezifisch nach Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Rechten einer Vereinigung, ihren Zusammenhalt in der Öffentlichkeit durch die Verwendung von Kennzeichen auszudrücken.[68] Zwar werden die Kennzeichen einer Vereinigung nicht unbedingt nur von deren Mitgliedern verwendet. Sie haben für diese aber eine herausgehobene Bedeutung und das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass es in erster Linie ihnen gegenüber rechtfertigungsbedürftig ist.[69] Gerade weil das Kennzeichenverbot, wie es das Bundesverfassungsgericht wieder und wieder betont, so eng mit dem Vereinsverbot verknüpft ist; weil es neben dem Betätigungsverbot und der Einziehung der finanziellen Mittel letztlich einer der Bestandteile ist, aus denen das Vereinsverbot besteht, stellt sich ein Störgefühl ein, wenn diese Maßnahme eine Vereinigung trifft, die weder verboten ist noch verboten werden kann.

IV. Schlussfolgerungen

Was ist nun die Summe, die man aus der Untersuchung dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen ziehen kann? Zunächst einmal lässt sich ein einheitliches Muster ausmachen. Sowohl in Bezug auf die gewährleistungsspezifischen Schutzbestimmungen der Meinungsfreiheit als auch in Bezug auf Art. 9 Abs. 2 GG lassen sich immer Gründe finden, warum sie entweder nicht anwendbar sind oder grundsätzlich vom Kennzeichenverbot gewahrt werden. Man kann argumentieren, dass der Vorrang konfliktvermeidender Deutungsmöglichkeiten sich nicht auf das abstrakte Normverständnis bezieht; dass das Kennzeichenverbot nicht an geistige Gehalte, sondern an Meinungsäußerungen, die eine bestimmte Form aufweisen, anknüpft; dass § 86a StGB meinungsneutral formuliert, Art. 5 Abs. 2 GG demnach gewahrt ist; und dass Art. 9 Abs. 2 GG sich nicht auf Maßnahmen unterhalb des Verbots bezieht, die aus anderen Gründen als den dort genannten erfolgen.

Löst man sich hingegen ein wenig von diesen spezifischen Formulierungen und fragt danach, welches *positive Bild* einer Meinungsäußerung bzw. einer Vereinsbetätigung, die nicht sanktioniert oder verboten werden darf,

67 BVerfGE 149, 160 (192 f.).
68 BVerfG NVwZ 2020, 1424 (1426).
69 Zum Konkurrenzverhältnis schon oben S. 208.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

hinter den verschiedenen Anforderungen steht, erscheint der im Kennzeichenverbot angelegte Hebelmechanismus schnell problematisch. Für Art. 5 GG lässt sich ein solches Bild aus einer Zusammenschau der verschiedenen gewährleistungsspezifischen Schutzvorgaben formulieren: Nicht verboten oder sanktioniert werden dürfen Meinungsäußerungen, die in dem konkreten Kontext, in dem sie geäußert werden, als bloße Positionierung in einer öffentlichen Debatte zu verstehen sind, insbesondere wenn andere, von entgegengesetzter politischer Seite kommende Äußerungen derselben Qualität unsanktioniert bleiben. Für Art. 9 GG könnte eine parallele Umschreibung lauten: Diejenigen spezifisch vereinsbezogenen Tätigkeiten, deren Verbot zentrale Folge eines Verbots ist, dürfen einem erlaubten Verein und seinen Mitgliedern nicht verboten werden.

Dass hinter den konkreten verfassungsrechtlichen Vorgaben ein solches positives Bild steht, ist nicht selbstverständlich und nicht für alle Vorgaben gleichermaßen überzeugend. Für die Meinungsfreiheit liegt es näher als für die Vereinigungsfreiheit. Im Kontext von Art. 5 Abs. 1 GG ist der Gedanke vertrauter, dass mit dem Verbot eines Eingriffs auch die Zulässigkeit der betroffenen Meinungsäußerung gegenüber anderen Eingriffen verbunden ist. Er kommt beispielsweise in dem Verbot zum Ausdruck, nicht strafbare Äußerungen unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit wegen ihres Inhalts zu sanktionieren.[70] Deshalb stellt sich die Ausarbeitung eines positiven Gehalts der gewährleistungsspezifischen Vorgaben hier stärker als ein Weiterdenken des Bestehenden dar als bei Art. 9 Abs. 2 GG. Dessen positive Reformulierung lässt sich leichter als Erweiterung seines Anwendungsbereichs abtun, die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keine Stütze findet.

Meine Position ist, dass in beiden Fällen die gewährleistungsspezifischen Schutzbestimmungen auch in dem beschriebenen positiven Sinne verstanden werden sollten und die Hebelwirkung des Kennzeichenverbots weder in Bezug auf die Parole „From the River to the Sea" noch in Bezug auf die Kennzeichen nicht verbotener Teilvereine verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Jeweils dient das Kennzeichenverbot dazu, ein Ergebnis, das auf dem eigentlich vorgesehenen Weg nicht rechtmäßig erzielt werden kann, dennoch herbeizuführen. Weil „From the River to the Sea" als politische Positionierung typischerweise nicht strafbar ist, die Äußerung aber trotz-

70 BVerfGE 111, 147 (155). Es wird auch sichtbar, wenn das Gericht davon spricht, dass Strafnormen nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sie auch „zulässige Kritik" abschrecken (BVerfGE 93, 266 (292)).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem sanktioniert werden soll, greift man auf § 86a StGB zurück. Und weil Rockergruppierungen nicht bundesweit verboten sind oder verboten werden können, man aber trotzdem ein bundesweites Verbot ihrer Symbole will, erweitert man das Kennzeichenverbot in § 9 Abs. 3 VereinsG. In Bezug auf Rockergruppen mag einem das akzeptabel scheinen. Dass der in der Norm angelegte Mechanismus ein gefährlicher ist, wird aber deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass sie sich genauso auf politische Vereinigungen bezieht.

Strukturell interessanter als diese beiden Konstellationen ist aber die grundsätzliche Frage, die sie in Bezug auf den Umgang mit gewährleistungsspezifischen Vorgaben aufwerfen: Begreift man sie als punktuelle Einschränkungen eines Grundmodells, wonach Grundrechte lediglich *prima facie* geschützte Positionen enthalten, in die eingegriffen werden kann, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist? Oder lässt sich aus ihnen ein über ihre konkreten Formulierungen hinausgehender positiver, vielleicht nicht ausnahmsloser, aber doch gegenüber unterschiedlichen Zwecken robuster und dem jeweiligen Grundrecht eigentümlicher Schutzgehalt herausarbeiten? Ziel des Beitrags war es, am Beispiel des Kennzeichenverbots die Fruchtbarkeit dieser zweiten Sichtweise zu veranschaulichen.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Umgang mit antidemokratischen Vereinigungen: Ein Blick auf das Schweizer Mehrebenensystem

Armin Stähli

***Abstract**: Der Beitrag untersucht die Schutzmechanismen der Schweiz gegenüber antidemokratischen Vereinigungen im Kontext des föderalen Mehrebenensystems. Im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten verzichtet das schweizerische Verfassungsrecht auf Ewigkeitsklauseln, und auch dem Gesetzesrecht waren Verbotsnormen bis vor Kurzem unbekannt. Stattdessen vertraut die Schweiz bis heute weitgehend auf historisch gewachsene institutionelle Sicherungsmechanismen. Der Blick auf die bisherigen Entwicklungen – insbesondere die Reaktionen auf frontistische und kommunistische Vereinigungen in den 1930er- und 1940er-Jahren – sowie auf die jüngsten Maßnahmen gegen Organisationen wie die Hamas verdeutlicht jedoch, dass zentrale Aspekte des Schutzes der Demokratie nie eingehend diskutiert wurden. Dies betrifft insbesondere die Frage, welche Staatsebene – Bund oder Kantone – für das Verbot antidemokratischer Vereinigungen zuständig sein sollte. Der Beitrag zeigt, dass der Schweizer Rechtsstaat trotz fehlender rigider Verbotsinstrumente durch demokratische Traditionen und ein robustes institutionelles Gefüge resilient bleibt. Der Beitrag plädiert dafür, dass die Verteidigung der Demokratie klare rechtliche Rahmenbedingungen benötigt, ohne dabei die liberalen Grundwerte zu gefährden.*

I. Einführung

In Zeiten politischer Polarisierung, extremistischer Strömungen und terroristischer Anschläge mit Auswirkungen auf die demokratische, rechtsstaatliche Staatsordnung stellt sich vielerorts die Frage, wie der demokratische Rechtsstaat mit antidemokratischen Vereinigungen umgehen soll und welcher Mittel er sich zur Selbstwehr bedienen darf. Gerade mit Blick auf das – der Konferenz zugrunde liegende Leitthema – „Zukunftsverfassungsrecht" muss überdies die Frage aufgeworfen werden, wo die Grenzen liegen, ab welchen sich die Demokratie in ihrem Bestreben nach Selbstschutz selbst gefährdet.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geprägt wird die Diskussion über den Selbstschutz der Demokratie seit dem Jahr 1937 durch Karl Loewensteins Konzept der *militant democracy*.[1] Das deutsche Grundgesetz (GG) hat sich dabei zu einem zentralen Referenzpunkt entwickelt, nicht zuletzt aufgrund der historischen Erfahrungen mit der Weimarer Republik und dem Aufstieg des Nationalsozialismus.[2] Diese geschichtlichen Erfahrungen resultierten in Deutschland in der Verankerung normativer Sicherungsmechanismen, um der Auszehrung des demokratischen Systems entgegenzuwirken.[3] Insbesondere Art. 79 Abs. 3 GG bildet eine zentrale Voraussetzung für das Konzept der „wehrhaften Demokratie", in dem die Norm bestimmte Grundstrukturen jeder politischen, gesetzlichen oder verfassungsändernden Disposition entzieht.[4] Nach den faschistischen Erfahrungen verankerte auch Italien in Art. 139 seiner Verfassung von 1947, dass die „*forma repubblicana*" nicht Gegenstand einer Verfassungsrevision sein könne.[5] In ähnlicher Weise hält die Verfassung der fünften Französischen Republik in Art. 89 Abs. 5 fest, dass die „*forme républicaine du Gouvernement*" unabänderbar sei.[6]

Anders als in den meisten Nachbarstaaten erscheint das schweizerische Instrumentarium zum staatlichen Selbstschutz auf den ersten Blick äußerst rudimentär. Das Schweizer Verfassungsrecht kennt beispielsweise keine vergleichbare „Ewigkeitsklausel".[7] Die Verwendung von Begrifflichkeiten wie „wehrhafte Demokratie", „freiheitlich demokratische Grundordnung", „Brandmauern" oder gar „Feinde der Demokratie" ist im schweizerischen Diskurs unüblich. Auch bei der Schaffung spezifischer Rechtsgrundlagen zum Verbot politischer Vereinigungen hat sich die Schweiz bisher ausgesprochen schwergetan. Die Schweizerische Bundesverfassung kennt beispielsweise keine spezifischen Regelungen zu Vereinigungs- oder Parteiver-

1 *K. Loewenstein*, Militant Democracy and Fundamental Rights, American Political Science Review 1937, 417 (638 ff.).

2 *A. Sajó*, Militant Democracy and Transitions towards Democracy, in: A. Sajó (Hrsg.), Militant Democracy, Utrecht 2004, S. 209.

3 *U. Schliesky*, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 277 Rn. 2.

4 *Schliesky*, Demokratie (Fn. 3), Rn. 27.

5 *M. Dogliani/C. Pinelli*, Italien, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 1. Aufl., Heidelberg 2007, § 5, Rn. 65 ff.

6 *O. Jouanjan*, Frankreich, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 1. Aufl., Heidelberg 2007, § 2, Rn. 94 ff.

7 *G. Biaggini*, Schweiz, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, 1. Aufl., Heidelberg 2007, § 10, Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

boten. Anders als in Deutschland wird folglich in der Schweiz auch nicht zwischen Vereinsverboten und Parteiverboten unterschieden.

Die Gründe dieser Mankos liegen in den historischen Erfahrungen und werden durch den Umstand akzentuiert, dass Verbote in einem genuinen Spannungsverhältnis zu Werten wie Meinungspluralismus, demokratischer Mitgestaltung und Freiheitsrechten stehen, welche die Essenz einer liberalen Demokratie begründen. Es mag dieser Überlegung geschuldet sein, dass selbst Verbote von Organisationen, die in anderen Ländern als terroristisch eingestuft werden, lange Zeit als widersprüchlich zur Schweizer Tradition betrachtet wurden.

Dieser Beitrag widmet sich den Schutzmechanismen der Schweiz gegen antidemokratische Vereinigungen und unterzieht diese einer kritischen Analyse. Im Anschluss an diese Einleitung (I.) folgt eine Diskussion zur Relevanz des Themas (II.). Daraufhin werden die bisherigen Verbote politischer Vereinigungen durch Schweizer Behörden in den 1930er und 1940er Jahren kurz diskutiert (III.) sowie die Entwicklungen der rechtlichen Abwehrmechanismen im Kontext von Verboten terroristischer Organisationen skizziert. Dabei liegt der Fokus auf den jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Verbot der Hamas (IV.). Abschließend erfolgen Schlussfolgerungen und ein Ausblick (V.).

II. Relevanz

Demokratien sind nicht zwingend selbst-stabilisierende Ordnungen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass demokratische Strukturen im Grundsatz zur Überwindung von demokratischen Ordnungen genutzt bzw. missbraucht werden können.[8] Die Wichtigkeit, sich Fragen zum Schutz der demokratischen Staatsordnung zu stellen, ergibt sich primär aus vier Gründen:

Politische Forderungen: In den letzten Jahren wurde die Schweiz wiederholt aufgefordert, bestimmte Vereinigungen zu verbieten. Diese Forderungen kamen aus dem Parlament, von ausländischen Regierungen und aus der Öffentlichkeit. Im Zentrum solcher Debatten standen unter anderem extremistische Gruppen wie die Antifa,[9] ethno-nationalistische Orga-

8 *M. Mahlmann*, Schutz der Verfassung, in: O. Diggelmann/M. Hertig Randall/B. Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Bd. 1, Zürich 2020, S. 211.

9 Vgl. hierzu Postulat 20.3517 *Glarner* vom 4. Juni 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nisationen wie die Grauen Wölfe[10] oder politisch und religiös motivierte Vereinigungen,[11] wie insbesondere die Hamas nach den Anschlägen vom 7. Oktober 2023[12].

Rechtliche Schranken: Das Verbot von Vereinigungen berührt einen grundrechtlich sensiblen Bereich und birgt ein erhebliches Missbrauchspotenzial. Um diesen Gefahren zu begegnen, setzen die Schweizerische Bundesverfassung (BV) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) hohe Hürden an ein öffentlich-rechtliches Verbot. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat wiederholt betont, dass sich der Zustand einer Demokratie daran messen lässt, wie die nationale Gesetzgebung die Vereinigungsfreiheit schützt und die praktische Anwendung durch Behörden geregelt wird.[13]

Rechtsphilosophische Überlegungen: Die übergeordnete Grundsatzfrage lautet, wann und wie der Staat seine Demokratie und Rechtsstaatlichkeit verteidigen soll. Das Verbot von Vereinigungen ist eine der drastischsten Maßnahmen, die ein Staat zum Schutz seiner Ordnung ergreifen kann. Dieses Instrument ist jedoch problematisch, weil es die staatliche Ordnung durch die Einschränkung oder Beseitigung der Freiheit anderer aufrechterhält. Verbote politischer, religiöser oder anders gearteter Vereinigungen stehen somit in einem genuinen Spannungsverhältnis zu jenen Werten, welche in einer liberalen Demokratie gesichert werden müssen. Der Schweizer Staatsrechtsprofessor Jean-François Aubert beschrieb dieses Dilemma als „*un des paradoxes les plus dramatiques de la science du Gouvernement*"[14].

Geringe Praxis und Aufarbeitung: Die bisherigen Verbote von Vereinigungen in der Schweiz durch Bund und Kantone stammen überwiegend

10 Vgl. hierzu Interpellation 20.4354 *de la Reussille* vom 30. November 2011 sowie Interpellation 21.4252 *Rüegger* vom 30. September 2021.

11 Vgl. hierzu Motion 16.3937 *Quadri* vom 5. Dezember 2016; Interpellation 17.3385 *Portmann* vom 6. Juni 2017; Motion 17.3583 *Wobmann* vom 16. Juni 2017; Interpellation 20.4292 *Quadri* vom 30. Oktober 2020; und Parlamentarische Initiative 20.489 *Marchesi* vom 16. Dezember 2020.

12 Vgl. hierzu Motion 23.4312 SiK-N vom 10. Oktober 2024 sowie Motion 23.4329 SiK-S vom 27. Oktober 2024; zuvor bereits Postulat 17.3309 *Imark* vom 4. Mai 2017 und Parlamentarische Initiative 21.478 *Reimann* vom 18. Juni 2021.

13 Vgl. EGMR 12.4.2011 – 12976/07, Rn. 75 – *Republikanische Partei Russlands/Russland*; EGMR 10.6.2010 – 302/02, Rn. 100 – *Zeugen Jehovas Moskau/Russland*; EGMR 8.10.2009 – 37083/03, Rn. 52 – *Tebieti Mühafize Cemiyyeti u. Israfilov/Aserbaidschan*; EGMR 20.10.2005 – 74989/01, Rn. 34 – *Ouranio Toxo ua/Griechenland*.

14 *J.-F. Aubert*, Traité de Droit Constitutionnel Suisse, Volume II, Neuchâtel 1967, Rn. 2153.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus den Krisenzeiten der 1930er und 1940er Jahre und sind quantitativ relativ überschaubar. Die wissenschaftliche Aufarbeitung dieser Verbote ist jedoch spärlich und wurde bislang nur punktuell von Behörden und Historikern in Angriff genommen. In der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts finden sich kaum entsprechende Entscheide, und auch in der juristischen Literatur fristete das Thema bis vor Kurzem ein Schattendasein.[15]

III. Rechtshistorischer Rückblick

1. Die Fronteninitiative als Weckruf

Die Schweizer Verfassungsordnung blieb seit der Gründung des modernen Bundesstaates im Jahre 1848 vergleichsweise stabil. Beigetragen zur Aufrechterhaltung dieses Gefüges haben – ganz nach dem Vorbild der „Schwesterrepublik" USA – der Dualismus von Bund und Gliedstaaten, der Grundrechtskatalog und das Zweikammerparlament.[16] Im Gegensatz zu den amerikanischen Gründungsvätern schreckte der Schweizer Verfassungsgeber jedoch vor einem starken Präsidialamt zurück und institutionalisierte stattdessen eine siebenköpfige Kollegialregierung. Angeknüpft wurde damit an die kollegialen Regierungssysteme von einigen radikalen Kantonen, an das helvetische Direktoralsystem sowie an die französischen Direktorien des späten 18. Jahrhunderts.[17] Aufgrund der Verteilung der Regierungsmacht auf die Schultern von sieben Personen wurde die Schweizer Exekutive (d.h. der Bundesrat) bewusst geschwächt. Diese „Hydra helvetischer Prägung"[18] half bislang mit, die Machtergreifung einer antidemokratischen Partei, geschweige denn einer einzelnen Person, zu verhindern.

---

15 Kürzlich immerhin *A. Stähli*, Das Verbot von „staatsgefährlichen" Vereinigungen unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Praxis, Zürich/St. Gallen 2022; *J. Fellmann*, Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht: Verfassungsrechtliche Voraussetzungen und Rechtsgrundlagen, Zürich 2023.

16 *A. Kley*, Geschichtliche Einleitung, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023, Rn. 26.

17 *A. Stöckli*, Bundesrat und Bundesverwaltung, in: O. Diggelmann/M. Hertig Randall/B. Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Bd. 3, Zürich 2020, S. 100.

18 *F. Uhlmann*, Die Zersetzung des Rechts, Neue Zürcher Zeitung vom 17. Juni 2024, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Von zentraler Bedeutung für die Stabilität war und bleibt überdies die Möglichkeit, politische Konflikte in verfassungsrechtlichen Verfahren auszutragen.[19] Die Schweizer Verfassungsväter erkannten, dass die Ursache der meisten Revolutionen in allzu hohen Hürden der Verfassungsänderung lag. Deshalb sollte die Revision der Schweizerischen Bundesverfassung erleichtert und eine Kultur der „permanenten Verfassungsrevision"[20] geschaffen werden. Das Resultat ist der weitgehende Verzicht auf inhaltliche und zeitliche Revisionsschranken und damit einhergehend ein breit akzeptierter, für weite Gesellschaftskreise auch identitätsstiftender Charakter des Verfassungstextes.[21]

Zweifelsohne wurde die demokratische Ordnung der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert zahlreichen Bewährungsproben ausgesetzt. Zu erinnern ist beispielsweise an den Neuenburger Handel (1859), die Grenzbesetzung während des Deutsch-Französischen Krieges (1870/71) oder an den Generalstreik (1918). Erwähnt werden müssen auch die Entsendungen eidgenössischer Kommissäre in den Kanton Tessin (1870 und 1876) sowie die bewaffneten eidgenössischen Interventionen ebenda (1889 und 1890).[22] Politische Gruppierungen vermochten indes nie einen politischen Umsturz herbeizuführen. Auch auf anderen Wegen gelang es antidemokratischen Kräften bislang nicht, substanziell und über längere Zeit hinweg politischen Einfluss zu gewinnen.

Das kritischste Momentum für den demokratischen, rechtsstaatlichen Charakter der Schweizerischen Eidgenossenschaft kam Mitte der 1930er-Jahre, als zur Debatte stand, ob die liberale Verfassungsordnung durch ein autoritäres System ersetzt werden sollte. Die damaligen Vorkommnisse müssen im historischen Kontext verstanden werden und können hier nur lückenhaft wiedergegeben werden. Im Nachgang zur Weltwirtschaftskrise und der Machtergreifung der Nationalsozialisten in Deutschland gab es nämlich auch in der Schweiz Bestrebungen, die ihre Sympathien für die Etablierung eines autoritären Regimes nicht verheimlichten. Die „Na-

19 *K. Ehrenzeller/B. Ehrenzeller*, Vorbemerkungen zur Verfassungsrevision, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023, Rn. 7.

20 *S. G. Schmid*, „Constitutio semper reformanda": permanente Verfassungsrevision als wahre Zauberformel der Schweiz? Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2020, S. 639 ff.

21 *W. Burckhardt*, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Zürich 1944, S. 213.

22 *R. P. Müller*, Innere Sicherheit Schweiz: Rechtliche und tatsächliche Entwicklungen des Bundes seit 1848, Egg bei Einsiedeln 2009, S. 134 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

tionale Tatgemeinschaft", eine Gruppierung bestehend aus verschiedenen frontistischen Organisationen, reichte am 5. September 1934 eine Initiative zur Totalrevision der Bundesverfassung (sog. „Fronten-Initiative") ein.[23] Die Front fühlte sich durch die Machtergreifung faschistischer Regime in Europa gestärkt und erhoffte sich bei Neuwahlen nach der Totalrevision Wahlgewinne.[24] Im Grundsatz strebten diese Kreise eine Staatsorganisation an, die sich insbesondere am deutschen „Führerprinzip" orientierte, weshalb die „Fronteninitiative" im Wesentlichen darauf abzielte, die liberale Verfassung von 1874 abzuschaffen und einen autoritären Ständestaat zu etablieren.[25]

Am 8. September 1935 wurde die Totalrevision von Volk und Ständen jedoch deutlich verworfen.[26] Im Endergebnis lehnten 72.3 % der Stimmberechtigten die Vorlage ab. Eine Mehrheit erzielte die Vorlage lediglich in den mehrheitlich katholisch geprägten Kantonen Obwalden, Fribourg, Appenzell-Innerrhoden und Wallis. In der Folge erlitten rechtsextrem-frontistische Gruppierungen eine schwere Niederlage, von der sich die Bewegung nicht mehr erholte.[27]

Mittels Totalrevision hätte die Schweiz also über formell makelloses Verfassungsrecht in eine Diktatur abrutschen können. Für den demokratischen Rechtsstaat hätte ein Erfolg dieses Vorhabens drastische Folgen gehabt. Im Sinne eines Weckrufes erlaubte das Verfahren immerhin, das bestehende System zu hinterfragen und neue Organisationsformen offen zur Debatte zu stellen. Rückblickend scheinen die Gebärde des faschistischen Italiens und des nationalsozialistischen Deutschen Reichs so abschreckend gewesen zu

23 Vgl. Bericht des Bundesrates vom 8. November 1934 an die Bundesversammlung über das Volksbegehren auf Totalrevision der Bundesverfassung (BBl 1934 III 593) und Bundesbeschluss vom 20. Dezember 1934 betreffend das Volksbegehren auf Totalrevision der Bundesverfassung (BBl 1934 III 877).

24 Die Initiative kam am 8. November 1934 zustande (vgl. BBl 1934 III 593); vgl. auch *A. Kley*, Verfassungsgeschichte der Neuzeit: Großbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, Bern 2020, S. 320 ff.; *A. Kölz*, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004, S. 760.

25 *F. Hafner*, Die neue Bundesverfassung im Kontext der Verfassungen, Entwürfe und Reformversuche seit 1798, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 120/2001, I. Halbband, S. 33; *F. Schiller*, Die Volkswahl des Bundesrates seit 1848: Ein staatsrechtliches Problem zwischen direkter Demokratie, Parlamentarismus, Föderalismus und dem Schutz von Minderheiten, Zürich 2021, S. 131 f.

26 Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 1935 an die Bundesversammlung über das Ergebnis der Volksabstimmung über das Initiativbegehren auf Totalrevision der Bundesverfassung (BBl 1935 II 446).

27 *Kley*, Verfassungsgeschichte (Fn. 24), S. 321.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sein, dass die Mehrheit der damaligen Stimmbevölkerung und der Kantone es vorzog, bei der überlieferten Staatsform zu bleiben.[28]

2. Maßnahmen zur Einschränkung politischer Tätigkeiten

Das klare Bekenntnis zur demokratischen Staatsform führte in der Krisenzeit der 1930er und 1940er Jahre zu einer komplexen, bislang nur spärlich aufgearbeiteten Verbotspraxis gegenüber rechts-nationalistischen und kommunistischen Gruppierungen. Es muss darauf hingewiesen werden, dass die Maßnahmen des Bundes oft erst erfolgten, nachdem Kantone bereits Schritte gegen entsprechende Personen und Vereinigungen ergriffen haben, weshalb sich Kantone – auch aufgrund des kompetenzrechtlichen Spielraums im Bereich des Vereinswesens – zu veritablen „Experimentierlaboren" entwickelten.[29]

Die Verbote folgten diversen Maßnahmen, welche darauf abzielten, den Einfluss gewisser politischer Gruppierungen abzuschwächen. Eine erste solche Maßnahme stellte der Ausschluss von Abgeordneten aus parlamentarischen Verhandlungen dar. Am 8. Juni 1933 wurde etwa das Geschäftsreglement des Nationalrates um einen Art. 9bis ergänzt, wonach Mitglieder des Rates, die ihren Eid oder ihr Gelübde schwer verletzten, für eine vom Rat bestimmten Dauer von den Verhandlungen ausgeschlossen werden konnten.[30] Gleichentags wurde der Genfer Nationalrat Léon Nicole (Sozialdemokratische Partei, ab 1939 *Fédération socialiste suisse*), der am Vortag wegen schwerer Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung im Zusammenhang mit den Genfer Unruhen von 1932 zu einer sechsmonatigen Gefängnisstrafe verurteilt worden war,[31] wegen schwerer Verletzung seines Gelübdes für die Dauer der laufenden Session sowie für die nächste Session von den Verhandlungen des Nationalrates ausgeschlossen.[32]

Eine zweite Maßnahme zielte auf die Einschränkung politischer Versammlungen ab. Einzelne Kantone verfügten solche Einschränkungen be-

28 *Kley*, Verfassungsgeschichte (Fn. 24), S. 321.
29 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 83 ff. und 243 ff.
30 StenBull NR 1933 II 301–312.
31 Vgl. *A. Lasserre/B. Studer*, Sous l'œil de Moscou: le Parti communiste suisse et l'Internationale, 1931–1943, Zürich 1996, S. 17.
32 StenBull NR 1933 II 312–314.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

reits ab den frühen 1930er Jahren.[33] Ab dem Sommer 1940 wurden die Kontrollen über politische Versammlungen auch auf Stufe Bund verschärft.[34] Beispielsweise wurden für alle öffentlichen und geschlossenen politischen Versammlungen sowie für Umzüge und öffentliche Kundgebungen eine Anmeldepflicht eingeführt. Primärer Zweck dieser Maßnahmen war das Unterbinden von Äußerungen, welche die innere oder äußere Sicherheit gefährden konnten.[35]

Eine dritte Maßnahme stellte der Ausschluss bestimmter Personen aus staatlichen Organen dar. Nachdem bereits auf kantonaler Stufe Kommunisten und Frontisten aus Parlamenten[36] und Verwaltungsbehörden[37] ausgeschlossen wurden, beschäftigten sich ab dem Spätjahr 1940 auch die Bundesbehörden mit entsprechenden Maßnahmen. Ein Bundesratsbeschluss vom 26. November 1940 sah vor, dass Kommunisten nicht mehr Mitglied

33 Allgemein *K. Fleischmann*, Das Recht der öffentlichen Versammlung in der Schweiz, Schweizerische Juristen-Zeitschrift (SJZ) 32/1936, 193 ff.; zum Rekurs des „Aktionskomitees für die sozialdemokratische Landsgemeinde", welche eine Veranstaltung „gegen den Fascismus und für die sozialistische Schweiz" abhalten wollte, sowie zum ablehnenden Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 21. November 1933 siehe *N. N.*, Polizeiwesen, ZBl 1933, 204 ff. und ZBl 1935, 254 ff.; zur Beschwerde der „Nationalen Front" betreffend Verbot eines Fackelzuges durch Zürich und der Abweisung durch das Bundesgericht vom 3. April 1935 siehe *N. N.*, Polizeiwesen, ZBl 1935, 411 ff.; zum Rekurs der Kantonalleitung Basel der Kommunistischen Partei Schweiz betreffend Verbot von Wahlpropagandaumzügen und die Ablehnung durch den Regierungsrat siehe *N. N.*, Polizeiwesen, ZBl 1936, 138 f.; zur Beschwerde der kommunistischen Partei der Stadt Lausanne betreffend unbefristetes Verbot öffentlicher Versammlungen auf dem Waadtländer Kantonsgebiet und der Abweisung durch das Bundesgericht vom 22. Dezember 1937 siehe *E. G.*, Polizeiwesen, ZBl 1938, 50 f.; zum Rekurs der rechtsextremen „Union Nationale Neuchâteloise" betreffend Verbot von öffentlichen Versammlungen und der Abweisung durch das Bundesgericht am 18. Februar 1938 siehe *E. G.*, Polizeiwesen, ZBl 1938, 172 f.

34 Vgl. Bundesratsbeschluss vom 9. Juli 1940, AS 56 1171.

35 Dritter Vollmachtenbericht, BBl 1940 I 1196 (1208).

36 Zum Ausschluss von vier kommunistischen und 27 sozialistischen Abgeordneten aus dem Genfer *Grand Conseil* in den Jahren 1940 und 1941 vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 230; zum Ausschluss eines Vertreters der „Nationalen Opposition" aus dem Grossen Rat des Kantons St. Gallen im Jahre 1943 vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 216; zum Ausschluss von vier Nationalräten der *Fédération socialiste suisse* 1941 vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 230.

37 Zur Beschwerde eines kommunistischen Lehrers aus Solothurn wegen Einstellung der Lehrertätigkeit und dem ablehnenden Entscheid des Bundesgerichtes vom 15. Januar 1937 siehe *E. G.*, Beamtenrecht, ZBl 1937, 219 ff.; zur Beschwerde der „Nationalen Front" betreffend Ausschluss vom öffentlichen Dienst und Ablehnung durch das Bundesgericht vom 17. November 1939 siehe *E. G.*, Beamtenrecht, ZBl 1940, 89 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sein durften.[38] Welche Organisationen als kommunistisch galten, verfügte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) in einer Verfügung vom 27. Januar 1941.[39] Bemerkenswert ist, dass nicht nur Mitgliedern von aufgelösten oder designierten kommunistischen Organisationen, sondern allen Bürgern, die „nach ihrer Tätigkeit oder Gesinnung als Kommunisten bekannt" waren, die Mitgliedschaft in staatlichen Behörden untersagt wurde.[40]

3. Typologisierung der Parteienverbote

In diesem Spannungsfeld begannen in den 1930er Jahren diverse Kantone, kommunistische und frontistische Gruppierungen zu verbieten. Bei der Analyse, welche Behörden wann welche Vereinigungen verboten, zeigen sich große Unterschiede, insbesondere in Bezug auf die Organ- und die Verbandskompetenz.

a) Organkompetenz

Bezüglich der Frage, welches Organ für das Verbot einer Vereinigung zuständig sein sollte, bildeten sich auf Stufe Kanton innerhalb kurzer Zeit drei unterschiedliche Systeme: So lag die Zuständigkeit, über das Verbot bestimmter Vereinigungen zu befinden, teilweise bei der Regierung (Kantone Waadt, Neuenburg und Zürich) und teilweise beim Parlament (Kanton Schwyz). Eine dritte Form war die Kombination dieser beiden Systeme. Solche Mischformen charakterisierten sich durch die Verbotskompetenz des Parlamentes, das allerdings erst auf Antrag der Regierung über ein

38 Protokoll des Bundesrates vom 26. November 1940, 1893.

39 AS 1941 57, 79; wiedergegeben in *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 229.

40 Vierter Vollmachtenbericht, BBl 1941 I 373 (387); zum Rekurs von neun Mitgliedern der kommunistischen Fraktion im Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt und zur Ablehnung durch das Bundesgericht vom 31. Januar 1941 siehe *N. N.*, Staatsrecht, ZBl 1941, 182 ff.; zur Beschwerde von fünf Bediensteten des Kantons Basel-Stadt, die zunächst der kommunistischen Partei und später den „Linksunabhängigen" angehörten, und zur Abweisung durch den Bundesrat vom 10. Oktober 1941 siehe *N. N.*, Basel-Stadt, ZBl 1941, 473 ff.; zum Rekurs einer parteilosen, aber als Kommunist bekannter Person wegen Unzulässigkeit der Kandidatur für die Kantonsregierung von Basel-Stadt und das Nichteintreten des Verwaltungsgerichtes vom 11. März 1941 siehe *N. N.*, Wahlrecht, ZBl 1941, 240.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konkretes Verbot befinden konnte (Kantone Genf und Uri). Der Einbezug eines Gerichtes war indes in keinem Kanton vorgesehen. Immerhin war es Betroffenen aber im Kanton Waadt möglich, den Rechtsweg zu beschreiten.[41]

Auf Stufe Bund erließ in den 1930er und 1940er Jahren ausschließlich der Bundesrat Beschlüsse, welche nicht nur zum Verbot, sondern gleich zur Auflösung zahlreicher Vereinigungen führten. Diese bundesrätliche Kompetenz war dem Vollmachtenbeschluss von 1939 geschuldet, mit dem das Parlament der Regierung die Vollmacht erteilte, die erforderlichen Maßnahmen zur Behauptung der Sicherheit und Neutralität der Schweiz zu treffen.[42]

b) Verbandskompetenz

In Bezug auf die Verbandskompetenz lässt sich Folgendes festhalten: Recherchen in den kantonalen Staatsarchiven haben verdeutlicht, dass einige Kantone Verbote von Vereinigungen in ihren Verfassungen, in kantonalen Gesetzen oder mittels Verordnungen regelten. Primärer Grund für die unterschiedlichen Normstufen war das kantonale Staatsrecht. Die Mehrheit der Kantone hingegen sah aus sicherheitspolitischen oder kompetenzrechtlichen Gründen von Verboten politischer Vereinigungen ab.[43] Der Bund löste Vereinigungen ausschließlich gestützt auf das damalige Notrecht auf und reagierte damit auf die Dynamik, welche sich zuvor in den Kantonen entwickelt hatte.[44]

Der Bund konnte die kantonalen Entwicklungen nicht ignorieren. Bereits Ende der 1930er Jahre stellte sich der Bundesrat die Frage, ob eine einheitliche Bundesregelung nicht angezeigt wäre. Im Laufe der Kriegsjahre intensivierten zudem mehrere Kantone die Forderung nach gesamtschweizerischen Verboten kommunistischer und frontistischer Vereinigungen. Unter Berücksichtigung allfälliger außenpolitischer Implikationen griff der Bund ab 1940 rigoros durch und löste bis Kriegsende 29 frontistische und 16 kommunistische Vereinigungen auf.[45]

41 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 83 ff.
42 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 183 ff. und 246 ff.
43 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 83 ff.
44 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 183 ff.
45 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 183 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Bundesrat stützte sich bei der Auflösung der einschlägigen Vereinigungen ausschließlich auf polizeiliches Notverordnungsrecht, welches weder einem Referendum unterstellt war noch Rekursmöglichkeiten vorsah. Sowohl bezüglich des Rechtsschutzes als auch in Bezug auf die demokratische Legitimierung waren einige der kantonalen Verbote daher wesentlich vorteilhafter als das rigide Vorgehen des damaligen Bundesrates.[46]

4. Zwischenfazit

Das unterschiedliche Vorgehen der Kantone in Bezug auf politische Verbote hatte primär zwei Ursachen: Zum einen schätzten die Kantone die Bedrohungslage unterschiedlich ein, da rechtsextreme und kommunistische Gruppierungen nicht überall gleichermaßen aktiv waren und das Gefahrenpotenzial in den verschiedenen Kantonen unterschiedlich bewertet wurde. Da kantonale Instanzen näher am Geschehen waren, entwickelten sie ein besseres Sensorium für die notwendigen Maßnahmen, als dies den Bundesbehörden möglich gewesen wäre. Zudem verfügten die Kantone über deutlich mehr personelle Ressourcen als der Bund, was für das unterschiedliche Vorgehen ebenfalls eine maßgebliche Rolle spielte.[47]

Zum anderen zeigen Archivquellen, dass sich in den 1930er Jahren in vielen Kantonen Unzufriedenheit über die Untätigkeit der Bundesbehörden breit machte. Diese Frustration spiegelte sich in zahlreichen politischen Vorstößen in kantonalen Parlamenten wider. Besonders bemerkenswert ist, dass der Impuls für kantonale Verbotsmaßnahmen oft aus der Bevölkerung kam. Das Mittel der Volksinitiative diente hierbei als „politisches Ventil", das es ermöglichte, in kurzer Zeit ein Vielfaches der erforderlichen Unterschriften für Verbotsgesetze zu sammeln.[48] Insgesamt führten der verfassungsrechtliche Spielraum und der politische Druck dazu, dass die Kantone in den 1930er und 1940er Jahren eine weitaus bedeutendere Rolle in der Verbotspolitik einnahmen, als dies bisher in der Geschichtsschreibung anerkannt wurde.[49]

46 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 639.
47 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 260.
48 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 261.
49 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 262.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Entwicklungen im Abwehrdispositiv

1. Entwicklungen in den 1990er Jahren

In der Nachkriegszeit waren Überlegungen zum Verbot antidemokratischer Vereinigungen, trotz des Kalten Krieges, selten. Zwar wurde in den 1950er Jahren erwogen, die aus der Kommunistischen Partei der Schweiz hervorgegangene Partei der Arbeit (PdA) aufgrund ihrer Verbindungen zu kommunistischen Parteien im Ostblock zu verbieten, doch die Bundesanwaltschaft sprach sich aus polizeilichen Gründen entschieden gegen ein entsprechendes Verbot aus.[50]

Erst in den 1990er Jahren rückte die Thematik von Vereinsverboten durch ein Gesetzgebungsprojekt sowie eine Häufung politischer Vorstöße wieder in den Fokus. Im Rahmen der Diskussion zum Bundesgesetz zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) wurde die Idee eines generell-abstrakten Organisationsverbots kurz erörtert. Der damalige Justizminister sprach sich jedoch entschieden gegen die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung aus. Auch in verschiedenen politischen Vorstößen der 1990er Jahre wurden Verbote gefordert, jedoch ausschließlich im Kontext der Terrorismusbekämpfung – etwa gegen die PKK[51], die Tamil Tigers[52] oder die UÇK[53]. Der Bundesrat lehnte solche Forderungen konsequent ab, insbesondere mit der Begründung, dass Verbote schwer durchsetzbar seien, dazu führten, dass Organisationen in den Untergrund abgedrängt würden, und im Widerspruch zur schweizerischen Tradition stünden.[54]

2. Entwicklungen seit dem 11. September 2001

Die Anschläge vom 11. September 2001 und die Reaktion der internationalen Staatengemeinschaft verdeutlichten, dass der Bund auch im 21. Jahrhundert über keine Rechtsgrundlage verfügte, um Organisation wie die Al-Qaïda zu verbieten. In der Folge konnte die Organisation über ein

50 *G. Kreis*, Staatsschutz in der Schweiz, Die Entwicklung von 1935–1990, Bern 1993, S. 264.
51 Vgl. hierzu Interpellation 93.3556 *Büttiker* vom 30. November 1993.
52 Vgl. hierzu die Motionen 94.3334 *Bischof* vom 19. September 1994 und 94.3397 *Moser* vom 4. Oktober 1994.
53 Vgl. hierzu die Motion 99.3519 *Freund* vom 7. Oktober 1999.
54 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 239 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jahrzehnt lang nur mittels verfassungsmäßigen Notrechts verboten werden. Zunächst geschah dies gestützt auf notrechtliche Verordnungen der Regierung,[55] später mit parlamentarischem Notrecht[56]. Aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen musste das Verbot bei jeder Verlängerung befristet werden.[57] Dies hat in der Wissenschaft teilweise zur berechtigten Frage geführt, ob der Bundesrat in einer „Notrechts-Falle" gefangen war.[58] Abhilfe sollte im Jahr 2015 ein dringliches „Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen ‚Al-Qaïda' und ‚Islamischer Staat' sowie verwandter Organisationen"[59] (AQ/IS-Gesetz) schaffen, das allerdings ebenfalls befristet und bis Ende 2022 mehrfach verlängert werden musste. Das Gesetz sah vor, dass die Verfolgung bestimmter, im Gesetz statuierter Handlungen der Bundesgerichtsbarkeit unterstand (Art. 2 Abs. 3).

Eine längerfristige Lösung sollte das Nachrichtendienstgesetz (NDG)[60] bieten, in dem erstmals eine generell-abstrakte Norm für Verbote von gewalttätig-extremistischen oder terroristischen Organisationen und Gruppierungen verankert wurde (Art. 74 NDG). Der entsprechende, erst in der parlamentarischen Beratung eingebrachte Passus war jedoch derart mangelhaft ausformuliert, dass dessen Revision bereits eingeleitet werden musste, bevor das Gesetz am 1. September 2017 in Kraft trat. Insbesondere beinhaltete die ursprüngliche Version von Art. 74 NDG keinen Verweis auf die Bundeszuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung entsprechender Straftaten. Folglich war es für Kantone auch weiterhin möglich, kantonale Organisationsverbote zu verfügen.[61]

Seit Inkrafttreten des revidierten Art. 74 Abs. 6 NDG am 1. Juli 2021 hat sowohl das Verfügen von Verboten als auch die Verfolgung entsprechender Straftaten ausschließlich durch Bundesbehörden zu erfolgen. Kantonale Verbote von Organisation oder Gruppierung, welche mittelbar oder unmittelbar terroristische oder gewalttätig-extremistische Aktivitäten propagieren, unterstützen oder in anderer Weise fördern und damit die innere oder

55 AS 2001 3040.
56 AS 2012 1.
57 Art. 7*d* Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).
58 *G. Biaggini*, „Ausserordentliche Umstände" – oder: Gefangen in der „Notrechts-Falle"?, ZBl 2012, S. 109 f.
59 AS 2014 3255.
60 AS 2017 4095.
61 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 478.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

äußere Sicherheit konkret bedrohen, sind seither nicht mehr möglich.[62] Diese Regelung mag zur Verhinderung einer Rechtszersplitterung sinnvoll erscheinen, wurde jedoch im Rahmen der Revisionsarbeiten verfassungsrechtlich unzureichend begründet.[63]

3. Entwicklungen seit dem 7. Oktober 2023

a) Hintergrund

Die Schwierigkeit der Schweiz, eine Vereinigung, die in zahlreichen Staaten als terroristisch eingestuft wird, zu verbieten, zeigte sich zuletzt infolge der Anschläge der Hamas vom 7. Oktober 2023. Bereits drei Tage nach dem Angriff reichte die Sicherheitspolitische Kommission des Nationalrates (SiK-N) einstimmig eine Kommissionsmotion[64] ein, welche den Bundesrat beauftragte, die Hamas zu verbieten. Der Nationalrat nahm diese Motion am 19. Dezember 2023 an.[65] Auch die Sicherheitspolitische Kommission des Ständerates (SiK-S) reichte am 27. Oktober 2023 einstimmig eine gleichlautende Motion[66] ein, welche der Ständerat am 12. Dezember 2023 annahm.[67] Parallel zu diesen parlamentarischen Vorstößen begann die Bundesverwaltung an der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs.

b) Vorentwurf

Am 10. Oktober 2023 beauftragte das Generalsekretariat des EJPD das Bundesamt für Justiz (BJ), eine grobe Auslegeordnung betreffend mögliche Rechtsgrundlagen für Maßnahmen gegenüber der Hamas vorzunehmen.[68] Noch gleichentags erfolgten erste Einordnungen zum nachrichtendienstlichen Organisationsverbot (Art. 74 NDG), zur Möglichkeit eines Verbotes gestützt auf verfassungsrechtliches Notrecht (Art. 184 Abs. 3 und Art. 185

62 Vgl. AS 2021 360; BBl 2018 6427.
63 Vgl. *Stähli*, Verbot (Fn. 15), Rn. 616 f. und 633 ff.
64 Vgl. hierzu Motion 23.4312 *SiK-N* vom 10. Oktober 2023; Medienmitteilung der SiK-N vom 10. Oktober 2023.
65 AB 2023 N 2472.
66 Vgl. hierzu Motion 23.4329 *SiK-S* vom 27. Oktober 2023; Medienmitteilung der SiK-S vom 27. Oktober 2023.
67 AB 2023 S 1154.
68 E-Mail-Korrespondenz zwischen dem GS-EJPD und dem BJ vom 10. Oktober 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 3 BV) sowie zu politischen Deklarationen (Art. 184 Abs. 1 BV), wobei betont wurde, dass die Wahl der Rechtsgrundlage davon abhängig sei, welche konkreten Maßnahmen ergriffen werden sollen.[69] Schon damals zeigte sich, dass bei der geltenden Rechtslage ein Verbot der Hamas gestützt auf Art. 74 NDG nicht erfolgen konnte. Eine zentrale Voraussetzung – ein Verbots- oder Sanktionsbeschluss der Vereinten Nationen (Art. 74 Abs. 2 NDG) – lag nämlich nicht vor.

Nach seiner Sitzung vom 11. Oktober 2023 beschloss der Bundesrat, die vom Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) eingesetzte Taskforce Naher Osten (TFNO) zu einer Taskforce des Bundesrates zu erweitern.[70] In diesem Setting wurde ein Aussprachepapier erstellt, in welchem die rechtlichen Grundlagen für ein Verbot der Hamas zusammengetragen wurden.[71] Auf dieser Grundlage beschloss der Bundesrat am 22. November 2023, dem Parlament einen neuen Gesetzesentwurf über das Verbot der Hamas zu unterbreiten. Vor diesem Hintergrund beauftragte die Exekutive das EJPD und das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS), in Zusammenarbeit mit dem EDA bis Ende Februar 2024 einen Entwurf für ein Bundesgesetz auszuarbeiten.[72]

Bis Ende des Jahres 2023 erarbeiteten diese Behörden einen ersten Vorentwurf zu einem Verbotsgesetz. Gemäß Art. 1 Abs. 1 sollten die Hamas (Bst. a) sowie Tarn- und Nachfolgeorganisationen der Hamas, Organisationen und Gruppierungen, die in Führung, Zielsetzung und Mittel mit der Hamas übereinstimmten, sowie Organisationen und Gruppierungen, die im Auftrag oder im Namen der Hamas handeln (Bst. b), verboten werden. Art. 1 Abs. 2 des Vorentwurfes sah vor, dass der Bundesrat weitere mit der Hamas verwandte Organisationen und Gruppierungen verbieten konnte, welche mittelbar oder unmittelbar terroristische oder gewalttätig-extremistische Aktivitäten propagieren, unterstützen oder in anderer Weise fördern und damit die innere oder äußere Sicherheit konkret bedrohen. Art. 2 enthielt eigenständige Strafbestimmungen und hielt in Abs. 4 fest, dass die Ver-

69 E-Mail-Korrespondenz zwischen dem BJ und dem GS-EJPD vom 10. Oktober 2023.
70 Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. Oktober 2023, „Der Bundesrat verurteilt die Terroranschläge der Hamas gegen Israel und stärkt seine Handlungsfähigkeit".
71 E-Mail-Korrespondenz zwischen dem EDA und der BA, dem BJ und fedpol vom 17. Oktober 2023.
72 Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. November 2023, „Der Bundesrat beschliesst ein Verbot der Hamas per Bundesgesetz".

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

folgung und Beurteilung der Strafhandlungen der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen.[73]

c) Ämterkonsultation

Dieser Vorentwurf wurde zusammen mit dem Entwurf zum Bundesratsantrag, dem Entwurf zum Bundesratsbeschluss sowie dem Entwurf zum erläuternden Bericht zwischen dem 3. und 24. Januar 2024 in eine Ämterkonsultation geschickt. Im Rahmen dieser Rückmeldungen wurden bereits zahlreiche Änderungswünsche postuliert, welche die Grundproblematik der Verbotspraxis widerspiegeln.

Seitens EDA wurden insbesondere die Ausführungen über die Auswirkungen auf die Außenpolitik ergänzt, um im Ingress den Verweis auf Art. 54 BV begründen zu können. Zudem wurden Präzisierungen bei der Ausnahmeregelung für humanitäre Dienste gefordert.[74] Aus Sicht des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) waren die Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Außenpolitik „total unzureichend" und der Bundesratsantrag weder ausgewogen noch sachlich.[75]

Kritische Rückmeldungen kamen auch aus dem VBS: Der vom Bundesamt für Polizei (fedpol) vorgeschlagene Gesetzesentwurf sei „zu weit gefasst" und führe zu „Unklarheiten", monierte das Verteidigungsdepartement. Das VBS befürchtete insbesondere, dass das Gesetz dahingehend interpretiert werden könnte, dass auch Organisationen wie die Hisbollah-Milizen, die dem Iran nahestehen, sowie andere Akteure in der Region als verbotene Organisationen eingestuft werden könnten. Dieses Vorgehen könnte zu diplomatischen Verstimmungen führen, weshalb das VBS die Doppelunterschrift zur damaligen Entwurfsfassung zu verweigern gedachte.[76]

Das BJ bemerkte unter anderem, dass die spezialgesetzliche Strafbestimmung gegenüber dem Strafgesetz Abgrenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten mit sich bringen könnte. Zur Klärung der Frage, ob die Hamas eine terroristische Organisation sei oder nicht, sei eine zusätzliche Strafbestimmung nicht notwendig. Es stelle sich daher die Frage, ob anstelle der Strafbestimmung in Art. 2 des Vorentwurfs nicht auf Art. 260ter StGB

73 Vorentwurf zum Bundesgesetz über das Verbot der „Hamas" sowie verwandter Organisationen (undatiert).
74 E-Mail-Korrespondenz zwischen dem EDA und fedpol vom 24. Januar 2024.
75 E-Mail-Korrespondenz zwischen dem GS-EDI und fedpol vom 24. Januar 2024.
76 E-Mail-Korrespondenz zwischen dem GS-VBS und fedpol vom 24. Januar 2024.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verwiesen werden könne. Mit dieser Variante könnte ein Rechtsbegriff des Kernstrafrechts („kriminelle oder terroristische Organisation") konkretisiert werden.[77] Der Gesetzgeber könnte sich hierzu auf die Bundeskompetenz im Gebiet des Strafrechts stützen (Art. 123 BV). Allerdings bestünde die Gefahr, dass die Schweiz unter politischen Druck geraten könnte, weitere Gruppierungen durch eine Ergänzung von Art. 1 als Organisation i.S.v. Art. 260ter StGB zu definieren und das Gesetz so nach und nach die Form einer „Terrorliste" – ein Instrument, das der Schweiz bislang fremd ist – annehmen könnte.[78]

d) Vernehmlassung

Im Rahmen der Bereinigungsarbeiten wurde der Vorentwurf massiv gekürzt und bestand nunmehr noch aus zwei Artikeln. Einem Art. 1, welcher die Hamas sowie Tarn- und Nachfolgeorganisationen verbot sowie diese Organisationen als „terroristische Organisation" i.S.v. Art. 260ter StGB designierte, und einem Art. 2, der das Referendum, das Inkrafttreten und die Geltungsdauer regelte. Eine Bestimmung über die Bundesgerichtsbarkeit war – aus nicht nachvollziehbaren Gründen – nicht mehr enthalten.

Gestützt auf diesen abgekürzten Entwurf wurde zwischen dem 21. Februar bis am 28. Mai 2024 eine Vernehmlassung durchgeführt. Rückmeldungen kamen von Kantonen (26), Parteien (7), gesamtschweizerischen Dachverbänden (1), der Bundesanwaltschaft und den Gerichten (4), weiteren Organisationen (23) und Privatpersonen (3).[79] Die Rückmeldungen der Kantone und Parteien fielen mehrheitlich positiv aus. Gegen den Gesetzesentwurf sprachen sich indes verschiedene Organisationen aus dem Bereich der Entwicklungszusammenarbeit aus, insbesondere aufgrund der Befürchtung, ihre Tätigkeit würde strafbar und somit verunmöglicht werden. Weitere Nichtregierungsorganisationen vertraten die Auffassung, dass mit dem vorgeschlagenen Gesetz rechtsstaatliche Grundsätze verletzt würden. Insbesondere würde der Gesetzesentwurf einen Einzelfall anstatt eines generellen Sachverhaltes regeln.[80]

77 Schreiben BJ an fedpol vom 22. Januar 2024.
78 Bemerkungen des BJ zum Erläuternden Bericht vom 22. Januar 2024.
79 Bundesgesetz über das Verbot der Hamas sowie verwandter Organisationen: Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens [undatiert], S. 3.
80 Bericht über das Vernehmlassungsverfahren (Fn. 79), S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mehrere Kantone und die Bundesanwaltschaft monierten, dass die Verfolgung und Beurteilung von Beteiligungs- und Unterstützungshandlungen zu Gunsten der Hamas sowie verwandter Organisationen und Gruppierungen der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen sollten. Begründet wurde diese Ansicht mit dem Argument, dass die Bundesanwaltschaft bereits über entsprechendes Know-how in der Untersuchung von Unterstützungshandlungen zu Gunsten terroristischer Organisationen verfüge, wodurch die Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen vereinfacht würde.[81] Nur der Kanton Zürich begrüßte die Zuständigkeit der kantonalen Behörden, sofern ein eindeutiger Schwerpunkt der verfolgten Taten in einem Kanton erkennbar wäre.[82]

e) Kommissionsarbeit und parlamentarische Debatte

Diese Rückmeldungen führten dazu, dass der Gesetzesentwurf nochmals maßgeblich überarbeitet werden musste. Bevor der Bundesrat weitere Organisationen und Gruppierungen verbieten kann, deren Führungspersonen, Zielsetzungen oder Mittel mit denjenigen der Hamas übereinstimmen und die mittelbar oder unmittelbar terroristische oder gewalttätig-extremistische Aktivitäten unterstützen und damit die innere oder äußere Sicherheit bedrohen, müssen nun vorgängig die für die Sicherheit zuständigen parlamentarischen Kommissionen konsultiert werden (Art. 1 Abs. 2). Außerdem wurde ein neuer Art. 2 eingefügt, in dem die Bundesgerichtsbarkeit explizit festgehalten wird. Im überarbeiteten Vorentwurf wird überdies die Beschwerdemöglichkeit gegen Verbotsverfügungen vor Bundesverwaltungsgericht explizit verankert. Schließlich sieht Art. 4 vor, dass das Gesetz dem Referendum untersteht. Dieser Vorentwurf wird im Herbst 2024 in den sicherheitspolitischen Kommissionen diskutiert und voraussichtlich in der Wintersession 2024 durch die eidgenössischen Räte beraten.

V. Schlussfolgerungen und Ausblick

Zusammenfassend betrachtet gibt es keine überzeugenden Gründe, weshalb sich eine Demokratie nicht gegen antidemokratische Vereinigungen wehren dürfte. Das (Zukunfts-)Verfassungsrecht sollte jedoch klare Vor-

81 Bericht über das Vernehmlassungsverfahren (Fn. 79), S. 7.
82 Bericht über das Vernehmlassungsverfahren (Fn. 79), S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aussetzungen schaffen, um individuelle Freiheitsrechte zu schützen, die Sicherheit der Bevölkerung zu gewährleisten und die Stärkung antidemokratischer Tendenzen zu unterbinden.

Gegen die Abschwächung oder gar Aushöhlung der demokratischen Staatsordnung wirken in der Schweiz weder Ewigkeitsklauseln noch verfassungsrechtliche Verbotsnormen, sondern ein historisch gewachsenes Verhältnis zu und ein bewusstes Festhalten an der demokratischen Staatsform. Zum Schutz der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Freiheitsrechte haben sich auf allen Staatsebenen Institutionen und Verfahren entwickelt, welche einer Abschwächung der bestehenden Staatsordnung entgegenwirken. Diese Korrektive charakterisieren sich durch eine Kombination von partizipativen Elementen, Machthemmungsmechanismen und direktdemokratischen Kontrollverfahren. Diese „helvetischen Brandmauern" sind nicht unüberwindbar. Sie sind aber doch ein starkes Bollwerk, das radikale Änderungen der etablierten Staats- und Regierungsform bislang erfolgreich abwehren konnte.

Wie ein kurzer Blick in die Geschichte verdeutlicht, hemmten das föderale Mehrebenensystem und kantonale Kompetenzen in den Bereichen Sicherheit und Vereinswesen lange Zeit einheitliche Regelungen gegen frontistische und kommunistische Vereinigungen. Umgekehrt verhinderte der föderale Staatsaufbau, die kollegiale Regierungsform und die demokratischen Mitwirkungsrechte, dass antidemokratische Vereinigungen über mehrere Landesteile oder Staatsebenen hinweg eine ernstzunehmende Machtbasis hätten ausbauen können. Überdies entschied sich im Rahmen der „Fronteninitiative" eine klare Mehrheit des Stimmvolkes und der Kantone aufgrund der demokratischen Überzeugung, Überlieferung und Erfahrungen für das Festhalten an der demokratischen Staatsform. Gerade die Bedeutung der demokratischen Erfahrung und politischen Bildung darf in diesem Kontext nicht unterschätzt werden. Eine demokratische, rechtsstaatliche Ordnung kann nur erhalten werden, wenn sich Bürgerinnen und Bürger über die Geschichte, Funktionsweise und Bedeutung eines demokratischen Rechtsstaates im Klaren sind.[83]

83 Vgl. hierzu *Z. Giacometti*, Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte, in: A. Kölz (Hrsg.), Zaccaria Giacometti (1893–1970): Ausgewählte Schriften, Zürich 1994, S. 5 (13); in diesem Sinne auch *Schliesky*, Demokratie (Fn. 3), Rn. 42; sowie *M. Steinbeis*, Die verwundbare Demokratie: Strategien gegen die populistische Übernahme, München 2024, S. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Seit Beginn des 21. Jahrhunderts stellt sich auch in der Schweiz im Rahmen der Terrorismusbekämpfung vermehrt die Frage, wie der demokratische Rechtsstaat mit entsprechenden Vereinigungen umgehen soll. Solche Diskussionen haben sowohl aufgrund des Gefahrenpotentials als auch wegen der Auslandbezüge zweifellos eine andere Qualität als Überlegungen zu Verboten von inländischen, antidemokratischen Vereinigungen. Nichtsdestotrotz muss der Rechtsstaat auch in diesem Kontext auf die Einhaltung demokratischer und rechtsstaatlicher Prinzipien und Verfahren achten.[84]

Auch wenn die Schweiz Organisationen wie die Al-Qaïda und den Islamischen Staat über Jahre hinweg nur mittels Notrechts verboten hat, ist doch festzuhalten, dass zwischenzeitlich eine Überführung dieser Verbote in das ordentliche Gesetzesrecht erfolgt ist. Der Umstand, dass selbst solchen Organisationen vor dem Inkrafttreten der Verbote[85] das rechtliche Gehör[86] gewährt wurde, ist aus rechtsstaatlichen Gründen begrüßenswert. Das gilt auch für den Umstand, dass der Bundesrat ein Verbot der Hamas und verwandter Organisationen von Anfang an mit einem Bundesgesetz angestrebt hat, das dem fakultativen Referendum unterstehen wird, klare Regelung betreffend der Bundesgerichtsbarkeit enthält und – mit Blick auf die Gewaltenteilung – die Exekutive vor dem Verbot weiterer Organisationen die zuständigen parlamentarischen Kommissionen konsultieren muss.

Die Herausforderung für das künftige Verfassungs- und Gesetzesrecht liegt primär in der richtigen Kalibrierung spezifischer Instrumente gegen antidemokratische Vereinigungen und der Formulierung der Voraussetzung ihrer Anwendung.[87] In Bezug auf den Umgang mit antidemokratischen Vereinigungen bedingt dies insbesondere die Entwicklung von rechtlichen Regimen, welche die Freiheiten nicht zu stark beschränken, aber den Miss-

84 Im Leitbild der „Strategie der Schweiz zur Terrorismusbekämpfung" wird betont, dass die Bekämpfung des Terrorismus im Rahmen der Verfassung und des Völkerrechts unter besonderer Berücksichtigung der Grund- und Menschenrechte zu erfolgen habe. Die Schweiz muss dabei die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit wahren und im Zweifelsfall die Freiheit höher gewichten. Vgl. Strategie der Schweiz zur Terrorismusbekämpfung vom 18. September 2015, Ziff. 2 (BBl 2015 7487) bzw. vom 31. Mai 2024, Ziff. 2 (BBl 2024 1396).

85 Allgemeinverfügung vom 19. Oktober 2022 betreffend das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaïda" und „Islamischer Staat" sowie verwandter Organisationen (BBl 2022 2548).

86 Allgemeinverfügung vom 25. Juli 2022 betreffend das Verbot der Gruppierungen „Al-Qaïda" und „Islamischer Staat" sowie verwandter Organisationen, Rechtliches Gehör nach Artikel 30*a* des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (BBl 2022 1802).

87 *Mahlmann*, Verfassung (Fn. 8), S. 234.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

brauch zu politischen Zwecken doch zu unterbinden vermögen. Die Suche der richtigen Balance zwischen Freiheit und Sicherheit stellt dabei eine permanente Gratwanderung dar. Letztlich ist dabei nicht nur der Staat, sondern die Gesellschaft als Ganzes gefordert. Zutreffend bringt dies der Berner Rechtsprofessor Pierre Tschannen auf den Punkt, indem er betont: „Die politischen Akteure – Behörden, Parteien, Stimmbürger – müssen die Bereitschaft haben, nicht alles zu tun, was nicht ausdrücklich verboten ist."[88]

88 *P. Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 44, Rn. 29b.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wehrhaftigkeit im Mehrebenensystem

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die verfassungsgewährleistende Dimension des Homogenitätsgebots

Anna-Mira Brandau

Abstract: *Das Erstarken des autoritären Populismus in Deutschland und dessen gezielt anti-demokratische Agenda regen dazu an, vertieft über die Qualifizierung des Grundgesetzes als „wehrhafte Verfassung" nachzudenken. Der Beitrag zeigt am Beispiel der föderalen Staatstruktur auf, dass sich die verfassungspolitische Grundentscheidung für eine wehrhafte Verfassung insbesondere auch in der grundgesetzlichen Staatstruktur verwirklicht. Am Beispiel des Homogenitätsgebotes des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG wird die verfassungsgewährleistende Funktion solcher Normen des Grundgesetzes hergeleitet, die diese grundgesetzliche Staatsstruktur definieren und ausformen. Der Beitrag plädiert dafür, die verfassungsgewährleistende Funktion und somit die Wehrhaftigkeitsdimension dieser Normen in der Auslegung ihres materiellen Gehaltes zu berücksichtigen.*

Aus aktuellen gesellschaftspolitischen Debatten ist der Begriff der „wehrhaften Verfassung" nicht wegzudenken. Eine vertiefte akademische Auseinandersetzung mit dieser „verfassungspolitischen Grundentscheidung"[1] ist angesichts des Erstarkens des autoritären Populismus, auch in Deutschland, angebracht und notwendig (I.). Vor diesem Hintergrund versucht sich der vorliegende Beitrag an einer näheren Einordnung des Begriffes der „wehrhaften Verfassung", wobei insbesondere seine Bedeutung für die grundgesetzliche Staatsorganisation herausgearbeitet werden soll (II.). Diese Bedeutung wird anhand des sog. Homogenitätsgebotes des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG zunächst theoretisch (III.) und dann im Rahmen der Auslegung der Norm (IV.) praktisch nachvollzogen werden. Der Beitrag schließt mit einem Fazit (V.).

I. Zur Notwendigkeit einer Wehrhaftigkeitsdebatte: eine Bestandsaufnahme

Die politische Realität der Bundesrepublik Deutschland verändert sich. Lange Zeit wurde diese als politisch gemäßigt und in vergleichsweise ge-

1 BVerfGE 28, 36 (48).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ordneten Bahnen verlaufend umschrieben.[2] Dem Wesen einer parlamentarischen Demokratie und einer liberalen, pluralistischen Gesellschaft sind Konflikte und politische Auseinandersetzungen inhärent – so auch in der Bundesrepublik. Das entscheidende Befundmerkmal aber dürfte darin liegen, dass solche Konflikte in den in einer parlamentarischen Demokratie vorgesehenen Konfliktorten ausgetragen wurden. So wurde das Parlament als Ort der politischen Rede und Gegenrede genutzt; politische Kompromisse wurden errungen und in Gesetzesform gegossen. Auf deren Grundlage wurden die gewählten Entscheidungsträger in demokratischen Wahlen vom Volk zur politischen Verantwortung gezogen, deren Ergebnisse wiederrum nicht in Frage gezogen wurden. Stand die Auslegung der Verfassung in Streit, wurde das Bundesverfassungsgericht angerufen. Die Autorität von dessen Entscheidungen wurde von den Akteuren akzeptiert.[3] Kurz: die Anerkennung der demokratischen Spielregeln, deren Beachtung die Existenz der Demokratie als Staatsform erst innerlich möglich macht,[4] war bei den beteiligten Akteuren grundsätzlich gegeben. Doch in den letzten Jahren hat sich auch in Deutschland die Gefahr einer Entwicklung manifestiert, die weltweit zu beobachten ist und von der Politikwissenschaft unter dem Begriff „*democratic backsliding*", also der Abwendung von eben diesen demokratischen Spielregeln,[5] zusammengefasst wird.

Kernstück dieser Entwicklung ist der Populismus, der eine „Politikvorstellung" darstellt, „laut derer einem moralisch reinen, homogenen Volk stets unmoralische, korrupte und parasitäre Eliten gegenüberstehe – wobei

2 Exemplarisch: *J. Menzel,* Landesverfassungsrecht: Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat, Stuttgart 2002, S. 312; *H.-P. Schneider,* Kooperation, Konkurrenz oder Konfrontation? Entwicklungstendenzen des Föderalismus in der Bundesrepublik, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1999/II, München 2000, 23 (23).

3 Diese Akzeptanz und Autorität des Gerichts war insbesondere unter der Regierung Adenauers noch im Entstehen begriffen, vgl. *O. Lembcke*, Das Bundesverfassungsgericht und die Regierung Adenauer – vom Streit um den Status zur Anerkennung der Autorität, in: R. C. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2015, S. 231.

4 *W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 24 Rn. 75.

5 Exemplarisch: *N. Bermeo,* On Democratic Backsliding, Journal of Democracy 2016 (5); *S. Levitsky /D. Ziblatt,* How Democracies die, New York City 2018; *F. Wolkenstein,* What is democratic backsliding? Constellations 2022, 261; *D. Waldner/E. Lust*, Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding, Annual Review of Political Science 2018, 93; *S. Haggard/R. Kaufmann,* The Anatomy of Democratic Backsliding, Journal of Democracy 2021, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diese Art von Eliten eigentlich gar nicht wirklich zum Volk gehören."[6] Der autoritär geprägte Populismus besetzt den Volksbegriff dabei *anti-pluralistisch*. Das „Volk" ist keine rechtliche Kategorie mehr, sondern wird als etwas feststehend Faktisches, Homogenes und Identität stiftendes verstanden, das sowohl vor den „korrupten Eliten" als auch vor allem Fremden und Anderen geschützt werden muss.[7] Dieser vermeintliche Schutzauftrag entfaltet sich in der politischen Debattenwirklichkeit, indem die grundlegende Verteilung der Macht und die Verfasstheit der Ordnung – auf die man sich eigentlich bereits geeinigt hatte – wieder unmittelbarer Gegenstand politischer Auseinandersetzungen werden.[8] Befeuert durch den zum politischen Kampfbegriff deklarierten Begriff der „Volkssouveränität" kritisieren Populisten nicht konkrete politische Vorschläge; sie üben stattdessen grundsätzliche Systemkritik.[9] Sie tun dies nicht mit dem Ziel, eine Verbesserung oder Novellierung des demokratischen Systems herbeizuführen, sondern streben dessen Regression an. Dies gelingt ihnen, in dem sie eine – die Demokratie mittragende – gelebte politische Kultur[10] vermissen lassen und somit die Zersetzung demokratischer Institutionen und Sitten herbeiführen.[11]

Während sich die Politikwissenschaft bereits seit einigen Jahren mit den Auswirkungen dieser weltweiten Entwicklung auf liberale Demokratien beschäftigt,[12] ist erst in jüngerer Zeit eine deutsche, verfassungsrechtliche Debatte zur Thematik zu beobachten. Anlass ist eine politische Realität, in der der Parlamentsalltag durch die aufgezeigte autoritär-populistische

6 *H.-W. Müller,* Was ist Populismus? Zeitschrift für politische Theorie 2016, 187 (187).

7 *A. Klafki,* Resilienz des Grundgesetzes im Zeitalter des Populismus, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2020, 113 (115); *K. Möller,* Populismus und Verfassung. Der autoritäre Populismus als Herausforderung für die liberale Demokratie, ZfP 2019, 430 (437); *Müller,* Populismus? (Fn. 6), 192.

8 *Möller,* Populismus und Verfassung (Fn. 7), 434.

9 *Möller,* Populismus und Verfassung (Fn. 7), 434 f.

10 *Böckenförde,* Demokratie als Verfassungsprinzip (Fn. 4), § 24 Rn. 75.

11 *A. Voßkuhle*, Demokratie und Populismus, Der Staat 2018, 119 (125, 130).

12 Exemplarisch: *T. Ginsburg/A. Z. Huq,* Hot to save a constitutional democracy, Chicago 2020; *B. Bugaric,* Populist Constitutionalism – Between Democracy and Authoritarianism, in M. Krygier/A. Czarnota/W. Sadurski (Hrsg.), Anti-Constitutional Populism, Cambridge 2021; *H. A. Garcia/G. Frankenberg,* Authoritarian Structures and Trends in Consolidated Democracies, in A. Sajó/R. Uitz/S. Holmes (Hrsg.), Routledge Handbook of Illiberalism, London 2021; *W. Merkel/A. Lührmann,* Resilience of Democracies: Responses to Illiberal and Authoritarian Challenges, Democratization 2021, 869; *V. A. Boese/A. B. Edgell/S. Hellmeier/S. F. Maerz/ S. I. Lindberg,* How Democracies prevail: Democratic Resilience as a two-stage Process, Democratization 2021, 885.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Strategie vermehrt geprägt und verändert wird.[13] Das Mittel zum Zweck ist dabei die Obstruktion.[14] Der Begriff steht für eine bereits von den Nationalsozialisten genutzte Strategie[15] und wird als Verhalten definiert, welches zum Ziel hat, die Funktionsfähigkeit des „eigenen" oder eines anderen parlamentarischen Gremiums zu beeinträchtigen oder sogar zu beseitigen,[16] wobei das Obstruktionsverhalten auch Wirkung außerhalb des parlamentarischen Gremiums entfalten kann.[17] Jüngstes Beispiel eines solchen Obstruktionsverhaltens ist die rechtswidrige Kompetenzüberschreitung des Alterspräsidenten im Rahmen der konstituierenden Sitzung des Thüringer Landtages am 26. September 2024, die einen geregelten Ablauf dieser unmöglich machte.[18] Durch seine Weigerung den beantragten Namensaufruf der Abgeordneten durchzuführen und daran anschließend die Beschlussfähigkeit des Parlamentes fest- und die vorläufige Tagesordnung zur Abstimmung zu stellen, verletzte der der AfD-Fraktion angehörige Alterspräsident die Rechte der Abgeordneten aus Art. 53 Abs. 2 Satz 1 ThürVerf i.V.m. Art. 58 ThürVerf.[19] Neben der Verletzung des Rechts auf Ausübung des freien Mandates und der Parlamentsautonomie zeigt dieser strategische und in der Parlamentsgeschichte der Bundesrepublik bisher einmalige Vorgang aber vor allem, wie sehr das Funktionieren der parlamentarischen Demokratie und ihrer Abläufe von der politischen Kultur ihrer Akteure abhängig ist.

Als Reaktion auf diese spürbaren Veränderungen hat in jüngster Vergangenheit die Debatte rund um die „Wehrhaftigkeit" der deutschen Verfassungsordnung gegenüber solchen autoritär-populistischen und somit

13 *A.-S. Heinze,* Strategien gegen Rechtspopulismus: Der Umgang mit der AfD in Landesparlamenten, Baden-Baden 2020; *A.-S. Heinze,* Zum schwierigen Umgang mit der AfD in den Parlamenten: Arbeitsweise, Reaktionen, Effekte, ZPol 2021, 133.

14 *Heinze*, Zum schwierigen Umgang (Fn. 13), 133; *S. Hölscheidt*, Obstruktion im Parlament, Der Staat 2022, 129; *F. Zillessen/C. Lerch*, Parlamentarische Obstruktion: Demokratie in der Zwickmühle des autoritären Populismus, VerfBlog, 2024/1/29, https://verfassungsblog.de/parlamentarische-obstruktion/ (zuletzt abgerufen am 08.11.2024).

15 *D. J. Kellner*, Parlamentarische Obstruktion, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1986, 423 (431).

16 *Hölscheidt*, Obstruktion im Parlament (Fn. 14), 129; in diese Richtung auch: *G. Jellinek*, Parliamentary Obstruction, Political Science Quarterly 1904, 579 (579).

17 *Zillessen/Lerch*, Parlamentarische Obstruktion (Fn. 14).

18 *J. Jaschinski/F. Zillessen/J. Talg/A.-M. Brandau*, Dämmert's jetzt?: Eine Rekonstruktion der konstituierenden Sitzung des Thüringer Landtags, VerfBlog, 2024/9/27, https://verfassungsblog.de/daemmert-es-jetzt/ (zuletzt abgerufen am 08.11.2024).

19 VerfGH Thüringen, 27.09.2024 – VerfGH 36/24.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

anti-demokratischen Strategien neuen Aufwind erfahren[20] und wird durch eine beginnende Auseinandersetzung mit der Frage der „Resilienz" dieser Ordnung ergänzt.[21]

II. Die „wehrhafte Verfassung": eine Begriffsbestimmung

Im Mittelpunkt dieser Debatte steht der Begriff der „wehrhaften Verfassung", in dessen Rahmen insbesondere Instrumente wie das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG, die Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG und das Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG diskutiert werden.[22] Es werden also vorrangig solche Instrumente benannt und diskutiert, die sich gegen bzw. an das Volk richten – als Einzelpersonen im Rahmen des Art. 18 GG oder als Kollektiv im Rahmen des Art. 21 GG oder des Vereinigungsverbotes.

20 Exemplarisch für den Diskurs: *K. Loewenstein,* Militant Democracy and Fundamental Rights I, The American Political Science Review 1937, 417; *M. Thiel,* Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnungen, Tübingen 2003; *U. Schliesky,* Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band XII, 3. Auflage, Heidelberg 2014, § 277; *F. Thrun,* Worum kämpft die wehrhafte Verfassung?, DÖV 2019, 65; *K. F. Gärditz,* Verfassungsidentität und Schutz der Verfassung, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I, 2. Auflage, München 2022, § 11.

21 *A. Dienelt,* Eine juristische Resilienztheorie? Ein Gedankenspiel, ZfU 2023, 564; *A. Klafki,* Resilienz des GG (Fn. 7), 115; *K. von Lewinski,* Resilienz im Recht, Baden-Baden 2016; *K. F. Gärditz,* Resilienz des Rechtsstaates, NJW 2024, 407; *M. Fahrner,* Vulnerabilität und Resilienz der freiheitlichen Demokratie: Volkssouveränität, Marktplatz der Meinungen und andere Probleme der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik aus Sicht der freiheitlich demokratischen Grundordnung, Berlin 2022; *A. Nußberger,* Das Grundgesetz und die Herausforderungen der Gegenwart, ZRP 2024, 98 (99 f.).

22 Exemplarisch: *C. Steidele,* Die Grundrechtsverwirkung als Waffe gegen Feinde der Demokratie, Leipzig Law Journal, 2022/1, 19; *C. von Coelln,* Keine Grundrechtsverwirkung statt Parteiverbot, VerfBlog, 2024/1/22, https://verfassungsblog.de/keine-grundrechtsverwirkung-statt-parteiverbot/ (zuletzt abgerufen am 08.11.2024); *K. Groh,* Vereinsverbote und wehrhafte Demokratie: Warum die Einwände gegen das Verbot der COMPACT-Magazin GmbH nicht überzeugen, VerfBlog, 2024/7/22, https://verfassungsblog.de/vereinsverbote-und-wehrhafte-demokratie/ (zuletzt abgerufen am 08.11.2024).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Die freiheitlich demokratische Grundordnung als Schutzgut

Das Schutzgut der genannten Instrumente ist die „freiheitliche demokratische Grundordnung", vgl. Art. 21 Abs. 2 GG oder Art. 18 GG. Der Begriff war lange von Konturlosigkeit geprägt, bis das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten NPD-Entscheidung im Jahr 2017 eine gewisse Klärung darbot: Die freiheitliche demokratische Grundordnung umfasst demnach lediglich die zentralen Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin konstituierend sind. Danach muss der Ausgangspunkt jeder Definition zwingend die Menschenwürde sein, welche insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität sowie die elementare Rechtsgleichheit umfasst.[23] Weitere konstituierende Merkmale sind der menschenrechtliche Kern des Demokratieprinzips, welcher sich in der Möglichkeit der gleichberechtigten Teilhabe aller Bürgerinnen und Bürger am Prozess der politischen Willensbildung und die Rückbindung der Ausübung der Staatsgewalt an das Volk offenbart, welche durch freie und gleiche Wahlen und Abstimmungen sichergestellt wird.[24] Außerdem umfasst ist die im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt, die Kontrolle dieser Bindung durch unabhängige Gerichte und das – von der verfassungsrechtlich garantierten Freiheit des Einzelnen geforderte – staatliche Gewaltmonopol.[25]

Die freiheitliche demokratische Grundordnung ist demnach als Minimalbedingung für eine menschenwürdekonforme Staatsorganisation konzipiert.[26] Neben der Menschenwürde als unverhandelbarem Ausgangspunkt sind ansonsten nur und insoweit Verfassungsprinzipien inkludiert, als dass sie für die Erfüllung dessen unverzichtbar sind.

Worin liegt der Grund für ein solch enges Verständnis der freiheitlichen demokratischen Grundordnung? Ein Blick über die deutschen Staatsgrenzen hinaus zeigt, dass der freiheitliche Verfassungsstaat, wie ihn die freiheitliche demokratische Grundordnung zeichnet, kein deutsches Phänomen ist; im Gegenteil, er ist international. Der Blick nach Frankreich oder ins Vereinigte Königreich macht aber gleichzeitig deutlich, dass weder die Staatsform der Republik noch die des Bundesstaates denklogische Voraussetzung für die Existenz eines solchen freiheitlichen Verfassungsstaates

23 Vgl. BVerfGE 144, 20 (Rn. 538 f.).
24 Vgl. BVerfGE 144, 20 (Rn. 542 ff.).
25 Vgl. BVerfGE 144, 20 (Rn. 547).
26 *Thrun,* Wehrhafte Verfassung? (Fn. 20), 69.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sind. Das Volk, das sich gegen diese Verfassungsprinzipien ausspricht, positioniert sich demnach nicht gleichzeitig auch gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung.[27]

2. Die grundgesetzliche Staatsorganisation als Ausdruck der Wehrhaftigkeit

Die Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes verwirklicht sich also in solchen Instrumenten, die laut dem Bundesverfassungsgericht „versuchen eine Synthese zwischen dem Prinzip der Toleranz gegenüber allen politischen Auffassungen und dem Bekenntnis zu gewissen unantastbaren Grundwerten der Staatsordnung herzustellen".[28] Dieses Verständnis der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes sollte aber nicht als abschließend begriffen werden. Dies zeigt ein vertiefter Blick in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in der die – im Übrigen regelmäßig als *streitbare* benannte – Demokratie immer wieder als eine „verfassungspolitische Grundentscheidung von hohem Rang" definiert wird.[29]

Diese verfassungspolitische Grundentscheidung verwirklicht sich nicht nur in den spezifisch normierten und bereits genannten Instrumenten, sondern auch in der grundlegenden Staatsorganisation der Bundesrepublik. Dieser Aspekt der Wehrhaftigkeit sollte in seiner Bedeutung nicht unterschätzt werden. Immer wieder wird – insbesondere auch im internationalen und rechtsvergleichenden Diskurs – die Relevanz des sog. „constitutional design" als Schutzmechanismus einer konstitutionellen Demokratie gegen autoritäre und demokratiefeindliche Bestrebungen betont.[30] Im Rahmen einer Betrachtung der grundgesetzlichen Staatsorganisation zeigt sich die Wehrhaftigkeit dieser Staatsorganisation insbesondere am föderalen Staatsaufbau, wie er in Art. 20 Abs. 1 GG durch den Begriff des „Bundesstaates" vorgesehen wird.

Wie bereits dargelegt, ist ein föderaler Staatsaufbau nicht denklogisch zwingend für eine menschenwürdekonforme Staatsorganisation. Er ist aber durchaus ein effektives Mittel, um eine solche zu sichern. Föderale Staaten

27 Vgl. *M. Jestaedt,* Bundesstaat als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, Heidelberg 2004, § 29 Rn. 1.
28 BVerfGE 5, 85 (140).
29 BVerfGE 5, 85 (139); 28, 36 (48); 30, 1 (19 f.); 39, 334 (349).
30 *Ginsburg/Huq*, Constitutional Democracy (Fn. 12), S. 172 f.; *R. Dixon /D. Landau*, Tiered Constitutional Design, George Washington Law Review 2018, 438 (511 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden grundsätzlich als nicht (oder zumindest weniger) empfänglich für totalitäre Regime angesehen.[31] Grund dafür ist das durch eine föderale Staatsstruktur etablierte System der vertikalen Gewaltenteilung.[32] Durch ein – neben der klassischen horizontalen Gewaltenteilung – weiteres System von „*check and balances*", diesmal auf vertikaler Ebenen, und der damit einhergehenden Dezentralisierung von Macht, wird versucht, dem Missbrauch von Macht ein Riegel vorzuschieben oder diesen zumindest zu erschweren. Die Dezentralisierung der Macht zeigt sich in der grundgesetzlichen föderalen Staatsorganisation insbesondere durch die Kompetenzverteilungen zwischen Bund und Ländern im Rahmen der Gesetzgebung und der Verwaltung,[33] dem Bundesrat als Bundesorgan, welches durch die Länder besetzt wird,[34] aber auch in institutionalisierten Kontrollmechanismen. Von besonderer Bedeutung sind diesbezüglich sicherlich die ausdifferenzierten verfassungsgerichtlichen Klagemöglichkeiten zwischen den föderalen Akteuren.[35]

Die Einführung dieser föderalen Strukturen und Mechanismen waren bei der Entstehung des Grundgesetzes eine Rückkehr zu historisch Bekanntem. Bereits die erste gesamtdeutsche Verfassung, die Paulskirchenverfassung von 1849 – wenn auch nie in Kraft getreten – strukturiert den Staat föderal,[36] ebenso die Reichsverfassung von 1871[37] und die Weimarer Verfassung aus dem Jahr 1919.[38] Erst die Nationalsozialisten setzen die föderale

31 *J. Isensee,* Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 3. Auflage, Heidelberg 2008, § 126 Rn. 259.

32 *K. E. Hain*, in: P. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2, 8. Auflage 2024, Art. 79 Rn. 123 f.

33 *J. F. Lindner,* Das bundesstaatliche Prinzip, in: K. Stern/H. Sodan/M. Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Band I: Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 2022, § 16 Rn. 9; *K.-P. Sommermann*, in: P. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2, 8. Auflage, München 2024, Art. 20 Rn. 21.

34 *H. D. Jarass*, in: H. D. Jarass/M. Kment (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 18. Auflage, München 2024, Art. 50 Rn. 1; *G. Robbers*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021, Art. 50 Rn. 1, 6.

35 Siehe z.B. der Bund-Länder-Streit nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 7, 68–70 BVerfGG, dazu: *S. Detterbeck*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021, Art. 93 Rn. 62; *J. Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band III, 3. Auflage, Tübingen 2018, Art. 93 Rn. 73.

36 Vgl. § 5 der Verfassung des Deutschen Reiches von 1849, RGBl. 1849, S. 101 ff.

37 Vgl. Präambel der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871, RGBl. 1871, S. 63 ff.

38 Vgl. §§ 2, 5 der Weimarer Reichsverfassung, RGBl. 1919, S. 1383 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Staatsordnung mit dem Gesetz zum Neuaufbau des Reiches vom 30. Januar 1934[39] außer Kraft und ermöglichten so ihr totalitäres Unrechts- und Willkürregime. Bedenkt man, dass das Grundgesetz und der dadurch entworfene Staat der aktive Gegenentwurf zur nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft ist, welche gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung für die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland hat,[40] so verwundert es kaum, dass die Alliierten einen neuen deutschen Verfassungsstaat nur unter der Voraussetzung eines föderalen Staatsaufbaues genehmigten.[41]

Es lässt sich ein erstes Zwischenfazit ziehen: Aus der „verfassungspolitischen Grundentscheidung"[42] für eine wehrhafte Demokratie, die möglichst effektiv versucht den freiheitlichen Verfassungsstaat zu schützen, kann auch die verfassungspolitische Entscheidung für eine bestimmte Form der Staatsorganisation, zum Beispiel eines föderalen Staatsaufbaues, abgeleitet werden.[43] Konsequenterweise ist den Normen, die eben diese Staatsorganisation im Grundgesetz ausdeklinieren und schützen, eine besondere Wehrhaftigkeitsdimension anhängig, die sich in ihrer verfassungsgewährleistenden Funktion widerspiegelt.

III. Die verfassungsgewährleistende Funktion des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG: eine Herleitung

Eine solche Norm ist Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Dieser normiert, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen muss. Das sog. Homogenitätsgebot[44] hat zwei

39 RGBl. 1934, I, S. 75,

40 Vgl. BVerfG NJW 2010, 47 (49); NJW 2018, 2861 (2861).

41 Dokumente zur künftigen politischen Entwicklung Deutschlands [„Frankfurter Dokumente"], 1. Juli 1948, abrufbar: https://www.1000dokumente.de/pdf/dok_0012_fra_de.pdf (zuletzt abgerufen am 08.11.2024).

42 BVerfGE 28, 36 (48).

43 Gelegentlich wird auch schwerpunktmäßig auf die föderale Kontinuität der deutschen Verfassungsgeschichte als Argument für die verfassungspolitische Entscheidung zugunsten des Bundesstaates abgestellt, vgl. z.B. *Jestaedt,* Bundesstaat als Verfassungsprinzip (Fn. 27), § 29 Rn. 2 ff. Dieses Argument kann aber inzwischen als mindestens irrelevant, wenn nicht sogar entkräftet angesehen werden, vgl. u.A.: *Lindner,* Das bundesstaatliche Prinzip (Fn. 33), Rn. 2.

44 BVerfGE 165, 296 (Rn. 131).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wirkrichtungen im Mehrebenensystem – an beiden offenbart sich ihr besonderer verfassungsgewährleistender Charakter.

1. Wirkung in die gesamtstaatliche Ebene

Die erste Wirk- oder Stoßrichtung zielt auf die gesamtstaatliche Ebene. Auch wenn bereits in Art. 20 Abs. 1 GG die grundsätzliche Entscheidung für den Bundesstaat und somit die föderale Staatsorganisation normiert ist, so ist es Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, der den Ländern ihre Verfassungsautonomie zuspricht und damit die Eigenständigkeit ihrer Verfassungsräume – auch dem Bund gegenüber – anerkennt und garantiert.[45] Diese Garantiewirkung wird insbesondere im Rahmen einer systematischen Auslegung des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG mit Art. 28 Abs. 3 GG deutlich.

Art. 28 Abs. 3 GG normiert die Pflicht des Bundes, die Einhaltung der im Homogenitätsgebot enthaltenen Mindeststandards für die verfassungsmäßigen Ordnungen der Länder zu gewährleisten.[46] Diese Gewährleistungspflicht des Bundes[47] ist tatbestandlich auf die genannten Mindeststandards reduziert und besteht wohl auch dann nur, wenn ein systematischer Verstoß gegen diese im Raum steht.[48] Alles darüberhinausgehende fällt in die verfassungspolitische Entscheidungsgewalt der Länder.[49]

Der enge Tatbestand der Gewährleistungspflicht des Art. 28 Abs. 3 GG zeigt, dass der Bund nur in Ausnahmefällen berechtigt ist, in den Verfassungsraum eines Landes einzugreifen. Dieser juristische Ausnahmecharakter der Eingriffsmöglichkeit des Bundes in die Verfassungsautonomie der Länder wird begleitet durch eine große politische Zurückhaltung in die-

45 Vgl. BVerfGE 1, 14 (51); 13, 54 (78 f.); *K.-A. Schwarz*, in: P. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2, 8. Auflage, München 2024, Art. 28 Rn. 3; *H. Dreier*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 3. Auflage, München 2015, Art. 28 Rn. 42.

46 *Menzel,* Landesverfassungsrecht (Fn. 2), S. 312 ff.; *Dreier* (Fn. 45), Art. 28 Rn. 167.

47 Wie der Bund dieser Pflicht nachkommen kann, ist bisher akademisch wenig aufgearbeitet, Einigkeit dürfte inzwischen lediglich darüber bestehen, dass Art. 28 Abs. 3 GG selbst keine taugliche Ermächtigungsgrundlage darstellt, sondern der Bund diesbezüglich auf die im Grundgesetz normierten Ingerenzrechte zurückgreifen muss, vgl. *Dreier* (Fn. 45), Art. 28 Rn. 170; *Schwarz* (Fn. 45), Art. 28 Rn. 269; *Isensee,* Idee und Gestalt des Föderalismus (Fn. 32), § 126 Rn. 133; a.A.: *J. A. Frowein*, Die selbstständige Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, Bonn 1961.

48 *P. Werner*, Wesensmerkmale des Homogenitätsprinzips und ihre Ausgestaltung im Bonner Grundgesetz, Berlin/Frankfurt am Main 1967, S. 81 f.

49 *Dreier* (Fn. 45), Art. 28 Rn. 53; *Schwarz* (Fn. 45), Art. 28 Rn. 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sem Bereich. So kam die Gewährleistungspflicht des Bundes aus Art. 28 Abs. 3 GG in 75 Jahren bundesdeutscher Geschichte noch nicht einmal zur praktischen Anwendung.

Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG begründet und sichert demnach die Eigenständigkeit der Verfassungsräume der Länder und grenzt sie dabei vom Bund ab. Durch diese Trennung und die damit begründete Autonomie der Verfassungsräume wird eine eigenständige Kompetenzausübung der Länder und somit die vertikale Gewaltenteilung ermöglicht und abgesichert.

2. Wirkung auf die Länderebene

Die zweite Wirkrichtung ist in die Länder hinein, indem Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG die Organe der Landesstaatsgewalt an die genannten grundgesetzlichen Staatsfundamentalnormen und Staatstrukturprinzipien bindet. Und auch hier zeigt sich der verfassungsgewährleistende Charakter der Norm in gleich zweierlei Hinsicht.

Zunächst kann festgehalten werden, dass ein Bundesstaat ohne eine gewisse Homogenität seiner Glieder im „Staatsfundamentalen" nicht funktionieren kann.[50] Bemüht man eine Metapher, so lässt sich der vom Grundgesetz erdachte Bundesstaat mit einer Kutsche vergleichen, die durch siebzehn Pferde gezogen wird. Soll sich die Kutsche sicher vorwärtsbewegen, können die siebzehn Pferde vor der Kutsche nicht alle in unterschiedliche Richtungen galoppieren. Zumindest die gleiche Himmelsrichtung muss angesteuert werden. Wenn also der Bundesstaat als effektive Form der Staatsorganisation für den Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung angesehen wird, so ist das Homogenitätsgebot die denklogisch notwendige Konsequenz, damit dieser Bundesstaat funktionieren kann.

Neben dieser verfassungsgewährleistenden Funktion der Homogenitätsklausel zeigt sich ihre Wehrhaftigkeitsdimension aber auch in ihrem materiellen Inhalt. Artikel 28 Abs. 1 S. 1 GG verlangt von den Ländern die Beachtung „der Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes". Damit wird auch auf Länderebene eine menschenwürdekonforme Staatsorganisation sichergestellt und gleichzeitig die Abwendung von den benannten Grundsätzen dem verfassungspolitischen Entscheidungsspielraum der zukünftigen verfassungsändernden Gewalten auf Länderebene entzogen.

50 *Menzel,* Landesverfassungsrecht (Fn. 2), S. 155; *Schwarz* (Fn. 45), Art. 28 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die normative Verankerung eines solchen Entzuges findet sich im Grundgesetz noch an anderer Stelle. Die sog. „Ewigkeitsklausel" des Art. 79 Abs. 3 GG entzieht bestimmte Elemente der Verfassungsordnung der Disposition der verfassungsändernden Gewalt des Bundes. Art. 23 Abs. 1 GG rundet das Bild ab, indem durch einen Verweis auf Art. 79 Abs 3 GG diese Elemente auch einer möglichen weiter fortschreitenden europäischen Integration entzogen werden. Dieser Befund lädt ein, den materiellen Gehalt des Homogenitätsgebotes insbesondere durch eine systematische Auslegung mit diesen Normen zu konturieren.

IV. Der materielle Gehalt des Homogenitätsgebots: ein Auslegungsvorschlag

1. Chancen und Grenzen einer systematischen Auslegung

In der Kommentarliteratur wird – trotz unterschiedlicher Formulierungen im Wortlaut – regelmäßig auf ein Korrespondenzverhältnis zwischen Art. 79 Abs. 3 GG und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG hingewiesen.[51] Der Bund könne seinen Ländern nur das vorschreiben, was auch für ihn unabdingbare Grundlage der Art und Form seiner politischen Existenz ist.[52] Ausgangspunkt einer systematischen Auslegung der genannten Normen sollte deshalb Art. 79 Abs. 3 GG[53] und der durch ihn geschützte änderungsfeste „Kern der Verfassungsidentität"[54] sein.

a) Kern der Verfassungsidentität

Dieser änderungsfeste Kern ist weiter als die bereits definierte freiheitliche demokratische Grundordnung. Er umfasst durch den Verweis des Art. 79 Abs. 3 GG auf die Grundsätze des Art. 20 GG neben der Menschenwürde und dem menschenrechtlichen Kerngehalt des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips auch die spezifisch deutschen verfassungspolitischen Staats-

51 *V. Mehde*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 104. EL April 2024, Art. 28 Rn. 51; *Dreier* (Fn. 45), Art. 28 Rn. 53; *J. Wieland*, Bundesstaat, in: M. Herdegen/R. Poscher/J. Masing/K. F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 8 Rn. 22.

52 *Schwarz* (Fn. 45), Art. 28 Rn. 37.

53 *Menzel,* Landesverfassungsrecht (Fn. 2), S. 250 ff.

54 BVerfGE 144, 20 (Rn. 536); *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1999, Rn. 691.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

strukturentscheidungen zugunsten einer sozialen und föderalen Republik. Außerdem ist wohl auch nicht nur der menschenrechtliche Kerngehalt des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips geschützt, sondern auch weitere Ausformungen dessen.[55]

Es liegt die Frage nahe, warum dieser änderungsfeste Kern weiter ist als die freiheitliche demokratische Grundordnung? Warum wird der verfassungsändernden Gewalt („*pouvoir constitué*") größere Zurückhaltung abverlangt, als Teilen – gegebenenfalls sogar einer Mehrheit – der verfassungsgebenden Gewalt („*pouvoir constituant*"), dem Volk, welches sich lediglich nicht gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung positionieren darf?

Aus den Entwicklungsdokumenten des Grundgesetzes lässt sich bezüglich der Gründe dieser Erweiterung wenig herauslesen. Tatsächlich dürfte diese historisch so nicht angedacht gewesen sein. Artikel 108 des Entwurfs von Herrenchiemsee, der Vorläufer-Artikel des späteren Art. 79 Abs. 3 GG, sah zunächst vor, dass „Anträge auf Änderungen des Grundgesetzes, durch die die freiheitliche und demokratische Grundordnung beseitigt würde", unzulässig seien. Im Allgemeinen Redaktionsausschuss wurde diese Formulierung dann durch den Verweis auf die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze ersetzt; inklusive der Anmerkung, dass bei diesem Verweis von der dort „normierten demokratischen-rechtsstaatlichen Grundordnung" die Rede sei.[56]

Eine mögliche Erklärung für diese erweiterte Auslegung liefert hier wiederum die Wehrhaftigkeit der Verfassung als verfassungsrechtliche Grundentscheidung. Wenn – wie zu Anfang argumentiert – das Ziel des Grundgesetzes und seiner Staatsstruktur ist, den freiheitlichen Verfassungsstaat möglichst effektiv zu begründen und zu bewahren, so waren die Staatsstrukturentscheidungen, die den änderungsfesten Kern der Verfassungsidentität ausmachen, vielleicht keine zwingenden, aber doch logische Konsequenzen. Um diese logischen und sinnvollen verfassungspolitischen Entscheidungen auch für die Zukunft abzusichern und somit der Wehrhaftigkeit der Verfassung eine gewisse Nachhaltigkeitsdimension zu verleihen, ist die Absicherung des änderungsfesten Kerns der Verfassungsidentität – auf allen relevanten Ebenen – geboten gewesen.

55 BVerfGE 144, 20 (Rn. 537).

56 Vgl. für eine ausführliche Darstellung der verfassungs- und entstehungsgeschichtlichen Aspekte: *Hain* (Fn. 32), Art. 79 Rn. 28 ff., insbesondere Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zwar haben sich bereits die Mütter und Väter des Grundgesetzes nicht der Illusion hingegeben, dass derartige normative Absicherungen eine Revolution wirklich verhindern könnten. Aber man wollte der Revolution durch solche Schutzvorschriften die „Maske der Legalität“[57] entreißen und verhindern, dass die geltende Verfassungsordnung in ihrer Substanz auf dem formal-legalistischen Weg eines verfassungsändernden Gesetzes beseitigt und zur nachträglichen Legalisierung eines totalitären Regimes missbraucht werden kann.[58] Auch aus dieser Begründung lässt sich die Wehrhaftigkeitsdimension der Normen herauslesen.

b) Auswirkungen des Korrespondenzverhältnis des Homogenitätsgebotes zu Art. 79 Abs. 3 GG

Was folgt aber nun aus dem Korrespondenzverhältnis des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG zu Art. 79 Abs. 3 GG im Rahmen der Auslegung des Homogenitätsgebots?

Wenn der Bund im Rahmen seiner Gewährleistungspflicht aus Art. 28 Abs. 3 GG der Frage nachgeht, ob in einem konkreten Fall ein Verstoß gegen die „Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes“ auf Länderebene vorliegt, so müssen Ausgangspunkt seiner Prüfung die über Art. 79 Abs. 3 GG abgesicherten Grundsatzentscheidungen des Art. 20 GG sein.[59] Nicht damit zu verwechseln oder gleichzusetzen aber sind die spezifischen Ausformungen, die diese Grundsatzentscheidungen auf Bundesebene erfahren haben. Diese sind für die Länderebene nicht verpflichtend,[60] stattdessen bedarf es einer „die Verfassungsautonomie beachtenden, länderfreundlichen Bestimmung dessen, was Art. 28 Abs. 1 GG für den jeweils infrage stehenden Regelungsbereich zu entnehmen ist“.[61]

Interessant erscheint an dieser Stelle, dass sich das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG mit diesen floskelhaften Aus-

57 So *Dehler* (FDP) in der Sechsunddreißigsten Sitzung des Hauptausschusses v. 12.1.1949, siehe: *M. F. Feldkamp* (Bearb.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 Akten und Protokolle: Band 14/2 (Hauptausschuss), München 2009, S. 1118.

58 *Feldkamp,* Der Parlamentarische Rat (Fn. 57), S. 1118; vgl. auch: *Hain* (Fn. 32), Art. 79 Rn. 28 ff.

59 BVerfGE 165, 296 (Rn. 134).

60 BVerfGE 165, 296 (Rn. 133); NVwZ-RR 2016, 521 (524).

61 BVerfGE 165, 296 (Rn. 135).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

führungen begnügt und somit die im Einzelfall sicherlich nicht immer einfache[62] notwendige Abgrenzung zwischen „Grundsatzentscheidung" und „spezifischer Ausformung" (zunächst) den Rechtsanwendern überlässt. Im Rahmen des Art. 23 Abs. 1 GG hingegen wählte es ein anderes Vorgehen. In seiner Lissabon-Entscheidung findet sich eine fast lehrbuchartige Auflistung der Aspekte und Ausformungen des Demokratieprinzips, die von Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG geschützt und somit integrationsfest sind.[63]

In der jüngeren akademischen und verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzung zeigt sich nun, dass der Wortlaut des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG im Rahmen einer systematischen Auslegung auch Einfluss auf den Tatbestand des Art. 79 Abs. 3 GG entfaltet. Besonders deutlich wird dies im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips.

Im Jahr 1970 kam das Bundesverfassungsgericht in seinem sog. Abhörurteil zu dem Schluss, dass durch die Verweisung des Art. 79 Abs. 3 GG auf die Grundsätze des Art. 20 GG nicht allgemein die Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips, wie sie an mehreren Stellen des Grundgesetzes ausdifferenziert sind, geschützt sind. Schließlich enthalte Art. 20 Abs. 1 GG gerade keine Nennung des Rechtsstaatsprinzips. Stattdessen seien lediglich die in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG genannte Bindung der öffentlichen Gewalt an Recht und Gesetz und die Gewaltenteilung von dem Verweis des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst. Dies wiederrum enthalte keine, dem Art. 19 Abs. 4 GG ähnliche Garantie auf effektiven Rechtsschutz vor unabhängigen Gerichten. Stattdessens seien auch andere gleichwertige Kontrollorgane zulässig.[64]

Dieses Verständnis ist unter anderem durch einen Verweis auf Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG kritisiert worden. Der Wortlaut des Homogenitätsgebotes umfasst die Grundsätze des Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes. Diese Grundsätze umfassen eine Rechtsweggarantie zu unabhängigen Gerichten, vgl. Art. 19 Abs. 4 GG. Unter Verweis auf das Korrespondenzverhältnis der Normen könne für Art. 79 Abs. 3 GG nichts anderes gelten.[65] Ein solches Verständnis allerdings steht im offenen Widerspruch zur Historie des Art. 79 Abs. 3 GG. Die Unterlagen des Parlamentarischen Rates

62 Vgl. dazu *Mehde* (Fn. 51), Art. 28 Rn. 50.
63 BVerfGE 123, 267 (356 ff.).
64 BVerfGE 30, 1 (24 ff.).
65 *H. Dreier*, in H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Band 2, 3. Auflage 2015, Art. 79 Abs. 3 Rn. 53, *M. Sachs*, in: M. Sachs (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage 2021, Art. 79 Rn. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeigen, dass es eine bewusste Entscheidung war, keinen Verweis auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in Art. 79 Abs. 3 GG zu integrieren.[66] Trotzdem scheint sich auch das Bundesverfassungsgericht einer solchen ganzheitlichen Lesart des Rechtsstaatsprinzips angeschlossen zu haben, wenn es in neueren Entscheidungen diesbezüglich sowohl auf Art. 20 Abs. 3 GG als auch auf Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG Bezug nimmt.[67]

Das Beispiel zeigt, dass Historie, Wortlaut und Systematik der Normen in komplexem Verhältnis zueinanderstehen und die Auslegung und Ermittlung ihrer materiellen Gehälter allein auf Grundlage dieser Auslegungsmethoden nicht zwingend erfolgsversprechend ist.

2. Die Funktion der Norm als Auslegungshilfe

Es wird deshalb angeregt, einen Rückgriff auf das bereits herausgearbeitete Telos und die Funktion der Normen vorzunehmen und dadurch ihre Wehrhaftigkeitsdimension in der Auslegung zu beachten.

Das bedeutet grundsätzlich, dass die konkreten Ausformungen der Staatsprinzipien, die für den effektiven Schutz des freiheitlichen Verfassungsstaates schlechterdings notwendig sind, in jedem Fall von Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG bzw. Art. 79 Abs. 3 GG geschützt werden müssen.

Wendet man diese Auslegungshilfe auf das Rechtsstaatsprinzip an, ergibt sich, dass eine an Art. 19 Abs. 4 GG angelehnte Rechtsweggarantie als geschützt angesehen werden muss. Die Rechtsweggarantie soll die Kontrolle der öffentlichen Gewalt durch unabhängige Gerichte ermöglichen. Sie ist eine elementare Schutzvorkehrung der verfassungsrechtlich garantierten Freiheit des Einzelnen und somit fundamental im freiheitlichen Verfassungsstaat.[68]

Eine solche funktionsorientierte Auslegung vermag es, den materiellen Gehalt der Normen im Einzelfall näher zu konturieren, ohne eine generelle Ausuferung ihrer Schutzumfänge zu riskieren und somit die verfassungspolitische Entscheidungsgewalt der verfassungsändernden Gewalten zu sehr einzuschränken.

Angesichts des Erstarkens des autoritären Populismus in Deutschland, insbesondere auch auf Länderebene, erscheint eine Auslegung des Art. 28

66 *W. Werner* (Bearb.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 Akten und Protokolle, Band 9 (Plenum), München 1996, S. 470 f.; vgl. auch: *Hain* (Fn. 32), Art. 79 Rn. 30.
67 BVerfGE 92, 277 (325); NVwZ 2019, 57 (58).
68 BVerfGE 144, 20 (Rn. 547).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Abs. 1 S. 1 GG, die den effektiven Schutz des freiheitlichen Verfassungsstaates in den Fokus nimmt, im Besonderen sinnvoll und angebracht.

V. Fazit

Der Beitrag und die darin hergeleitete Argumentationslinie mögen auf den ersten Blick wirken, als seien sie rein akademischer Natur. Dafür scheint auch die geringe Dichte verfassungsgerichtlicher Judikatur zu sprechen, in der die Auslegung verfassungsgewährleistender Normen, wie dem Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, tatsächlich eine Rolle gespielt hat.[69] Vor dem Hintergrund der im ersten Teil des Beitrages aufgezeigten politischen Entwicklungen, insbesondere dem Erstarken autoritär-populistischer und somit anti-demokratischer Agenden könnte diesen Normen in Zukunft aber eine besondere Bedeutung zu kommen, so dass eine vertiefte – zunächst rein akademische – Auseinandersetzung mit ihren Telos und Funktionen angebracht erscheint. Diesem Ziel hat sich der Beitrag verschrieben, indem er von einer abstrakten Analyse der Bedeutung der grundgesetzlichen Staatsorganisation für die verfassungspolitische Grundentscheidung einer „wehrhaften" Verfassung, über die exemplarische Erläuterung dessen am Beispiel der föderalen Staatstruktur und des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG zu einer konkreten Auslegung des Rechtsstaatsprinzips gelangt ist.

Die dabei vorgenommenen Überlegungen und Herleitungen zeigen, dass die verfassungspolitische Grundentscheidung für eine wehrhafte Verfassung in letzter Konsequenz auch die Auslegung bestimmter staatsorganisationsrechtlicher Normen beeinflusst und prägt und diese deshalb in der fortwährenden Diskussion rund um die Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes und die Resilienz der grundgesetzlichen Verfassungsordnung nicht außer Acht gelassen werden sollten.

69 Eine andere Tendenz ist im Hinblick auf die Zulässigkeit und Grenzen der europäischen Integration nach Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG (sog. „Strukturicherungsklausel") zu erkennen, vgl. BVerfGE 89, 155 (LS; 182 ff.); 123, 267 (343 ff.; 407); 142, 123 (191 f.); 151, 202 (276); 154, 17 (86).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lernen aus Brüssel? – Effektive Reaktionen des Grundgesetzes auf eine Rechtsstaatlichkeitskrise in einem Bundesland

Robert Pracht[*]

Abstract: *Die Europäische Union hat in den letzten Jahren durch etablierte und neu geschaffene Instrumente versucht, die Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten zu schützen. Für die Ebene des Grundgesetzes lässt sich konstatieren, dass der Bund auf eine etwaige Rechtsstaatlichkeitskrise in einem Bundesland nicht optimal vorbereitet ist. Dem verfassungsprozessualen Bund-Länder-Streitverfahren fehlt es an effektiven Urteilswirkungen; der Bundeszwang in Art. 37 GG stellt hingegen einen Fremdkörper im Verfassungssystem dar. Aus diesem Grund denkt der Beitrag an, in Anlehnung an die unionsrechtliche Konditionalitätsverordnung in der deutschen Finanzverfassung eine entsprechende Konditionalität vorzusehen.*

I. Hinführung und Forschungsfragen

Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen – so formuliert es Art. 28 Abs. 1 Satz 1 der Verfassung. Untersucht werden soll, ob dieses Homogenitätsgebot im Grundgesetz bereits resilient ausgestaltet ist oder auf welche Weise diesem noch mehr Durchsetzungskraft verliehen werden kann. Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei die Frage, wie der Bund im Fall einer Rechtsstaatlichkeitskrise in einem Bundesland effektiv reagieren kann.

Bevor sich aber der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zugewendet wird, erscheint es in diesem Zusammenhang gewinnbringend, zunächst einen Blick auf die europäische Ebene zu werfen. Denn die Rechtsstaatlichkeit ist nach der Homogenitätsklausel[1] des Art. 2 Satz 1 EUV ebenfalls ein Wert, auf den sich die Europäische Union in all ihren Mitgliedstaaten grün-

* Für wertvolle Anregungen danke ich *Dr. Katharina Goldberg*, *Dr. Claudia Hainthaler* und *Melina Kessaris*. Die Internetlinks wurden letztmalig am 04.11.2024 aufgerufen.

1 So auch *H.-J. Blanke/A. Sander*, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher, EuR 2023, 54 (57); *C. Calliess*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 2 EUV Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

det.[2] Die Union ist eben nicht nur eine Wirtschafts-, sondern auch eine *Rechts*gemeinschaft.[3] Erst seit etwa einem Jahrzehnt ist in einem Teil der Mitgliedstaaten die allseitige Selbstverständlichkeit, rechtsstaatliche Mindeststandards einzuhalten, aufgebrochen worden. In Reaktion hierauf hat die Europäische Union in den letzten Jahren immer häufiger die Rolle einer Hüterin über die Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten eingenommen, um die Werte des Art. 2 EUV zu verteidigen. Zur effektiven Wahrnehmung dieser Aufgabe wurden auf primärrechtlicher Grundlage erstmals das bekannte Art. 7-EUV-Verfahren[4] sowie mehrere Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV insbesondere gegen Polen und Ungarn initiiert.[5] Dabei hat der Europäische Gerichtshof zumindest gelegentlich kühne Neuschöpfungen bei der Rechtsfindung in Kauf genommen, um eine wirksame Reaktion der Europäischen Union auf Rechtsstaatlichkeitsdefizite in einzelnen Mitgliedstaaten sicherzustellen.[6] Als wirklich effektiv erwiesen sich für die Kommission jedoch vor allem neu geschaffene sekundärrechtliche Maßnahmen, die auf einen Entzug von Finanzmitteln gerichtet sind. Prominenteste Beispiele hierfür sind die Konditionalitätsverordnung und der Corona-Wiederaufbaufonds.

Aus den Erfahrungen mit diesen unionalen Instrumenten soll geschöpft, verwandte Institute im Grundgesetz identifiziert und schließlich untersucht werden, was sich für diese Instrumente im deutschen Verfassungs- und Rechtssystem lernen lässt. Insbesondere drei Fragen sollen aufgeworfen und – soweit möglich – geklärt werden: Was ist konkreter Norminhalt des

2 Siehe in diesem Zusammenhang insb. den aktuellen Rechtsstaatlichkeitsbericht der EU-Kommission: https://commission.europa.eu/publications/2024-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en. Vgl. darüber hinaus: *C. Hainthaler*, Die Sicherung der Werteunion, Berlin 2023, S. 42 ff.

3 EuGH, Urt. v. 23.4.1986, Rs. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, Rn. 23 – Les Verts.

4 Für Polen siehe Vorschlag der Kommission v. 20.12.2017, COM(2017) 835 final; für Ungarn siehe Entschließung des Europäischen Parlaments v. 12.9.2018, ABl. 2019 C 433/66.

5 Siehe insb. EuGH, Urt. v. 24.6.2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts); Urt. v. 15.7.2021, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – Kommission/Polen (Régime disciplinaire des juges) und Urt. v. 5.6.2023, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442 – Kommission/Polen (Justizreform).

6 Bekannt ist in diesem Zusammenhang die Formulierung des früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts *A. Voßkuhle*, der im Hinblick auf die unionsrechtliche Durchdringung des mitgliedstaatlichen Justizbereiches von einem „Husarenstreich" sprach – siehe https://www.lto.de/recht/justiz/j/ex-bverfg-praesident-andreas-vokuhle-zu-europischer-rechtsgemeinschaft-rechtsstaatlichkeit-ezb-entscheidung-eugh-polen-ungarn.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sog. Bundeszwangs in Art. 37 GG? Empfiehlt es sich, die Urteilswirkungen bei einem Bund-Länder-Streit an diejenigen aus dem Vertragsverletzungsverfahren anzugleichen? Können und sollten neue Instrumente in die Verfassung aufgenommen werden, die – wie auf Unionsebene – gerade auf den Entzug oder die Vorenthaltung von *Finanzmitteln* gerichtet sind?

II. Instrumente für die Bewältigung der Rechtsstaatlichkeitskrise auf EU-Ebene

Zu Beginn seien kurz diejenigen Instrumente der Europäischen Union in Erinnerung gerufen, mit denen sie auf Rechtsstaatlichkeitskrisen in einzelnen Mitgliedstaaten reagiert hat. Auf eine Beschreibung der Maßnahmen insbesondere in Polen und Ungarn, die überhaupt erst das Tätigwerden der Kommission zur Folge hatten, soll an dieser Stelle hingegen verzichtet werden.[7]

1. Verfahren nach Art. 7 EUV

Zuallererst ist in diesem Zusammenhang natürlich das dreischrittige Verfahren nach Art. 7 EUV zu nennen, das gerade systemische rechtsstaatliche Defizite in einem Mitgliedstaat im Blick hat.[8] Nach Art. 7 Abs. 1 EUV kann der Rat mit der Mehrheit von vier Fünfteln seiner Mitglieder und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments feststellen, dass die eindeutige *Gefahr* einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte besteht. Hiernach[9] kann der Europäische Rat (vgl. Art. 7 Abs. 2 EUV) einstimmig[10] feststellen, dass eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte auch tatsächlich vorliegt. In

7 Dazu bspw. *Blanke/Sander*, Rechtsstaatlichkeit (Fn. 1), 62 ff. und *M. Steinbeis*, Die verwundbare Demokratie, München 2024, S. 20 ff.

8 *M. Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 7 EUV Rn. 6 f., 37.

9 In besonderen Einzelfällen kann ein Beschluss nach Abs. 2 wohl auch ohne Einleitung und Abschluss des Verfahrens nach Abs. 1 getroffen werden; vgl. dazu *F. Schorkopf*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München 61. EL April 2017, Art. 7 EUV Rn. 48.

10 Nach Art. 354 Abs. 1 AEUV ist der betroffene Mitgliedstaat nicht stimmberechtigt und bleiben Stimmenthaltungen unberücksichtigt.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diesem Fall können nach Art. 7 Abs. 3 EUV bestimmte Rechte des Mitgliedstaats – einschließlich seines Stimmrechts – ausgesetzt werden.[11]

Als diese Verfahren gegen Polen und Ungarn eröffnet wurden, trat aber die entscheidende Schwäche dieses Instruments deutlich zutage: Diese beiden Mitgliedstaaten schützten einander gegenseitig, sodass zu keinem Zeitpunkt das Einstimmigkeitserfordernis im Verfahren nach Art. 7 Abs. 2 EUV, aber wohl auch noch nicht einmal die Vier-Fünftel-Mehrheit des Art. 7 Abs. 1 EUV erreicht worden wäre. Daher ist das Verfahren nach Art. 7 EUV auch bisher nie abgeschlossen worden, sondern verweilt bis heute mit Blick auf Ungarn im Anhörungsstadium (vgl. Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV)[12] und wurde hinsichtlich Polen nach dem dortigen Regierungswechsel eingestellt.[13] Bei seiner Konzeption ließ man eine mögliche parallele Entwicklung in mehreren Mitgliedstaaten unberücksichtigt.[14] Daher fehlte diesem Verfahren und etwaigen darauf beruhenden Sanktionen wohl zumindest in der Vergangenheit die „realistische Aktivierungsgefahr“[15].

2. Vertragsverletzungsverfahren

Insofern war für die Kommission in den letzten Jahren das Verfahren nach Art. 258 AEUV erstes Mittel der Wahl, um auf Rechtsstaatsverletzungen von Mitgliedstaaten zu reagieren. So hat der Europäische Gerichtshof beispielsweise eine Vertragsverletzung der Republik Polen durch eine Änderung bei Ruhestandsregelungen von Richterinnen und Richtern angenommen.[16] Dies war ein Novum, weil der Europäische Gerichtshof erst einmal seine Zuständigkeit für Reformen des nationalen Gerichtswesens begründen

11 Erforderlich hierfür ist ein Ratsbeschluss, der mit qualifizierter Mehrheit getroffen werden kann. Weitere Beispiele für aussetzbare Mitgliedsrechte nennt *Ruffert* (Fn. 8), Art. 7 EUV Rn. 28 f. Vgl. auch *Hainthaler*, Werteunion (Fn. 2), S. 231 ff.

12 *B. Baade*, Die Konditionalitätsverordnung: Erwartungen und Realität anlässlich ihrer ersten Anwendung auf Ungarn, NVwZ 2023, 132 (133); *Hainthaler*, Werteunion (Fn. 2), S. 99.

13 Siehe dazu https://germany.representation.ec.europa.eu/news/eu-kommission-beendet-artikel-7-verfahren-gegen-polen-2024-05-29_de.

14 Siehe hierzu auch *Schorkopf* (Fn. 9), Art. 7 EUV Rn. 21.

15 *Hainthaler*, Werteunion (Fn. 2), S. 244. Ähnlich *Blanke*/*Sander*, Rechtstaatlichkeit (Fn. 1), 75: „stumpfes Schwert“.

16 EuGH, Urt. v. 24.6.2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts). Hierzu *L. Hering*, Das Vertragsverletzungsverfahren als Instrument zum Schutz der Unionswerte, DÖV 2020, 293 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

musste. Ihm gelang dies in der Erkenntnis einer Verletzung des Rechts auf ein unabhängiges Gericht, weil polnische Gerichte auch funktionale Unionsgerichte darstellen (vgl. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV).[17]

Für das Problem systematischer Rechtsstaatsverletzungen ist das Vertragsverletzungsverfahren allerdings weitgehend unergiebig, weil es jedenfalls nach seiner konzeptionellen Ausrichtung lediglich in der Lage ist, *punktuelle*, nicht aber systemische Mängel festzustellen.[18] Daneben stellen sich insbesondere auch Fragen nach dem effektiven Vollzug der Entscheidung. Es ergeht lediglich ein Feststellungsurteil (vgl. Art. 260 Abs. 1 AEUV); es besteht also keine unmittelbare Möglichkeit, Gestaltungswirkungen oder Verpflichtungen im Tenor anzuordnen.[19] Zwar können nach Art. 260 Abs. 2 AEUV wegen Nichtbeachtung einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs Pauschalbeträge und Zwangsgelder festgesetzt werden.[20] Allerdings kann dieser Zahlungstitel gegenüber den Mitgliedstaaten nach umstrittener Auffassung[21] (und jedenfalls faktisch) nicht vollstreckt werden (vgl. Art. 299 UAbs. 1 Hs. 2 AEUV), da es vor allem an einem Selbsteintritts-

17 EuGH, Urt. v. 24.6.2019, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen (Unabhängigkeit des Obersten Gerichts). Dabei konnte der EuGH auf seine zuvor ergangene Rechtsprechung zu einer etwaigen Verletzung von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV durch die Kürzung von Gehältern der portugiesischen Richterinnen und Richter zurückgreifen: EUGH, Urt. v. 27.2.2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses.

18 *Blanke*/*Sander*, Rechtsstaatlichkeit (Fn. 1), 76 f.; *C. F. Germelmann*, Alternativen zum Rechtsstaatsverfahren nach Art. 7 EUV?, DÖV 2021, 193 (196); *Schorkopf* (Fn. 9), Art. 7 EUV Rn. 72. Siehe auch *M. Pechstein*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 7 Rn. 22. Die Aufforderung an die Kommission, systematische Vertragsverletzungsverfahren zu führen, bietet keinen Mehrwert – so auch *Hainthaler*, Werteunion (Fn. 2), S. 270 f.

19 *W. Cremer*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 260 AEUV Rn. 2; *Hainthaler*, Werteunion (Fn. 2), S. 271; *U. Karpenstein*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München 65. EL August 2018, Art. 260 AEUV Rn. 4 f.

20 Gegenüber der Republik Polen wurde bspw. ein tägliches Zwangsgeld in Höhe von 1.000.000 Euro (EuGH, Beschl. v. 27.10.2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878), später in Höhe von 500.000 Euro (EuGH, Beschl. v. 21.4.2023, C-204/21 R-RAP, ECLI:EU:C:2023:334) festgesetzt.

21 *U. Ehricke*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 280 AEUV Rn. 2; *M. Ruffert*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 299 AEUV Rn. 3 und *P.-T. Stoll*/*B. Rigod*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München 66. EL Februar 2019, Art. 280 AEUV Rn. 1 einerseits sowie *M. Krajewski*/*U. Rösslein*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München 62. EL Juli 2017, Art. 299 AEUV Rn. 10 andererseits.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

recht der Unionsstellen fehlt.[22] Vom Gerichtshof festgestellte Vertragsverletzungen wurden daher durch die frühere polnische Regierung auch so weit wie möglich – bisweilen unter „Zuhilfenahme" des Verfassungsgerichts[23] – ignoriert: So stellte der polnische Verfassungsgerichtshof im Jahr 2021 fest, dass mehrere primärrechtliche Bestimmungen des EU-Vertrags (darunter auch Art. 2 EUV) gegen die polnische Verfassung verstoßen würden.[24]

3. Konditionalitätsverordnung und Corona-Wiederaufbaufonds

In Anbetracht der aufgezeigten Schwächen von Art. 7 EUV und Art. 258 AEUV setzte sich nach entsprechenden politischen Konsultationen die Idee durch, mithilfe finanzieller Mittelentziehungen Druck auf die in rechtsstaatliche Schieflage geratenen Mitgliedstaaten auszuüben.[25] In diesem Zuge wurde Ende des Jahres 2020 – gestützt auf die allgemeine Haushaltskompetenz (Art. 322 Abs. 1 AEUV) – die sog. Konditionalitätsverordnung[26] erlassen, die auf den Schutz des EU-Haushalts abzielt.[27] Vorteil bei Erlass dieser Reaktionsmöglichkeit war, dass Polen und Ungarn sich nicht gegenseitig Schutz gewähren konnten, weil es lediglich einer qualifizierten Mehrheit für den Beschluss dieser Verordnung bedurfte.[28] Erstmals angewendet wurde die Konditionalitätsverordnung im Dezember 2022, als der Rat für Ungarn vorgesehene Finanzmittel in Höhe von etwa 6,3 Milliarden Euro aussetzte.[29] Voraussetzung dafür ist nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung, dass

22 *Hainthaler*, Werteunion (Fn. 2), S. 200.

23 Siehe auch *Blanke/Sander*, Rechtsstaatlichkeit (Fn. 1), 71, nach denen der polnische Verfassungsgerichtshof „zu einem bloßen Organ zur Durchsetzung des politischen Willens der Regierung degradiert wurde".

24 Polnischer Verfassungsgerichtshof, Urt. v. 7.10.2021, K 3/21.

25 Hierzu ausführlich *C. Neumeier/R. Sangi*, Fiskalische Verfassungsdurchsetzung im Unionsrecht, JZ 2022, 282 ff.

26 Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, Abl. 2020 L 433 I/1.

27 Siehe hierzu *Baade*, Konditionalitätsverordnung (Fn. 12), 132 ff. und *U. Stäsche*, Der EU-Konditionalitätsmechanismus als ein „scharfes Schwert"?, EuZW 2023, 301 ff.

28 Die Primärrechtskonformität der Konditionalitätsverordnung bestätigte der EuGH in seinem Urt. v. 16.2.2022, C-156/21 und C-157/21, ECLI:EU:C:2022:97 und ECLI:EU:C:2022:98.

29 Durchführungsbeschluss (EU) 2022/2506 des Rates v. 15.12.2022 über Maßnahmen zum Schutz des Haushalts der Union vor Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn, Abl. 2022 L 325/94.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verstöße gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in einem Mitgliedstaat die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen *hinreichend unmittelbar* beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen drohen.[30] Nach Ansicht einiger fehlte es aber bei dem Großteil der von der früheren polnischen Regierung ergriffenen Maßnahmen an dem Zusammenhang zu EU-Mitteln,[31] sodass die Konditionalitätsverordnung sicherlich auch keine „Allzweckwaffe" darstellt. Auf Ungarn übte sie aber einen gewissen Druck aus und führte zu Gesprächsbereitschaft und partiellen Justizreformen.[32]

In engem Zusammenhang mit der Konditionalitätsverordnung steht auch der sog. Corona-Wiederaufbaufonds.[33] Mit ihm wird beabsichtigt, die Folgen der Pandemie durch die Förderung von Investitionen abzumildern. In der Verordnung ist ausdrücklich geregelt, dass Zahlungen ganz oder teilweise ausgesetzt werden können, wenn nach Auffassung der Kommission die festgelegten Etappenziele und Zielwerte nicht in zufriedenstellender Weise erreicht wurden (Art. 24 Abs. 6). Nachdem der Republik Polen Zugeständnisse insbesondere bei der disziplinarrechtlichen Verfolgung von Richterinnen und Richtern abgerungen wurden, kam es ihr gegenüber trotz vorheriger Drohungen zu keiner Zurückhaltung von Finanzmitteln.[34]

30 Die Verstöße gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit konkretisiert Art. 4 Abs. 2 der Konditionalitätsverordnung. Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 16.2.2022, Rs. C-156/21 und C-157/21, ECLI:EU:C:2022:97 und ECLI:EU:C:2022:98) bedarf es eines „tatsächlichen Zusammenhangs" zwischen Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit und der Beeinträchtigung des Haushalts respektive der finanziellen Interessen der Union – dazu auch *Baade*, Konditionalitätsverordnung (Fn. 12), 134.

31 *Baade*, Konditionalitätsverordnung (Fn. 12), 135.

32 *Blanke*/*Sander*, Rechtsstaatlichkeit (Fn. 1), 79 f. Siehe ergänzend auch hier: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/eu-kommission-sieht-anforderungen-die-justizreform-ungarn-erfullt-behalt-lage-weiterhin-im-blick-2023-12-14_de.

33 Verordnung (EU) 2021/241 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.02.2021 zur Einrichtung der Aufbau- und Resilienzfazilität, Nr. L 57/17.

34 Durchführungsbeschluss des Rates vom 14.6.2022 zur Billigung der Bewertung des Aufbau- und Resilienzplans Polens, 9728/22. Siehe dazu auch *Blanke*/*Sander*, Rechtsstaatlichkeit (Fn. 1), 72 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Reaktionsmöglichkeiten des Grundgesetzes im Fall einer Rechtsstaatlichkeitskrise

Nach diesem kurzen Blick auf die EU-Ebene fragt sich, wie die Bundesrepublik Deutschland mit gegebenenfalls systematischen rechtsstaatlichen Defiziten in einem Bundesland umgehen würde. Drei Institute erscheinen dabei erörterungswürdig und weisen *mutatis mutandis* eine gewisse Nähe zu den erörterten unionsrechtlichen Instrumenten auf: der Bundeszwang (1.), der Bund-Länder-Streit (2.) sowie eine mögliche Konditionalität in der Finanzverfassung (3.).

Es sei sich wiederum auf diese drei Institute und nicht auf die Herausarbeitung und Beschreibung einer Vielzahl möglicher Maßnahmen, die rechtsstaatliche Mängel in einem Bundesland auslösen können, konzentriert. Unmittelbar seien daher *de constitutione lata* wie auch *de constitutione ferenda* etwaige Reaktionsmöglichkeiten des Bundes vorgestellt, wenn es in einem Bundesland zu einem Verstoß gegen das Homogenitätsgebot kommen sollte. Nur eine These hinsichtlich einer Verletzung der Werte in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG sei aufgestellt: Die Achillesferse für eine etwaig ausgelöste Rechtsstaatlichkeitskrise in einem Bundesland dürfte wohl die etwaige Nichtbeachtung oder Missachtung von Entscheidungen der Justiz durch die Gubernative dieses Bundeslandes darstellen.[35]

1. Bundeszwang nach Art. 37 GG

Das schärfste Schwert in diesem Zusammenhang ist der sogenannte Bundeszwang.[36] Zur Durchsetzung der Bindung der Länder an ihre bundesstaatlichen Pflichten ist er in Art. 37 GG niedergelegt.

35 Umfassend dazu *P. Koepsell*, Exekutiver Ungehorsam und rechtsstaatliche Resilienz, Tübingen 2023, passim.

36 *U. Mager*, Staatsrecht I, 9. Aufl., Stuttgart 2021, Rn. 485: „schärfste Waffe des Bundes gegen ein widerspenstiges Land". Ähnlich *D. Hanschel*, Konfliktlösung im Bundesstaat, Tübingen 2012, S. 209.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Ausgestaltung de constitutione lata

aa) Grundlegendes

Der Bundeszwang ist eine unbekannte, recht „ominöse Norm", bei der „völlig unkartiertes Gelände" betreten wird.[37] Immerhin lässt sich sagen, dass der Bundeszwang eine Residualfunktion mit „generalpräventiver Wirkung"[38] erfüllt und gleichzeitig eine erhebliche Sprengkraft besitzt:[39] Wenn ein Land die ihm nach dem Grundgesetz oder einem anderen Bundesgesetz obliegenden Bundespflichten nicht erfüllt, kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates die notwendigen Maßnahmen treffen, um das Land im Wege des Bundeszwanges zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten.

Diese Bestimmung knüpft an Art. 48 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung an und war im Parlamentarischen Rat zu keinem Zeitpunkt umstritten.[40] Allerdings überrascht sie doch auf einen ersten Blick aufgrund ihrer Weite und Unbestimmtheit.[41]

So reicht es erstens aus, dass der Verstoß, der nicht qualifiziert zu sein braucht, nur ein einzelnes Bundesgesetz und nicht zwingend die Verfassung betrifft. Zweitens obliegt die Entscheidung über einen Verstoß gegen bundesstaatliche Pflichten der Bundesregierung ohne vorherige Einschaltung des Bundesverfassungsgerichts[42] – es ist lediglich die Zustimmung

37 Wörtliche Zitate von *Steinbeis*, Demokratie (Fn. 7), S. 209.

38 *J. Rühmann*, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), GG, Heidelberg 2002, Art. 37 Rn. 14.

39 Ähnlich *A. Engels*, in: K.-H. Friauf/W. Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, Berlin 45. EL Mai 2015, Art. 37 Rn. 8; *W. G. Leisner*, in: H. Sodan (Hrsg.), GG, 4. Aufl., München 2018, Art. 37 Rn. 1; *M. Schubert*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl., München 2021, Art. 37 Rn. 3. Siehe auch *T. v. Danwitz*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), GG, Bd. 2, 8. Aufl., München 2024, Art. 37 Rn. 13, der von einer „unverzichtbaren Reservefunktion zur Sicherung der bundesstaatlichen Einheit" spricht.

40 Zur Entstehungsgeschichte näher JöR n.F. Bd. 1 (1951), 334 ff. sowie *H. H. Klein*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG, München 57. EL Januar 2010, Art. 37 Rn. 22 ff.

41 Vgl. auch *R. Stettner*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 10, Heidelberg 190. EL April 2018, Art. 37 Rn. 47: kein „Wunderwerk juristischer Präzision und dogmatischer Durchbildung" und *S. Noelting*, Der Bundeszwang, 1956, S. 31: „in mancher Hinsicht geheimnisvoll".

42 Das schien einmütige Auffassung im Parlamentarischen Rat gewesen zu sein, vgl. JöR n.F. Bd. 1 (1951), 336. So auch *v. Danwitz* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Bundesrates vonnöten.[43] Diese ergeht durch Mehrheitsbeschluss; eine Einstimmigkeit wird nicht gefordert.[44] In diesem Verletzungsfall ist die Bundesregierung schließlich drittens generalklauselartig dazu ermächtigt, die „notwendigen Maßnahmen" zu treffen[45] – dies erinnert an die Formulierung der polizeirechtlichen Generalklauseln.[46]

In Bezug auf diese Rechtsfolgenweite des Bundeszwangs finden sich in der Literatur nur wenige Einschränkungen: Ausgeschlossen ist insbesondere, dass die Bundesregierung die Bundeswehr einsetzt oder das vom Bundeszwang betroffene Land auflöst.[47] Auch finanzielle Sanktionen sollen nach vereinzelter Auffassung wegen eines – vermeintlichen – Vorrangs der Finanzverfassung nicht möglich sein.[48] Zulässig ist aber nach ganz herrschender Literatur der Selbsteintritt des Bundes – hier scheint ein wesentlicher Unterschied zur Unionsebene auf – sowie im Extremfall wohl auch die vorläufige Übernahme der Regierungsgewalt (sog. Sequestration).[49] Es sind also eine Vielzahl von Maßnahmen denkbar, die sich nicht auf die in Art. 7 EUV ausdrücklich genannte mögliche Entziehung des Stimmrechts beschränken: Diesbezüglich scheint erwähnenswert, dass nicht eindeutig beantwortet wird, was eigentlich mit den Stimmen des vom Bundeszwang betroffenen Bundeslands im Bundesrat im Falle der

43 Vereinzelt wird versucht in die Wendung „*notwendige* Maßnahmen" die Erforderlichkeit einer vorherigen möglichen Anrufung des Bundesverfassungsgerichts hineinzuinterpretieren – so *Stettner* (Fn. 41), Art. 37 Rn. 47, 50. Dagegen: *Engels* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 36; *K. Haas*, Die Bundesaufsicht und der Bundeszwang, 1954, S. 45 f.; *H. D. Jarass*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth (Hrsg.), GG, 18. Aufl., München 2024, Art. 37 Rn. 4; *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 63; *J. Oebbecke*, Verwaltungszuständigkeit, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 136 Rn. 53 m.w.N.; *H. D. Pötschke*, Bundesaufsicht und Bundeszwang nach dem Grundgesetz, Würzburg 1967, S. 176 f.

44 Nach § 28 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Bundesrates ist das betroffene Land hierbei stimmberechtigt.

45 Plastisch: *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 82: „Zulässig sind alle tatsächlich und rechtlich zur Verfügung stehenden Machtmittel." Diese Unbestimmtheit des Wortlauts verteidigend *Stettner* (Fn. 41), Art. 37 Rn. 92.

46 *v. Danwitz* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 28.

47 *J. Hellermann*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Beck-OK, GG, München 57. Ed. Januar 2024, Art. 37 Rn. 9.2 und 9.4; *Jarass* (Fn. 43), Art. 37 Rn. 6. Weitere unzulässige Maßnahmen sind bei *Stettner* (Fn. 41), Art. 37 Rn. 97 aufgelistet.

48 So *W. Pauly*/C. *Pagel*, Bundeszwang in der föderalen Finanzordnung, DÖV 2006, 1028 (1030 f.). Anders bspw. *L. Münkler*, in: B. Schmidt-Bleibtreu (Hrsg.), GG, 15. Aufl., Köln 2022, Art. 37 Rn. 11; *H. A. Wolff*, in: D. Hömig/H. A. Wolff (Hrsg.), GG, 13. Aufl., Baden-Baden 2022, Art. 37 Rn. 6.

49 Dazu *Hellermann* (Fn. 47), Art. 37 Rn. 9.1; *Stettner* (Fn. 41), Art. 37 Rn. 95.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sequestration geschieht.[50] Dass die Bundesregierung die Stimmrechtsausübung übernimmt, erscheint als ein mit dem föderalen Verfassungsorgan Bundesrat nicht zu rechtfertigender Fremdkörper. Daher ist zu befürworten, dass die Stimmen des entsprechenden Bundeslandes ruhen und sie bei Beschlüssen für die Ermittlung der Stimmenmehrheit der gesetzlichen Mitgliederzahl außer Ansatz bleiben.[51]

bb) Durchführung

Die Anwendung des Bundeszwangs würde sich in mehrere Verfahrensschritte unterteilen:[52] Die Bundesregierung hat erstens in eigener Verantwortung festzustellen, dass ein Verfassungsorgan eines Bundeslandes gegen bundesstaatliche Pflichten verstößt.[53] Sodann hat sie zweitens darüber zu entscheiden, *ob* sie im Wege des Bundeszwangs oder auf andere Weise – zum Beispiel durch die Einleitung eines Bund-Länder-Streits – oder auch (noch) nicht auf diese angenommene Pflichtverletzung reagieren will.[54] Entscheidet sich die Bundesregierung für die Anwendung des Bundeszwangs, hat sie drittens auch das „Wie" zu bestimmen. Bei der Auswahl der Maßnahmen ist sie nach Wortlaut und Regelungsintention auf das Notwendige beschränkt, was nach überzeugender Auffassung eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert.[55] Diese wird zwar teilweise insbesondere mit dem Argument in Abrede gestellt, dass im Verhältnis des Bundes zu den Ländern für die aus der Grundrechtsdogmatik stammende Verhält-

50 Hierzu *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 97 und *Stettner* (Fn. 41), Art. 37 Rn. 97.

51 Dafür wohl auch *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 97.

52 Siehe hierzu und im Folgenden *H. Bauer*, in: H. Dreier (Hrsg.), Bd. II, GG, 3. Aufl., Tübingen 2015, Art. 37 Rn. 12; *v. Danwitz* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 32 ff.; *Hellermann* (Fn. 47), Art. 37 Rn. 8 ff.; *Schubert* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 14 ff.

53 *v. Danwitz* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 18 ff.

54 Dazu auch *Hellermann* (Fn. 47), Art. 37 Rn. 3.3; *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 63 und *Münkler* (Fn. 48), Art. 37 Rn. 4. Aus Art. 28 Abs. 3 GG kann sich ggf. eine Pflicht zum Einschreiten ergeben.

55 Dafür schon *H. Schäfer*, Bundesaufsicht und Bundeszwang, AöR 78 (1952/53), 1 (45); *Haas*, Bundesaufsicht (Fn. 43), S. 48 f. und *P.-M. Mombaur*, Bundeszwang und Bundestreue, Köln 1964, S. 72. Siehe auch *C. Baier*, Bundesstaat und Europäische Integration, Berlin 2006, S. 220; *J. Ennuschat*, Der Bundeszwang gem. Art. 37 GG, NWVBl. 2018, 309 (311); *L. Münkler* (Fn. 48), Art. 37 Rn. 10; *Pauly*/*Pagel*, Bundeszwang (Fn. 48), 1034; *F. Schöning*, Föderale Intervention als Instrument zur Bewahrung eines Bundesstaates, Baden-Baden 2008, S. 314.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nismäßigkeitsprüfung kein Platz sei.[56] Unabhängig von der Überzeugungskraft des nicht nur in diesem Zusammenhang anzutreffenden Arguments spricht aber für die Durchführung einer zumindest am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Prüfung, dass der Normtext des Art. 37 GG die zulässigen Maßnahmen ausdrücklich auf das „*Notwendige*" beschränkt.[57] Gleichwohl wird man der Bundesregierung aber einen nicht unerheblichen Ermessensspielraum zubilligen können und müssen.[58] Vor der konkreten Anwendung des Bundeszwangs hat die Bundesregierung schließlich zu der Frage des „Ob" des Einschreitens und auch der avisierten Maßnahmen die Zustimmung des Bundesrates einzuholen. Dies stellt ein föderales, verfahrenssicherndes Element dar, das prozedural den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergänzt.

Dass sich – wie auf EU-Ebene – einzelne Staaten gegenseitig „decken" können, versucht Art. 37 Abs. 2 GG auszuschließen. Denn hiernach soll der Bundesregierung zur effektiven Durchführung des Bundeszwangs auch gegenüber allen anderen Bundesländern ein Weisungsrecht zukommen.[59]

Seit Geltung des Grundgesetzes ist der Bundeszwang freilich noch kein einziges Mal angewendet worden,[60] was sicherlich mit der hohen politischen Stabilität der vergangenen 75 Jahre zusammenhängt.[61] Er gilt – jedenfalls mittlerweile – allgemein als *ultima ratio*,[62] wenngleich das Bundesverfassungsgericht in einer sehr frühen und vereinzelten Entscheidung

56 So insb. *v. Danwitz* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 36. Vgl. auch *Engels* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 25; *Hellermann* (Fn. 47), Art. 37 Rn. 10 und *A. Heusch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, Berlin 2003, S. 119 ff.

57 Ähnlich *Heusch*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 56), S. 125 und *Jarass* (Fn. 43), Art. 37 Rn. 4.

58 Vgl. *Hellermann* (Fn. 47), Art. 37 Rn. 2, der diesbezüglich nur eine Evidenzkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht zulassen will. Ähnlich *v. Danwitz* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 36, 45.

59 Diese Weisungen unterfallen nicht der Zustimmungspflicht des Bundesrates, vgl. *Stettner* (Fn. 41), Art. 37 Rn. 103 m.w.N.

60 *Ennuschat*, Bundeszwang (Fn. 55), 309; *Hellermann* (Fn. 47), Art. 37 Rn. 2; *Jarass* (Fn. 43), Art. 37 Rn. 1. Anders zu Zeit der Weimarer Republik, als Reichsexekutionen auf der Grundlage von Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung 1920 gegen die thüringischen Einzelländer und Sachsen-Gotha sowie 1923 gegen Sachsen und im bekanntesten Fall 1932 gegen Preußen (sog. Preußenschlag) stattfanden – dazu m.w.N. *v. Danwitz* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 2; *Noelting*, Der Bundeszwang (Fn. 41), S. 27 f. und *Stettner* (Fn. 41), Art. 37 Rn. 28. Allgemein dazu: *F. Shirvani*, Die Bundes- und Reichsexekution in der neueren deutschen Verfassungsgeschichte, Der Staat 50 (2011), S. 102 ff.

61 *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 3.

62 *Schubert* (Fn. 39), Art. 37 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus dem Jahr 1953 betreffend die Gewährung von Weihnachtszuwendungen durch zwei Bundesländer eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG unter anderem wegen eines vermeintlichen Vorrangs des Bundeszwangs nicht treffen wollte.[63]

b) Reformoptionen

Wie geschildert, weist die Vorschrift des Art. 37 GG insgesamt eine doch recht bedenkliche tatbestandliche Offenheit auf und auch die Rechtsfolgen sind nicht hinreichend bestimmt. Insofern bedarf es an dieser Stelle einer Nachjustierung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber: So sollten zum einen nur Verstöße gegen die Verfassung[64] und insbesondere gegen das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG mit dem Bundeszwang sanktioniert werden können.

Zum anderen ist auf der Rechtsfolgenseite an die Normierung stufenweise anzuordnender Maßnahmen zu denken: also zunächst Weisung, dann Selbsteintritt respektive Ersatzvornahme,[65] ggf. Einsatz der Bundespolizei[66] und im äußersten Fall Sequestration. Eine Maßnahme sollte vollstreckungsrechtsähnlich unter Androhung der hierauf folgenden intensiveren Stufe separat festgesetzt und durchgesetzt werden.

Dass hierdurch der Bundeszwang an Effektivität verlöre, ist nicht zu befürchten; zumal jedenfalls für die erste Stufe der Weisung deren Entfall

63 BVerfGE 3, 53 (57): „Die einstweilige Anordnung ist endlich nicht der einzige Weg, mit dem die Bundesregierung das von ihr erstrebte Ziel erreichen könnte. Da sie der Auffassung ist, daß die Antragsgegner die ihnen nach dem Grundgesetz obliegenden Bundespflichten durch Gewährung von Weihnachtszuwendungen verletzen, könnte sie mit Zustimmung des Bundesrates gemäß Art. 37 GG den Ländern Bayern und Hessen die Auszahlung der Weihnachtszuwendungen untersagen. Die einstweilige Anordnung ist nicht als Mittel gedacht, die Verantwortung für politische Entscheidungen, die der Bundesregierung im Verhältnis zu den Ländern und den Landesregierungen im Verhältnis zu den Landtagen obliegen, dem Bundesverfassungsgericht zuzuschieben." Davon ist das Bundesverfassungsgericht aber recht schnell wieder abgerückt – siehe BVerfGE 7, 367 (372).

64 So auch Art. 19 der Reichsverfassung von 1871: „Wenn Bundesglieder ihre *verfassungsmäßigen* Bundespflichten nicht erfüllen, können sie dazu im Wege der Exekution angehalten werden. Diese Exekution ist vom Bundesrathe zu beschließen und vom Kaiser zu vollstrecken." (Hervorh. d. Verf.).

65 Dafür kommt insbesondere die Bestellung eines Beauftragten in Betracht: *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 85, 87.

66 Deren Einsatz ist *de constitutione lata* aufgrund eines umstrittenen Verhältnisses zu Art. 91 Abs. 2 GG nicht von Zweifeln frei. Vgl. dazu *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei Gefahr im Verzug vorgesehen werden könnte. Andere als die hier genannten Maßnahmen dürften zudem nicht praktikabel oder geeignet sein. Denn trotz der Vielgestaltigkeit möglicher Verstöße gegen bundesstaatliche Pflichten ist der tatsächliche Instrumentenkasten für den Bund wohl auf diese Mittel begrenzt und kann daher – insbesondere aus Gründen der besseren Vorhersehbarkeit – auch normiert werden.

Des Weiteren sollte im Wortlaut der Norm ausdrücklich ein Einschreiten von einer vorherigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abhängig gemacht werden. Diese könnte im einstweiligen Rechtsschutz oder – präziser und insofern eine weitere Anleihe aus dem Unionsrecht[67] – in einem beschleunigten Verfahren ergehen.[68] Dies diente der rechtsstaatlichen Absicherung und Kontrolle, bevor die Bundesgubernative von einem so weitreichenden Instrument Gebrauch macht. Verhindert werden soll hierdurch insbesondere auch, dass – mangels Suspensiveffekts einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts durch das betroffene Land – vorschnell jedenfalls faktisch vollendete Tatsachen geschaffen werden können. Durch die notwendige Einschaltung des Bundesverfassungsgerichts würde der Zweck des Bundeszwangs auch im Wesentlichen auf die Durchsetzung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen begrenzt. So ist es übrigens in Österreich, wo weitgehend der Bundespräsident die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs „exekutiert".[69] Dadurch würde der „Fremdkörper in dem auf Kompromiss, Mediation und Streitschlichtung durch Richterspruch ausgerichteten Verfassungssystem des Grundgesetzes"[70] beseitigt und rechtsstaatlich krisensicher ausgestaltet.

67 Vgl. Art. 105 f. und Art. 133 ff. der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, Abl. 2012 Nr. L 265/1.

68 In diesem Zusammenhang könnte das Bundesverfassungsgericht beispielsweise gesetzlich dazu verpflichtet werden, eine Entscheidung alsbald – gegebenenfalls binnen Monatsfrist (so Art. 269 UAbs. 2 Satz 2 AEUV für das Verfahren nach Art. 7 EUV) – zu treffen.

69 Art. 146 Abs. 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes lautet: „Die Exekution der übrigen Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes liegt dem Bundespräsidenten ob. Sie ist nach dessen Weisungen durch die nach seinem Ermessen hiezu beauftragten Organe des Bundes oder der Länder einschließlich des Bundesheeres durchzuführen. Der Antrag auf Exekution solcher Erkenntnisse ist vom Verfassungsgerichtshof beim Bundespräsidenten zu stellen. Die erwähnten Weisungen des Bundespräsidenten bedürfen, wenn es sich um Exekutionen gegen den Bund oder gegen Bundesorgane handelt, keiner Gegenzeichnung nach Art. 67." Siehe dazu auch *Klein* (Fn. 40), Art. 37 Rn. 31.

70 *Stettner* (Fn. 41), Art. 37 Rn. 110.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Bund-Länder-Streit

Zur Umsetzung der grundgesetzlichen Bindungen der Länder ist vor dem Bundeszwang bei rechts- oder bundesstaatswidrigen Einzelmaßnahmen an einen Bund-Länder-Streit nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 3 GG zu denken. Damit können Verstöße insbesondere auch gegen die Homogenitätsanforderungen aus Art. 28 Abs. 1 GG gerichtlich festgestellt werden.

a) Ineffektivität

Als gleich effektiv wie der Bundeszwang erweist sich der Bund-Länder-Streit aber freilich nicht und will es auch gar nicht sein, weil er auf die Beachtung des Gerichtsspruchs vertraut. Hierin liegt aber zugleich seine Schwäche: Es ergeht lediglich ein – häufig vergangenheitsbezogener – Feststellungstenor.[71] Weitergehende Tenorierungs- oder Sanktionsmöglichkeiten sind nicht vorgesehen. Insbesondere kann anders als auf unionaler Ebene – dort: Art. 260 Abs. 2 AEUV – *kein* sanktionierender Pauschalbetrag oder ein den entgegenstehenden Willen beugendes Zwangsgeld verhängt werden.[72] Hinzu kommt, dass der Bund-Länder-Streit – wie auf Unionsebene das Vertragsverletzungsverfahren – aufgrund seiner *punktuellen* Zielrichtung für die Beseitigung systemischer Mängel wohl unzureichend ausgeformt ist. Er kann zwar einzelne, konkrete Verfassungsverstöße durch ein Bundesland gut aufzeigen, ist aber weitgehend auf die Akzeptanz des unterlegenen Bundeslandes angewiesen. Es sind zwar trotz des bloßen Feststellungstenors jedenfalls nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG denkbar, deren Effektivität mangels gehäufter Fälle exekutiven Ungehorsams aber nicht belegt ist.[73]

---

71 *K. Schlaich/S. Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl., München 2021, Rn. 373; *C. Walter*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG, München 80. EL Juni 2017, Art. 93 Rn. 293.

72 Dies ist – wenn überhaupt – nur über eine Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG möglich, die aber „die wohl problematischste Bestimmung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes" (*H. Bethge*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge (Hrsg.), BVerfGG, München 57. EL Juni 2019, § 35 Rn. 1) darstellt und daher ihrerseits aus Gründen der Vorsehbarkeit und Bestimmtheit schärfere Konturen verdient. Kritisch zum diesbezüglich weiten Verständnis der h.M.: *H. Sauer*, in: C. Walter/B. Grünewald (Hrsg.), Beck-OK, BVerfGG, München 17. Ed. Juni 2024, § 35 Rn. 14 ff.

73 Vgl. dazu die Nachweise in der vorherigen Fußnote sowie *W. Roth*, Grundlage und Grenzen von Übergangsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen, AöR 124 (1999), 470 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Entwicklungsmöglichkeiten

In Anbetracht der bloßen Feststellungswirkung einer Entscheidung im Bund-Länder-Streitverfahren ließe sich überlegen, ob nicht in bestimmten Fällen auch eine *Gestaltung*stenorierung erlaubt werden sollte. Hierdurch könnte bereits durch das Bundesverfassungsgericht eine verfassungs-, insbesondere bundes- und rechtsstaatswidrige Maßnahme, unmittelbar aufgehoben werden. Auch könnten *Verpflichtung*surteile zugelassen werden,[74] wie sie ausdrücklich im verfassungsrechtlichen Land-Land-Streit bereits vorgesehen sind.[75] Schließlich kann die Möglichkeit der Festsetzung von Pauschalbeträgen und Zwangsgeldern – als gleichsam milderes Mittel zum Bundeszwang – erwogen werden, wenn das betroffene Land sich weigert, eine bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung umzusetzen. Finanzieller Druck – dies lehren die Erfahrungen aus Brüssel – kann ausbrechende Mitglieder jedenfalls teilweise wieder einfangen.

3. Konditionalität in der Finanzverfassung

Möglicherweise lässt der „finanzielle Druck" als Stichwort auf den ersten Blick auch den Vorschlag sympathisch erscheinen, im deutschen Finanzverfassungsrecht ähnlich wie auf EU-Ebene eine Konditionalität vorzusehen. Dies wäre mit der Folge verbunden, dass insbesondere Finanzzuweisungen des Bundes an die Länder zurückbehalten oder entzogen werden könnten, wenn rechtsstaatliche Defizite zu Tage treten. Einige mögliche Anknüpfungspunkte seien an dieser Stelle genannt.

a) Steuerverteilung, Art. 106, 107 GG

Es wäre wohl impraktikabel, an der Steuerertragshoheit des Art. 106 GG anzusetzen. In dieser Vorschrift wird detailreich vorgesehen, welche Steuern dem Bund (Art. 106 Abs. 1 GG), welche den Ländern (Art. 106 Abs. 2

74 Keinen Mehrwert wegen der Möglichkeit von Vollstreckungsanordnungen nach § 35 BVerfGG sieht *Bethge* (Fn. 72), § 35 Rn. 32.

75 Vgl. § 72 Abs. 1 BVerfGG für andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern i.S.v. Art. 94 Abs. 1 Nr. 4 GG und § 13 Nr. 8 BVerfGG, wo die Tenorierungsmöglichkeiten „überraschenderweise weiter als beim Bund-Länder-Streit" (so *T. Masing*, in: C. Walter/B. Grünewald (Hrsg.), Beck-OK, BVerfGG, München 17. Ed. Juni 2024, § 72 Rn. 2) sind.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GG) und welche Steuern als sog. Gemeinschaftssteuern sowohl dem Bund als auch den Ländern (vgl. Art. 106 Abs. 3 GG) zur Verwendung zugewiesen sind. In einem weiteren Absatz des Art. 106 GG – oder im Rahmen von Art. 107 GG, der die Steuerverteilung und den sog. Umsatzsteuerfinanzausgleich[76] zwischen den einzelnen Bundesländern betrifft – ließe sich theoretisch regeln, dass es zu einem gewissen Abschlag bei denjenigen Steuerzuweisungen kommen kann, die einem Land zustehen, wenn dieses gegen seine bundesstaatlichen Pflichten und insbesondere gegen das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG verstößt.

Art. 108 Abs. 2 Satz 1 GG sieht allerdings vor, dass der ganz überwiegende Steueranteil durch die Landesfinanzbehörden verwaltet wird – dies zwar im Auftrag des Bundes, wenn zumindest ein Teil der Steuern dem Bund zufließt (vgl. Art. 108 Abs. 3 Satz 1 GG).[77] Allerdings besteht hier natürlich die Gefahr, dass das Land die ihm eigentlich zustehenden Steuereinnahmen behält und gegebenenfalls sogar Steuerzuweisungen an den Bund unterlässt. Gewiss könnte ein solches Verhalten mit dem Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht erfolgreich angefochten werden. Es drohte in diesem Fall aber eine gewisse Eskalationsspirale und letzten Endes dürften die Länder bei den Steuerzuweisungen infolge des föderalen Verwaltungsaufbaus jedenfalls faktisch „am längeren Hebel" sitzen.

b) Ergänzungszuweisungen, Art. 107 Abs. 2 Sätze 5 und 6 GG

Insofern erscheint es vielversprechender, an besondere Mittelzuweisungen des Bundes anzuknüpfen. Dabei sei zunächst an die Ergänzungszuweisungen gedacht, die nach Art. 107 Abs. 2 Sätze 5 und 6 GG möglich sind. Hiernach kann durch Gesetz bestimmt werden, dass der Bund aus seinen Mitteln leistungsschwachen Ländern unter anderem Zuweisungen zur ergänzenden Deckung ihres allgemeinen Finanzbedarfs (sog. Ergänzungszuweisungen) gewähren kann.[78] Diese betrugen im Jahr 2023 etwa acht

76 Dazu prägnant z.B. *H. Kube*, in: V. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), Beck-OK, GG, München 58. Ed. Juni 2024, Art. 107 Rn. 15 ff.

77 Dazu näher *K. A. Schwarz*, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), GG, München 87. EL März 2019, Art. 108 Rn. 38 ff.

78 Auch können nach Art. 107 Abs. 2 Satz 6 GG leistungsschwache Länder Zuweisungen erhalten, wenn deren Gemeinden eine besonders geringe Steuerkraft aufweisen oder Fördermittel nach Art. 91b GG die Einwohneranteile des Landes unterschreiten.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Milliarden Euro und flossen an die Mehrheit der Bundesländer.[79] An dieser Stelle ließe sich wohl leicht eine Bedingung dahingehend einfügen, dass das entsprechende Land – um diese Ergänzungszuweisungen zu erhalten – zumindest den Homogenitätsanforderungen aus Art. 28 Abs. 1 GG genügen muss. Treffen würde eine derartige Konditionalität dann in erster Linie finanzschwache Länder.[80] Über einen Verstoß gegen Art. 28 Abs. 1 GG könnte der Deutsche Bundestag – ggf. mit einer qualifizierten Mehrheit und bei Zustimmungspflicht des Bundesrates – entscheiden.[81] Wollte man auf eine derartige Politisierung verzichten, böte sich alternativ ein neu zu schaffendes Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht an.[82]

c) Finanzhilfen, Art. 104b GG

Einen weiteren Anknüpfungspunkt bilden die Finanzhilfen des Bundes im Sinne des Art. 104b Abs. 1 GG, von denen alle Bundesländer profitieren:[83] Hiernach kann der Bund den Ländern für besonders bedeutsame Investitionen Zuschüsse gewähren, wenn dies zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet, zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums oder aufgrund von Naturkatastrophen oder außergewöhnlichen Notsituationen erforderlich ist.[84] Diese Hilfen sind nicht auf finanz-

79 Siehe https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentliche-Finanzen/Ausgaben-Einnahmen/Tabellen/laenderfinanzausgleich.html.

80 Siehe schon *Noelting*, Bundeszwang (Fn. 41), S. 102. Das ist übrigens auf unionaler Ebene nicht anders: Mit Polen und Ungarn waren bisher zwei „Nettoempfänger" von EU-Mitteln durch entsprechende Sanktionen betroffen. Auf finanzstärkere Mitgliedstaaten bleibt die Wirkung der Konditionalitätsverordnung zweifelhaft.

81 Dieser Beschluss könnte im Rahmen eines Bund-Länder-Streits nach Art. 94 Abs. 1 Nr. 3 GG, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG durch das Bundesverfassungsgericht überprüft werden.

82 Vgl. in diese Richtung das ebenfalls auf den Entzug von Finanzmitteln gerichtete besondere parteienrechtliche Verfahren nach Art. 21 Abs. 3 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 2a, 43 ff. BVerfGG.

83 Vgl. zum Beispiel § 2 der Verwaltungsvereinbarung zum Kommunalinvesitionsförderungsgesetz: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Oeffentliche_Finanzen/Foederale_Finanzbeziehungen/Kommunalfinanzen/Foerderung-Investitionen/verwaltungsvereinbarung-kinvfg-I.pdf?__blob=publicationFile&v=1#:~:text=Das%20Sonderverm%C3%B6gen%20.

84 Im Falle von Naturkatastrophen und außergewöhnlichen Notsituationen ist anders als im Übrigen keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes vonnöten; allerdings müssen auch hier die weiteren Voraussetzungen des Satzes 1 – und insbesondere

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schwache Länder begrenzt.[85] Auch für die Gewährung derartiger Bundeshilfen könnte verlangt werden, dass das entsprechende Bundesland seinen bundesstaatlichen Pflichten nachkommt und der Rechtsstaat ordnungsgemäß funktioniert.

d) Zweckmäßigkeit

Bei alledem muss aber natürlich verfassungs*politisch* entschieden werden, ob die Möglichkeit der Zurück- oder Vorenthaltung derartiger Finanzmittel überhaupt gewollt ist und die Finanzverfassung gegenüber Bundesländern, in denen rechtsstaatliche Defizite zu Tage treten, eine derartige resiliente Funktion einnehmen soll. Es darf also insofern die Frage der Zweckmäßigkeit eines solchen Vorgehens nicht aus dem Blick geraten. Denn in gewisser Weise treffen solche Maßnahmen natürlich auch – und vielleicht vor allem – die Bürgerinnen und Bürger im betroffenen Bundesland, indem für die Landespolitik gegebenenfalls weniger gestalterische Finanzmittel zur Verfügung stehen. Die politisch in dem Land Verantwortlichen könnten sich zudem als „Opfer" einer vermeintlich rigiden Bundesstaatsgewalt darstellen – ein Narrativ, das auch von den Auseinandersetzungen zwischen Europäischer Union und einzelnen Mitgliedstaaten bekannt ist. Andererseits führte dies möglicherweise dazu, dass das Landesvolk den die Landesregierung unterstützenden Parteien mehr und mehr das Vertrauen entzieht. Die Wirkung derartiger Maßnahmen wäre jedenfalls im Vorfeld zu prognostizieren und im Fall der Anwendung stets auch zu evaluieren.[86] Recht intensiv würden sie wohl vor allem finanzschwächere Bundesländer treffen, bei denen insbesondere die Bundesergänzungszuweisungen einen nicht unbeachtlichen Anteil am Landeshaushalt einnehmen.

---

der Investitionsbegriff – erfüllt sein. Dazu *W. Heun/A. Thiele*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 3. Aufl., Tübingen 2018, Art. 104b Rn. 29 und *H. Siekmann*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl., München 2021, Art. 104b Rn. 35.

85 Vgl. §§ 1 und 2 des Gesetzes zur Förderung von Investitionen finanzschwacher Kommunen (Kommunalinvestitionsförderungsgesetz) vom 25.06.2015 (BGBl. I S. 974), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 04.12.2022 (BGBl. I S. 2142).

86 In diese Richtung weist auch ausdrücklich Art. 7 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 EUV, wonach der Rat bei der Aussetzung bestimmter Mitgliedschaftsrechte die möglichen Auswirkungen derartiger Maßnahmen auf die Rechte und Pflichten natürlicher wie juristischer Personen zu berücksichtigen hat.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Fazit

Aus Brüssel lässt sich einiges lernen: zunächst einmal im Allgemeinen die Tatsache, dass die Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze in Gesellschaften, die immer mehr zu den Extremen hinneigen, nicht selbstverständlich ist; zum zweiten, dass im Besonderen die Bereitschaft, Urteilen der Justiz zu folgen, nicht vorbehaltlos besteht, und zum dritten, dass durch die Drohung mit finanziellem Mittelentzug Druck ausgeübt werden kann, der zumindest in Teilen erfolgversprechend erscheint.

Die Bundesrepublik Deutschland verfügt ob ihrer Bundesstaatseigenschaft *prima vista* über erfolgversprechendere Instrumente, ausbrechende Bundesländer zur Einhaltung ihrer bundesstaatlichen Pflichten und insbesondere auch des Homogenitätsgebots anzuhalten. Die Weite des Art. 37 GG stimmt allerdings bedenklich und wirkt ein wenig aus der Zeit gefallen. Dem Bundeszwang sollten daher auf Tatbestands- wie auf Rechtsfolgenseite schärfere Konturen verliehen werden. Außerdem bieten sich bei den Entscheidungswirkungen aus einem Bund-Länder-Streit behutsame Erweiterungen an. Schließlich ist eine Diskussion darüber zu führen, ob und auf welche Weise in der Finanzverfassung Konditionalitätserfordernisse normiert werden können und sollten.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfassungsschutz durch Sanktionen

Eine vergleichende Analyse von Instrumenten der Europäischen und Afrikanischen Union

Rebecca Kruse

Abstract: *Der Beitrag untersucht, wie wehrhaft die Verfassungen internationaler Organisationen sind und zukünftig sein können. Dafür analysiert er die Sanktionsmechanismen der Europäischen und Afrikanischen Union zum Schutz demokratischer und rechtsstaatlicher Standards in ihren Mitgliedstaaten. Während sich die EU auf den Erhalt ihrer Grundwerte fokussiert, verfügt die AU über ein eigenes Sanktionsregime für Fälle von verfassungswidrigen Regierungswechseln. Hauptinstrumente sind dabei in beiden Organisationen Suspendierungen von Mitgliedsrechten, Finanzsanktionen und Gerichtsverfahren, aber auch Reporting-Verfahren. Nach einer Darstellung der Instrumente werden insbesondere die zu Grunde liegenden Verfahren untersucht und ergründet, warum sie es nicht vermögen, Verletzungen wirksam Einhalt zu gebieten. Dies liegt zu einem kleinen Teil an der Ausgestaltung der Regelungen (z.B. Einstimmigkeitserfordernisse) und zu einem großen Teil an der inkonsequenten Umsetzung, wobei beide Organisationen voneinander lernen können.*

I. Einführung

Die Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes wird in Deutschland angesichts der jüngsten Wahlsiege der AfD bei den Landtagswahlen im Herbst 2024 verstärkt diskutiert. Als mahnende Beispiele werden regelmäßig die von der Fidesz- bzw. PiS-Partei geprägten Entwicklungen in Ungarn und Polen angeführt. Die Mitgliedschaft in der oft beschworenen Wertegemeinschaft der Europäischen Union (EU) bietet dabei aktuell nur wenig Anlass zu der Hoffnung, darüber die Einhaltung rechtsstaatlicher und demokratischer Standards sichern zu können. Insofern steht nicht nur die Wehrhaftigkeit nationaler Verfassungen in Frage, sondern auch die Möglichkeit internationaler Organisationen wie der EU,[1] ihre Grundwerte gegen Entwicklungen

1 Auch wenn die EU mit ihren supranationalen Elementen über das für internationale Organisationen Übliche weit hinausgeht und sich dafür die (deutsche) Bezeichnung als Staatenverbund etabliert hat, kann sie angesichts ihrer Ursprünge als internationale Organisation bezeichnet werden; *M. Pechstein* in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV,

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in ihren Mitgliedsstaaten zu verteidigen. Die Einbindung in eine bezüglich ihrer eigenen Werte wehrhafte internationale Organisation böte einerseits den betroffenen Bürger*innen eine weitere Schutzebene, wenn ihre eigene Verfassung in Frage gestellt wird, und könnte andererseits die Erosion ebensolcher Standards auf Ebene der Organisation verhindern. Die verhaltene Reaktion der EU auf Viktor Orbáns Einrichtung einer sogenannten illiberalen Demokratie in Ungarn und auf den Abbau des Rechtsstaats in Polen haben Lücken in der Wehrhaftigkeit der EU offenbart. Während die Organisation weltweit für demokratische und rechtsstaatliche Standards eintritt, erfüllen viele Mitgliedsstaaten diese selbst nur eingeschränkt.[2]

Ein Kontinent, dessen Länder regelmäßig für undemokratische Regierungswechsel in den internationalen Fokus geraten,[3] wird nur durch das Mittelmeer von Europa getrennt. In der Afrikanischen Union (AU) ist ein sogenannter Coup Belt entstanden. Dieser Begriff wurde in den letzten Jahren populär, um die erfolgreichen Coups seit 2020 zu verdeutlichen. Geografisch reicht er von West- nach Ostafrika.[4] Die Hintergründe für die erzwungenen Regierungswechsel sind höchst unterschiedlich. In Burkina Faso wurden im September 2022 Sicherheitsbedenken angesichts islamisti-

3. Aufl., München 2018, Art. 1 EUV Rn. 13; *W. Heintschel von Heinegg* in: C. Vedder/W. Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 1 EUV Rn. 2; *H. Schröter* in: H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Vorbemerkung zu den Art. 101–109 Rn. 4; *C. Nowak* in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2. Aufl., Tübingen 2023, Art. 1 EUV Rn. 9–10; *M. Nettesheim* in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, München Mai 2024, Art. 1 EUV Rn. 55–58; *M. Ruffert* in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 1 EUV Rn. 5. Dieser Betrag wird daher sowohl die EU als auch die AU als internationale Organisation bezeichnen.

2 Liberties Rule of Law Report 2024, abrufbar unter: https://dq4n3btxmr8c9.cloudfront.net/files/oj7hht/Liberties_Rule_Of_Law_Report_2024_FULL.pdf (abgerufen am 14.10.2024).

3 Historischer Überblick bei *O. Fagbadebo*, Historicising Coup d'etats in Africa, in: A. O. Akinola (Hrsg.), The Resurgence of Military Coups and Democratic Relapse in Africa, Cham 2024, S. 29. Konkreter mit Bezug auf die Reaktion der AU *A. Singh*, African Union and the Consequences of Coup d'états in West Africa, in: A. O. Akinola/E. A. Liaga (Hrsg.), Development and regional stability in Africa, Cham 2024, S. 153; *C. Nyinevi/R. Fosu,* The African Union's Prohibition of Unconstitutional Changes of Government, African Security 2023, 95 (105 ff.).

4 Betroffene Länder sind Mali (2020, 2021), Tschad, Guinea und Sudan (2021), Burkina Faso (Januar und September 2022) sowie Niger und Gabun (2023). Im Niger und Sudan wurden Coups 2021, in Guinea-Bissau und Gambia 2022 und im Sudan, Sierra Leone und Burkina Faso 2023 versucht.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scher Aufstände angeführt, ebenso wie in Mali im Mai 2021. Andere Coups erfolgen gerade im Namen der Demokratie. So handelte das Militär von Guinea 2021, nachdem der Präsident Alpha Condé das bisherige Amtszeiten-Limit erweitern wollte. In Gabun gab eine allgemein als gefälscht wahrgenommene Wahl 2023 den Ausschlag und beendete die 56-jährige Herrschaft der Bongo-Familie. Diese vermeintlich Demokratie-freundlichen Coups bleiben jedoch in der Minderheit. Im Tschad sowie Sudan (beide 2021) und Niger (2023) wurden Regierungschefs durch Angehörige des bisherigen Regimes ersetzt.[5] Trotz dieser unterschiedlichen Hintergründe lassen sich einige Gemeinsamkeiten feststellen. Erstens sorgen die häufig mit den Einschränkungen von menschenrechtlichen und demokratischen Standards durch die verfassungswidrigen Regierungswechsel zusätzlich verbundenen Auseinandersetzungen für eine starke Verschlechterung der humanitären Situation der Bevölkerung. Zweitens sind die neuen Regierungschefs in der Regel Millennials und damit deutlich jünger als ihre Vorgänger.[6] Drittens werden die außerplanmäßigen Regierungswechsel teilweise von der Bevölkerung begrüßt. Viertens führen die Coups zu verstärkten Spannungen zwischen den Regimen und angrenzenden Staaten mit übergeordneten Organisationen wie der AU und insbesondere der ECOWAS.[7] Ein weiterer Faktor in dieser Auseinandersetzung ist die internationale Unterstützung der alten bzw. neuen Regime. Insbesondere wird der Einfluss, den die ehemalige Kolonialmacht Frankreich lange Zeit innehatte, heute in einigen Ländern durch Russland und die Wagner-Gruppe ausgeübt.[8] Unabhängig davon, ob die Regierungswechsel dem nationalen Verfassungsrecht folgen, gibt es Potential für Verbesserungen, um die selbst getroffenen Verpflichtungen bezüglich rechtsstaatlicher Standards zu erfüllen.

---

5 *A. Vines*, Understanding Africa's Coups, https://gjia.georgetown.edu/2024/04/13/understanding-africas-coups/ (14.10.2024); F. *Mirza*, The West African Coup Belt and its Waning Humanitarian Situation, https://www.humanrightsresearch.org/post/the-west-african-coup-belt-and-its-waning-humanitarian-situation-part-1 (14.10.2024).

6 Die Bevölkerung des afrikanischen Kontinents ist im globalen Vergleich außergewöhnlich jung. Der Bevölkerungsanteil der unter 25-Jährigen liegt bei ca. 60 %; *A. O. Akinola/E. A. Liaga*, In Search of Governance, Development, and Peace in Africa, in: A. O. Akinola/E. A. Liaga (Hrsg.), Development and regional stability in Africa, Cham 2024, S. 1 (2).

7 *Mirza,* Coup Belt (Fn. 5).

8 *F. Mirza*, The West African Coup Belt and its Waning Humanitarian Situation, https://www.humanrightsresearch.org/post/the-west-african-coup-belt-and-its-waning-humanitarian-situation-part-2 (14.10.2024); *N. S. Sylla*, The crisis of French imperialism, Review of African Political Economy 2024, 463 (463 ff.); *B. Simura*, West Africa's post 2020 coups and decoloniality, Cogent Social Sciences 2024, 2409296.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sanktionen sollen Regierungen zur Einhaltung von demokratischen und rechtsstaatlichen Standards motivieren. Internationales Recht wird zwar seit Langem auch ohne effektive Durchsetzungsmechanismen als Rechtsordnung anerkannt.[9] Dennoch wird mit der Androhung von Konsequenzen bei Nichtbeachtung die Hoffnung auf größere Verbindlichkeit verbunden.[10] Allerdings scheitern diese Instrumente regelmäßig an der politischen Realität vor Ort oder in den Entscheidungszentralen der Organisationen. Die konstante Verletzung von Standards ohne wirksame Konsequenzen gefährdet den Zusammenhalt in internationalen Organisationen wie der EU und AU, und stellt deren Sinnhaftigkeit und Legitimität in Frage.

Dieser Beitrag untersucht, woran das aktuelle Sanktionssystem scheitert und welche Verbesserungsmöglichkeiten bestehen. Dabei wird die Beobachtung zugrunde gelegt, dass Regierungen, die systematisch den Rechtsstaat abbauen, sich zu einer illiberalen Demokratie weiterentwickeln oder gar an die Macht geputscht haben, wissen, dass sie wenig zu befürchten haben, weil das bisherige Schutzsystem der internationalen Organisationen zu wenigen Konsequenzen geführt hat. Dies muss sich ändern. Die negativen Folgen von Handeln entgegen rechtstaatlichen und demokratischen Grundwerten müssen von vornherein offensichtlich sein – Rechtssicherheit ist wiederum selbst ein fundamentaler rechtstaatlicher Grundsatz.

Um dem Scheitern des bisherigen Systems auf den Grund zu gehen, werden zunächst die rechtsstaatlichen und demokratischen Standards, die geschützt werden sollen, erläutert. Dabei wird der Begriff der Rechtsstaatlichkeit exemplarisch rechtsvergleichend vorgestellt. Die Analyse umfasst drei Bereiche: die Sanktionsmöglichkeiten (II. 2), ihren tatsächlichen Gebrauch (II. 3) und das dazugehörende (Rechtsschutz-)Verfahren (II. 4).

---

9 *H. Kelsen*, Théorie du droit international public, Recueil des cours / Académie de Droit International de La Haye, Den Haag 1953, S. 1 ff., 13 ff.; *H. Kelsen*, The Law of the United Nations, 1950 (Nachdruck: Union 2000), S. 706; *H. L. A. Hart*, The Concept of Law, Oxford 1961, S. 218 ff.; *R. Kolb*, The International Law of State Responsibility, Cheltenham 2017, S. 11; *A. Pellet/A. Miron*, Sanctions, in: A. Peters/R. Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2008; *J. Austin*, The Province of Jurisprudence Determined, Cambridge 1832, S. 21 f.; *T. Ruys*, Sanctions, Retortions and Countermeasures, in: L. van den Herik (Hrsg.), Research Handbook on UN Sanctions and International Law, Cheltenham 2017, S. 19 (19 f.).

10 *S. Bitter*, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union, Berlin/Heidelberg 2011, S. 11; *M. Böse*, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 46 f.; *U. Kindhäuser*, Sanktion, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, 8. Aufl., Freiburg 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Verfassungsschutz durch Sanktionen

1. Rechtsstaatliche und demokratische Standards als Schutzobjekt

Bevor über die Schutzmechanismen und ihre Defizite gesprochen werden kann, folgt ein kurzer Blick auf das, was die Sanktionsinstrumente helfen sollen, zu bewahren: rechtsstaatliche und demokratische Standards. Während innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft der Blick auf die Definition der freiheitlich-demokratischen Grundordnung durch das Bundesverfassungsgericht[11] naheliegt, ist die Situation international, angesichts unterschiedlicher Verfassungstraditionen und Gerichtslandschaften, längst nicht so klar.

a) Europäische Union

In der Literatur werden Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte und die liberale Demokratie als Trinität der Rechtskultur der EU bezeichnet.[12] Primärrechtlich werden sie in Art. 2 S. 1 EUV festgehalten. Historisch wurde eine gewisse homogene Wertebasis zwischen den Mitgliedsstaaten auch ohne vertragliche Verankerung in den Gründungsverträgen vorausgesetzt und erst im Prozess des Verfassungsvertrags kodifiziert.[13] Trotz der deklaratorischen Natur der Vorschrift bietet sie heute einen Wertekompass der europäischen Integration und soll europäische Identitätsbildung ermöglichen, sowie die Legitimitätsgrundlagen der EU und ihre Funktionsfähigkeit

11 „So läßt sich die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung bestimmen, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt.", BVerfGE 2, 1 (12 f.).

12 *J. Raitio*, The Rule of Law as a Fundamental Value of the Council of Europe, the European Union and in the Constitutional Traditions Common to the Member States, in: R. Böttner/H.-J. Blanke (Hrsg.), The Rule of Law under Threat, Cheltenham 2024, S. 1 (2).

13 *Calliess* (Fn. 1), Art. 2 EUV Rn. 1–5; *J. P. Terhechte*, in: M. Pechstein/C. Nowak/U. Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2. Aufl., Tübingen 2023, Art. 2 EUV Rn. 4; *M. Hilf/F. Schorkopf*, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, München Mai 2024, Art. 2 EUV Rn. 1–7.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sichern.[14] Dies wird durch Art. 3 Abs. 1 EUV unterstützt, der die Förderung der Werte als Unionsziel deklariert und somit ihre Berücksichtigung gebietet. Der EuGH erkennt eine Konkretisierung der Werte aus Art. 2 EUV über Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV bezüglich der Rechtsstaatlichkeit an.[15] Dabei wird der Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV so weit gezogen, dass Sachverhalte umfasst werden, die den vom Unionsrecht erfassten Bereichen entsprechen – unabhängig davon, ob tatsächlich konkret eine Vorschrift des Unionsrechts durch den Mitgliedstaat umgesetzt wird.[16] Darauf aufbauend postuliert der EuGH ein Rückschrittsverbot.[17] Ob dieses für alle Werte des Art. 2 EUV gelten soll, ist noch offen.[18]

In den letzten Jahren sorgten die Diskussionen um eine sogenannte Rechtsstaats-Verordnung (VO) für viel politischen Wirbel. Diese allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union[19] (KVO) wurde 2020 nach langer Blockade durch Ungarn und Polen verabschiedet.[20] Grundidee der Verordnung ist, die Auszahlung von Mitteln aus dem Haushalt der EU an die Einhaltung rechtsstaatlicher Standards auf Ebene der Mitgliedsstaaten zu knüpfen, sofern deren Verletzung „die wirtschaftliche Führung des Haushalts der Union oder den Schutz ihrer finanziellen Interessen hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen drohen" (Art. 4 Abs. 1 KVO). Die KVO wird durch Leitlinien der Kommission für deren Anwendung konkretisiert.[21]

14 *Terhechte* (Fn. 13), Art. 2 Rn. 1; *Calliess* (Fn. 1), Art. 2 Rn. 7; *Hilf/Schorkopf* (Fn. 13), Art. 2 EUV Rn. 10.

15 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, ECLI:EU:C:2018:117 – Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Rn. 32.

16 EuGH (Fn. 15), Rn. 29. Zu Mitgliedstaaten als Bindungsadressaten *M. Payandeh*, Das unionsverfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip, JuS 2021, 481 (485 f.).

17 EuGH, Urteil v. 20.4.2021, ECLI:EU:C:2021:311 – Repubblika, Rn. 64; EuGH, Urteil v. 18.5.2021, ECLI:EU:C:2021:393 – Rumänische Richter I, Rn. 162.

18 *O. Mader*, Wege aus der Rechtsstaatsmisere, EuZW 2021, 917 (917 ff.); *Terhechte* (Fn. 13), Art. 2 Rn. 12.

19 VO (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. L 433I, S. 1. Da der Schutz der Rechtsstaatlichkeit (wie der Name sagt) nicht Primärziel der VO ist, wird im Folgenden die Bezeichnung Konditionalitäts-VO verwendet.

20 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte *O. Mader*, Rechtsstaatlichkeit und Haushalt, EuZW 2021, 133 (133 ff.).

21 Mitteilung der Kommission v. 2.3.2022, Leitlinien für die Anwendung der Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, C(2022) 1382 final.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das in der AU verbreitete Problem von Coups stellt sich innerhalb der EU nicht in gleicher Weise, sodass die Thematik nicht präsent ist.

b) Afrikanische Union

Die alle international anerkannten Staaten des afrikanischen Kontinents umfassende Afrikanische Union folgt seit 2002 ihrer Vorgängerin, der Organisation für Afrikanische Einheit (OAU, gegründet 1963), in ihrem Bemühen um rechtsstaatliche und demokratische Standards. Während die Demokratie das erste Mal 1979 in der Monrovia-Deklaration Erwähnung fand, wurden erst nach Ende des Kalten Krieges weitere Erklärungen verabschiedet, welche die Förderung und den Schutz von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zum Ziel hatten. Die darin enthaltenen Instrumente waren so unspezifisch, dass sie kaum angewandt wurden. Die Monrovia-Deklaration umfasste auch Menschenrechte, und auf starken internen und externen Druck hin wurde 1981 die Afrikanische Charta für Menschen- und Völkerrechte[22] verabschiedet.[23]

Mit der Jahrtausendwende wurde eine Kehrtwende vollzogen und im Vergleich zu anderen Regionalorganisationen stärkere Maßstäbe und robustere Instrumente eingeführt. Dies ist unter anderem auf verschiedene vorausgehende Coups und eine globale Lage zurückzuführen, in der die USA und europäische Staaten weniger direkt in Afrika eingreifen wollten und somit die Verantwortung, auf Konflikte zu reagieren, verstärkt lokalen Akteure zufiel.[24] Zusammen mit der Verabschiedung des Gründungsaktes der AU[25] wurde 2000 die Lomé-Deklaration über verfassungswidrige Regierungswechsel[26] verabschiedet.

Innerhalb des Gründungsakts finden sich an verschiedenen Stellen Bezüge zu rechtsstaatlichen und demokratischen Standards. Als Ziel der AU wird die Förderung von demokratischen Prinzipien und Institutionen, Be-

22 African Charter on Human and Peoples' Rights oder auch Banjul-Charta. Für Details siehe *M. Hansungule*, The African Charter on Human and Peoples' Rights, in: A. Yusuf/F. Ouguergouz (Hrsg.), The African Union, Leiden/Bosten 2012, S. 415.

23 *S. Stapel*, Regional organizations and democracy, human rights, and the rule of law, Cham 2022, S. 242.

24 *F. N. Ikome*, Good coups and bad coups, Johannesburg 2007, S. 30.

25 Constitutive Act of the African Union.

26 Lomé Declaration of July 2000 on the framework for an OAU response to unconstitutional changes of government. Zur Stärkung der Lomé-Deklaration wurde im Frühjahr 2022 die Accra Declaration on unconstitutional changes of government in Africa verfasst, die jedoch keine neuen Punkte aufbringt.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

völkerungsbeteiligung und guter Regierung genannt (Art. 3 lit. g AU-Gründungsakt). Die Mitgliedsstaaten sollen sich vom Respekt für demokratische Prinzipien, Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit und gute Regierungsführung leiten lassen (Art. 4 lit. m AU-Gründungsakt), und verfassungswidrige Regierungswechsel verurteilen und zurückweisen (Art. 4 lit. p AU-Gründungsakt).

Die Lomé-Deklaration wird konkreter. Sie besteht aus vier wesentlichen Teilen: der Definition gemeinsamer Werte und Grundsätze für eine demokratische Staatsführung, der Definition verfassungswidriger Regierungswechsel, Instrumenten, die im Falle eines verfassungswidrigen Regierungswechsels angewandt werden können, und einem Umsetzungsverfahren. Die AU hat ein weit gefasstes Konzept der Demokratie angenommen, das die Standards der Demokratie, der Menschenrechte und der Rechtsstaatlichkeit miteinander verknüpft. Als verfassungswidrige Regierungswechsel wurden Militärputsche, das Eingreifen von Söldnern, die Übernahme der Regierung durch bewaffnete Dissidentengruppen und Rebellenbewegungen sowie die Verlängerung der Amtszeit der amtierenden Regierungen definiert.[27]

2002 fügte die AU ihrem Repertoire eine Erklärung über die Grundsätze für demokratische Wahlen in Afrika[28] hinzu. Die sogenannte Durban-Deklaration besteht aus fünf Teilen, in denen die Grundsätze demokratischer Wahlen, die Rolle der Mitgliedsstaaten, Wahlrechte und -pflichten, Wahlbeobachtungsmissionen und die Rolle des Generalsekretariats festgelegt sind. Sie enthält das Mandat für die Einrichtung der Einheit für Demokratie und Wahlunterstützung innerhalb der AU-Kommission. Diese Einheit wurde zum wichtigsten operativen Arm der Kommission, um Demokratie und demokratische Wahlen auf dem afrikanischen Kontinent zu fördern, nicht zuletzt durch die Entsendung von Wahlbeobachtungsmissionen. Die Erklärung von Durban erweiterte so den Umfang und die Präzision der AU-Institution für Demokratie und stattete die AU mit zusätzlichen Instrumenten aus.[29]

Ebenfalls 2002 wurde der zentrale Mechanismus der OAU zur Prävention, dem Management und der Klärung von Konflikten in den Friedens-

27 *Ikome,* Coups (Fn. 24), S. 31 ff.; *Stapel,* Regional organizations (Fn. 23), S. 246.
28 Declaration on the Principles Governing Democratic Elections in Africa.
29 *Stapel*, Regional organizations (Fn. 23), S. 247.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

und Sicherheitsrat (PSC) überführt.[30] Dieser soll zur Konfliktprävention unter anderem demokratische Praktiken, gute Regierungsführung und Rechtsstaatlichkeit fördern und Menschenrechte und grundlegende Freiheiten schützen. Unterstützt wird der PSC durch verschiedene Institutionen, darunter ein Frühwarnsystem und eine sogenannte Standby Force.[31]

2007 und 2011 wurden mit der Afrikanischen Charta für Demokratie, Wahlen und Regierungsführung[32] (ACDEG) sowie der Afrikanischen Architektur der Regierungsführung[33] zwei Übereinkommen getroffen, die Standards präzisieren und innerhalb der AU weitere Instrumente schaffen.[34] Erstere bringt drei wesentliche Änderungen bezüglich verfassungswidriger Regierungswechsel. Erstens ergänzt die ACDEG den Inhalt der regionalen Demokratie- und Rechtsstaatlichkeitsstandards in Bezug darauf, wie politische Autorität ausgeübt werden sollte. Zweitens werden nun auch unzulässige Änderungen von Verfassungen zum bloßen Zweck der Verlängerung der Amtszeit von amtierenden Regierungen erfasst. Drittens können Sanktionen nicht mehr nur gegen die Mitgliedsstaaten, sondern auch gegen Einzelpersonen verhängt werden, und es wurden Abschnitte über das Verbot, Personen Unterschlupf oder Zuflucht zu gewähren, sowie Auslieferungsbestimmungen hinzugefügt.[35]

Die Beschäftigung mit innerstaatlichen Vorgängen ist eine starke Abkehr vom eigentlichen Kernprinzip der OAU, die sich dem Ende des Kolonialismus verschrieben hatte und in Konsequenz dessen staatliche Souveränität und Unabhängigkeit sowie territoriale Integrität mit dem Prinzip der Nicht-Einmischung vertrat.[36] In der Gründungsakte der AU wurde

30 Protocol Relating to the Establishment of the Peace and Security Council. Für Details siehe *R. Adjovi*, The Peace and Security Council, in: A. Yusuf/F. Ouguergouz (Hrsg.), The African Union, Leiden/Bosten 2012, S. 143.

31 *Stapel*, Regional organizations (Fn. 23), S. 247 f.

32 African Charter on Democracy, Elections, and Governance. Für Details siehe *H. Tigroudja*, The African Charter on Democracy, Elections and Governance, in: A. Yusuf/F. Ouguergouz (Hrsg.), The African Union, Leiden/Bosten 2012, S. 275. Diese war nötig, um der rechtlich nicht bindenden Lomé Deklaration mehr Gewicht zu verleihen; *Nyinevi/Fosu*, Prohibition (Fn. 3), 101.

33 African Governance Architecture.

34 *Stapel*, Regional organizations (Fn. 23), S. 237 f.; *Nyinevi/Fosu*, Prohibition (Fn. 3), 101.

35 *Stapel*, Regional organizations (Fn. 23), S. 248 f.; *Nyinevi/Fosu*, Prohibition (Fn. 3), 101.

36 Dieser Fokus auf staatliche anstelle von menschlicher Sicherheit trug der Organisation den Spitznamen „Diktatoren-Club" ein; *A. Abiodun*, African Union and the Quest for Peace and Security in Africa, in: A. O. Akinola/E. A. Liaga (Hrsg.), Development

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieses Prinzip explizit verworfen und das Recht der Union, in einem Mitgliedsstaat zu intervenieren, festgeschrieben (Art. 4 lit. h, mit einem Beschluss der aus allen Regierungschef*innen bestehenden Assembly in Fällen von Kriegsverbrechen, Genozid und Verbrechen gegen die Menschlichkeit).[37] Trotz dieser theoretisch weitreichenden Befugnisse bleibt der Gründungsakt abstrakt und die Instrumentenausgestaltung vage,[38] legt aber den Grundstein für das neue Prinzip der Nicht-Indifferenz.[39]

c) Der Begriff der Rechtsstaatlichkeit

Die konkreten Begriffe hinter den Standards werden je nach Verfassungstradition unterschiedlich aufgefasst, wobei die afrikanische Literatur europäische Gedanken und Traditionen aufgreift. Dieser Beitrag wird sich exemplarisch auf das Verständnis von Rechtsstaatlichkeit beschränken. Während der deutsche Begriff (ebenso wie der französische) rein semantisch Staatsbezug aufweist, ist dies bei der englischsprachigen Formulierung *rule of law* nicht der Fall. Darüber hinaus bietet sich die Differenzierung nach einem formellen und einen materiellen Begriff an. Während ersterer sich auf die Modalitäten des Staatshandelns und dessen Komponenten fokussiert, betrifft letzter die inhaltlichen Ziele des Staatshandelns.[40] Dies spiegelt sich auch in der französischsprachigen Unterscheidung zwischen dem *étal légal* und *état de droit* wider. Der *état légal* umfasst hauptsächlich eine gesetzesförmige Verwaltung und ist daher formell einzuordnen. Der *état de droit* geht darüber hinaus und erfordert materiell, dass ein Gemeinwesen im Schutz und Interesse der Bevölkerung handelt.[41] Ein traditionell formelles Verständnis der *rule of law* beschäftigt sich nicht mit dem Inhalt

and regional stability in Africa, Cham 2024, S. 11 (12); *O. Amao*, African Union Law, Boca Raton 2019, S. 84 f.; *Stapel*, Regional organizations (Fn. 23), S. 240.

37 Für Details siehe *A. Yusuf*, The Right of Forcible Intervention in Certain Conflicts, in: A. Yusuf/F. Ouguergouz (Hrsg.), The African Union, Leiden/Bosten 2012, S. 335.

38 *Stapel*, Regional organizations (Fn. 23), S. 245 f.

39 *P. D. Williams*, From non-intervention to non-indifference, African Affairs 2007, 253 (253 ff.); *Amao,* African Union Law (Fn. 36), S. 90 f.

40 *K.-P. Sommermann*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., München 2024, Art. 20 Rn. 230.

41 *J. Bauerschmidt*, Rechtsstaatlichkeit in der EU und die Instrumente zu ihrer Verteidigung, EuR 2024, 300 (303 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

der Gesetze, das materielle Verständnis wird durch die Berücksichtigung von Grundrechten, Freiheiten und Gerechtigkeitsbegriffen aufgeladen.[42]

Als verbindende Elemente können folgende formelle Kriterien ausgemacht werden:

- Rechtmäßigkeit (insbesondere der Vorrang des Gesetzes, die Gewaltenteilung und Achtung von Menschenrechten – hier gibt es Überschneidungen zum Materiellen),
- Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit, dafür Einsicht in Gesetze und Entscheidungen sowie Vertrauensschutz),
- die Verhinderung von Macht- und Ermessensmissbrauch und
- Zugang zur Justiz (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie wirksame Rechtsbehelfe und faire Verfahren).[43]

Materiell liegt der Fokus auf den Grundrechten, Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns und der Gleichheit vor dem Gesetz bzw. dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung.[44] Innerhalb Europas wird typischerweise auf die Arbeit der sogenannten Venedig-Kommission des Europa-Rats[45] verwiesen,[46] welche von Institutionen der EU aufgegriffen wurde.[47] Literatur, die sich explizit auf das afrikanische Verständnis bezieht, rezipiert ebenfalls europäische Quellen und verwendet die dort gebräuchlichen Kategorien.[48] Abschließend ist jedoch festzuhalten, dass es keine einheitliche Definition von Rechtsstaatlichkeit gibt, sondern deren Bedeutung jeweils kontextabhängig zu verstehen ist.

Im Folgenden werden die Sanktionsmöglichkeiten vorgestellt, mit denen sich die Europäische sowie Afrikanische Union für den Erhalt rechtstaatli-

42 *Raitio*, Rule of Law (Fn. 12), S. 5 f.

43 *Bauerschmidt,* Rechtsstaatlichkeit (Fn. 41), 308 ff.; *Payandeh*, Rechtsstaatsprinzip (Fn. 16), 484.

44 *Bauerschmidt,* Rechtsstaatlichkeit (Fn. 41), 310 f.

45 Europäische Kommission für Demokratie durch Recht.

46 Zentral: Report on the rule of law, CDL-AD(2011)003rev.

47 Exemplarisch: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat und den Rat v. 3.4.2019: Die weitere Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in der Union, COM(2019) 163 final; *R. Böttner/N. Schröder*, Article 7 TEU as 'Nuclear Option'?, in: R. Böttner/H.-J. Blanke (Hrsg.), The Rule of Law under Threat, Cheltenham 2024, S. 219 (222).

48 *J. Ddamulira Mujuzi*, The rule of law, African Human Rights Law Journal 2012, 89 (91 ff.); *C. Fombad*, An overview of the crisis of the rule of law in Africa, African Human Rights Law Journal 2018, 213 (215 ff.). Für mehr afrikanische Autonomie: *M. wa Mutua*, Africa and the Rule of Law, Sur Revista Internacional de Direitos Human 2016, 159.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cher und demokratischer Standards einsetzen wollen. Anschließend wird erörtert, ob und wie diese überhaupt Anwendung finden.

2. Sanktionsmöglichkeiten

Um rechtsstaatliche und demokratische Standards zu bewahren, sieht die AU unterschiedliche Sanktionsregime für den Fall der Nichtbefolgung ihrer Verträge und verfassungswidrige Regierungswechsel vor. Die EU beschränkt sich auf ersteres.

a) Europäische Union

Die Instrumente der EU lassen sich als Gerichtsverfahren, dialogorientierte oder finanzielle Maßnahmen kategorisieren. Gerichtlich liegt bei Verletzungen der Verträge ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 f. AEUV nahe. Ob ein solches Verfahren jedoch allein auf eine Verletzung von Art. 2 EUV gestützt werden kann, ist sehr umstritten. Der EuGH behilft sich damit, dass Art. 19 Abs. 1 EUV die Rechtsstaatlichkeit aus Art. 2 EUV konkretisiere (zum Teil i.V.m. Art. 47 GRCh)[49] und dies tauglicher Prüfungsmaßstab für Vertragsverletzungsverfahren in Bezug auf konkrete Handlungen von Mitgliedsstaaten sei. Über eine direkte Justiziabilität des Art. 2 EUV allein hat er jedoch noch nicht entschieden.[50]

Direkt auf Art. 2 EUV bezogen sind die Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 und 2 EUV. Das Vorgehen nach Abs. 2 ermöglicht gemäß Abs. 3 bei Feststellung einer Werteverletzung das Aussetzen der Rechte aus den Verträgen, also z.B. den Zugang zu EU-Finanzmitteln oder Stimmrechten. Art. 7 Abs. 3 EUV macht deutlich, dass ein Ausschluss aus der EU keine Option ist.[51] Das Verfahren nach Art. 7 Abs. 1 EUV ist dem konstruktiv vorgelagert. Nach der Feststellung einer eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte kann der Rat Empfehlungen mit begrenzter Rechtswirkung beschließen. Bisher wurden lediglich zwei Verfahren nach Abs. 1 eingeleitet (gegen Polen 2017 und Ungarn 2018). Das Verfahren gegen Polen wurde im Mai 2024 von der Kommission zurückgenommen, nachdem es dort zu einem Regierungswechsel gekommen war.

49 EuGH (Fn. 15, 17). Siehe dazu auch *Payandeh*, Rechtsstaatsprinzip (Fn. 16), 482 f.
50 *Terhechte* (Fn. 13), Art. 2 Rn. 14; *Calliess* (Fn. 1), Art. 2 Rn. 36; *Hilf/Schorkopf* (Fn. 13), Art. 2 Rn. 46.
51 *Böttner/Schröder,* Article 7 TEU (Fn. 47), S. 230 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Eine niedrigere Eingriffsschwelle bietet das Verfahren zum Schutz des Haushalts der Union durch die Konditionalitäts-VO.[52] Nach diesem können bei Verstößen gegen die Rechtsstaatlichkeit in einem Mitgliedsstaat, welche die wirtschaftliche Führung des Haushalts oder den Schutz der finanziellen Interessen der EU hinreichend unmittelbar beeinträchtigen oder ernsthaft zu beeinträchtigen drohen, Zahlungen ausgesetzt, reduziert oder unterbrochen werden, sowie das Eingehen neuer rechtlicher Verpflichtungen verboten werden. Dies trifft die Mitgliedsstaaten am ehesten dort, wo es wehtut – in ihrem Finanzbedarf. Im Vergleich zu den vorher genannten Verfahren ist dieses auch präventiv ausgestaltet. Es handelt sich gerade nicht um eine Strafe für Rechtstaatlichkeitsverstöße, da dies die haushaltsrechtlichen Kompetenzen der EU überschreiten würde.[53] Dieser Mechanismus wurde 2022 im Umfang von 6,3 Mrd. Euro das erste Mal gegen Ungarn eingesetzt.[54] Gestützt wurde das Verfahren auf Korruptionsvorwürfe.

Die Soft-Law-Instrumente – darunter ein Jahresbericht über die Rechtstaatlichkeit,[55] der seit 2020 von der Kommission veröffentlicht wird, und ein regelmäßiger Dialog des Rats seit 2014 – dienen primär dazu, im Austausch zu bleiben und eine verlässliche Datengrundlage zu schaffen, die auch von zivilgesellschaftlichen Initiativen genutzt werden kann und Entwicklungen dokumentiert. Die Berichte der Kommission fokussieren sich auf das Justizsystem, Korruptionsbekämpfung, Medienpluralismus sowie sonstige institutionelle Fragen im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung. Seit 2022 wird er mit Empfehlungen veröffentlicht, deren Umsetzung im Bericht des folgenden Jahres thematisiert wird. Der Rechtsstaatlichkeitsdialog des Rats basiert auf den Grundsätzen der Objektivität, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung aller Mitgliedsstaaten und soll überparteilich und evidenzbasiert durchgeführt werden. Seit 2020 tagt dieser viermal jährlich, inhaltlich sowohl allgemein zur EU als auch länderspezifisch. Dabei stützt sich der Dialog auf die Berichte. Allerdings werden diese

52 VO (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. L 433I, S. 1.

53 *B. Baade*, Die Konditionalitätsverordnung, NVwZ 2023, 132 (135).

54 Für Details siehe *U. Stäsche*, Der EU-Konditionalitätsmechanismus als ein „scharfes Schwert"?, EuZW 2023, 301.

55 Details zum Bericht 2024 sind abrufbar unter: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/annual-rule-law-cycle/2024-rule-law-report_de (14.10.2024).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Berichte als bloße Beobachtungsübung kritisiert und zivilgesellschaftlich deutlich ergänzt.[56]

Dieser Beitrag wird sich im Folgenden zur besseren Vergleichbarkeit auf das Verfahren nach Art. 7 EUV fokussieren.

b) Afrikanische Union

Die Afrikanische Union verfügt über drei verschiedene Sanktionsregime mit unterschiedlichen Zielsetzungen. Das erste findet Anwendung, wenn ein Mitgliedsstaat seine Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllt (Art. 23 Abs. 1 AU-Gründungsakt), und ist für diesen Beitrag zu vernachlässigen. Das zweite richtet sich gegen Mitgliedsstaaten, die Entscheidungen der AU nicht befolgen (Art. 23 Abs. 2 AU-Gründungsakt) und das dritte ist explizit für Regierungen gedacht, die auf verfassungswidrige Weise an die Macht gekommen sind (Art. 30 AU-Gründungsakt, ergänzt durch Art. 7 PSC-Gründungsprotokoll und Art. 23 bis 26 ACDEG). Auf Rechtsfolgenseite folgt bei einem Coup automatisch die Suspendierung von Mitgliedsrechten. Artikel 23 Abs. 2 AU-Gründungsakt bleibt dagegen vage und ermöglicht Maßnahmen von politischer und wirtschaftlicher Natur. Dieses Verfahren richtet sich nur indirekt gegen Verstöße gegen demokratische und rechtsstaatliche Grundsätze und umfasst Verstöße gegen sämtliche Entscheidungen und politischen Grundsätze der AU. Zur besseren Vergleichbarkeit und da Art. 23 Abs. 2 AU-Gründungsakt bisher noch keine Anwendung gefunden hat, beschränkt sich dieser Beitrag auf die Reaktion auf verfassungswidrige Regierungswechsel.[57]

Darüber hinaus darf die AU selbst militärisch in Mitgliedsstaaten intervenieren. Dieses Recht gilt in Fällen von Kriegsverbrechen, Genoziden und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, aber auch auf Anfrage von Mitgliedsstaaten, um Frieden und Sicherheit wieder herzustellen (Art. 4 lit. h, j AU-Gründungsakt). Für diese Missionen gibt es eine eigene African Standby Force (ASF), die 2004 ins Leben gerufen und 2016 für vollständig

56 Siehe dazu die Arbeit von Liberties, einem Zusammenschluss von Organisationen über 18 EU-Staaten hinweg zur Civil Liberties Union for Europe. Sie veröffentlichen jährlich eine Gap Analysis; für 2024 abrufbar unter: https://www.liberties.eu/f/_adyxi (14.10.2024).

57 Für Details siehe *K. D. Magliveras*, The Several Sanctioning Regimes in the AU, in: O. Amao/M. Olivier/K. Mankliberas (Hrsg.), The emergent African Union Law, Oxford 2021, S. 361.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

einsatzbereit erklärt wurde. Auch wenn seit dessen Gründung vor 20 Jahren knapp 30 Friedensmissionen von der AU und Regionalorganisationen durchgeführt wurden, wurde die ASF nicht wie vorgesehen eingesetzt. Dies liegt einerseits daran, dass Friedensmissionen von Regionalorganisationen oder Mitgliedstaaten anstelle des PSC angestoßen wurden. Andererseits ist die regionale Aufteilung der Brigaden für Konflikte in den Grenzräumen zwischen den Regionen unpraktisch. Schließlich hat sich (ebenso wie bei der EU oder den UN) erwiesen, dass der Unterhalt einer Standby Force keineswegs zu schnellerem Truppeneinsatz führt.[58]

c) Zwischenfazit

Das Instrumentarium an möglichen Maßnahmen in der EU und der AU ist groß, entfaltet jedoch nur geringe Wirkung. Am effektivsten sind in der EU finanzielle Maßnahmen nach der Konditionalitäts-VO, die allerdings wiederum auch unterlaufen werden, wenn es politisch opportun ist.[59] Die zwei Verfahren, die bisher nach Art. 7 Abs. 1 EUV gegen Polen und Ungarn angestrebt worden sind, ermöglichen nur Feststellungen und Empfehlungen und haben bisher kaum Konsequenzen nach sich gezogen. Der Fokus auf Dialog führt zu einer Verzögerung der rechtlichen Durchsetzung und ermöglicht eine weitere Verschlechterung der Situation vor Ort.[60]

Die Ermächtigung zu Militäreinsätzen der AU ermöglicht noch intensivere Eingriffe, entfaltet aber offensichtlich keine Abschreckungswirkung oder ist in der Lage, Coups regelmäßig wieder rückgängig zu machen. Insbesondere im Hinblick auf den eingangs vorgestellten Coup Belt kommt es zu einer Kooperation der Regime, die eigentlich beschlossene Sanktionen unterlaufen.[61] Wie das erste Sanktionsregime bezüglich der ausbleibenden Beitragszahlungen andeutet, verfügt die AU mit ihrem deutlich kleineren

58 *C. de Coning*, Revitalising the African standby force, https://www.accord.org.za/analysis/revitalising-the-african-standby-force-lessons-from-africas-peace-operations-experience/ (14.10.2024); *C. de Coning/A. E. Yaw Tchie*, African Standby Force turns 20, https://theconversation.com/african-standby-force-turns-20-has-it-helped-keep-the-peace-the-pros-and-cons-228649 (14.10.2024).

59 Tagesschau.de, Ungarn knüpft Zustimmung zu Ukraine-Hilfen an Freigabe der EU-Gelder, https://www.tagesschau.de/ausland/europa/ungarn-ukraine-eu-100.html (14.10.2024). Siehe dazu die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 18.1.2024 zur Lage in Ungarn und den eingefrorenen EU-Geldern (2024/2512(RSP)).

60 *Mader*, Rechtsstaatsmisere (Fn. 18), 919.

61 *C. Lambert*, Africa's Coup Calamity, https://warontherocks.com/2024/02/africas-coup-calamity-what-happened-to-deterrence/ (14.10.2024); *H. Mohammed*, The Resur-

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Budget im Vergleich zur EU über geringere Möglichkeiten, finanzielle Anreize für Rechtsstaatlichkeit zu setzen, wie es nun über die Konditionalitäts-VO möglich ist.

3. Sanktionsverhängung

Ob auf die Grundwerte verletzendes Verhalten eine Sanktion folgt, ist längst nicht sicher. Dies liegt an Fehlern im System auf zwei Ebenen: formell ist das Prozedere in beiden Organisationen komplex und politisch geprägt und materiell werden die Tatbestände nicht immer eindeutig ausgelegt.

a) Formell

Das Art.-7-Verfahren in der EU ist sehr politisch, da es für Beschlüsse nach Abs. 1 vier Fünftel der Ratsmitglieder braucht und bei Abs. 2 alle außer dem betroffenen Mitgliedsstaat ein Veto einlegen können. Ein Lösungsvorschlag ist, dem Europäischen Gerichtshof mehr Macht einzuräumen. Dieser könnte rechtssicher feststellen, ob eine qualifizierte Bedrohung der europäischen Grundwerte vorliegt oder ob diese bereits systematisch verletzt werden. Allerdings führen Gerichtsverfahren selten zu einer Beschleunigung von Prozessen. Darüber hinaus droht eine Politisierung des Gerichtshofs.[62] Um eine Balance zwischen dem bisherigen hochpolitischen Verfahren und einem Gerichtsprozess zu finden, könnte es helfen, das Prozedere an ein dafür designiertes Gremium auszulagern, so wie es in der AU geschieht. Dies könnte politische Erwägungen stärker berücksichtigen, ohne sich davon blockieren zu lassen.

In der AU erfolgt die Suspendierung von Mitgliedsrechten zwar unmittelbar auf die Feststellung eines Coups. Die Bewertung, ob ein Coup rechtlich vorliegt, übernimmt der Friedens- und Sicherheitsrat.[63] Dieser ist ein Gremium aus 15 Abgeordneten, die turnusmäßig neu gewählt werden und einem Regionalproporz unterliegen. Die Wahlvoraussetzung, dass die Mitglieder verfassungsmäßige Regierung, Rechtsstaatlichkeit und

gence of Military Coups in Africa and the Role of the African Union, Socialscientia 2022, 82 (82).

62 *Bauerschmidt,* Rechtsstaatlichkeit (Fn. 41), 313 f.

63 *Adjovi,* Peace and Security Council (Fn. 30).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Menschenrechte respektieren sollen, wird jedoch häufig ignoriert.[64] Er ist kein Hauptorgan der AU, sondern wurde von der Assembly unter deren Berechtigung, ohne Beschränkung neue Organe zu gründen, eingeführt. Auch wenn der PSC daher nur indirekt durch die Verträge der AU legitimiert ist, werden seine Entscheidungen in der Regel akzeptiert. Art. 30 AU-Gründungsakt konkretisiert jedoch nicht, in welchem Umfang die Rechte suspendiert werden.[65] Dies wird ergänzt durch Regel 37 Abs. 2 der Assembly-Geschäftsordnung, die konkrete Maßnahmen gegen Individuen als auch gegen die verfassungswidrige Regierung ermöglicht. In Bezug auf Unregelmäßigkeiten bei Regierungswechseln wird der AU Inkonsequenz vorgeworfen. So habe diese zuletzt in Guinea und der Elfenbeinküste nicht gehandelt, was das Vertrauen in die AU signifikant geschmälert und etwaige erhoffte Abschreckungswirkungen vermindert habe.[66]

b) Materiell

Um zu einer Entscheidung kommen zu können, müssen die Tatbestandsvoraussetzungen der Normen erfüllt sein. Im Fall von Art. 7 und damit Art. 2 EUV wurden mittlerweile in Zusammenarbeit von Rechtsprechung und Literatur entsprechende Maßstäbe herauskristallisiert.[67]

In der AU dagegen handelt der PSC bei der Feststellung von verfassungswidrigen Regierungswechseln nicht konsequent und stark von einer Abwägung aus Pragmatismus und Prinzip geprägt.[68] Zunächst ist festzuhalten, dass „unconstitutional" im Sinne von Art. 4 lit. p und Art. 30 des Gründungsaktes nicht automatisch als „undemocratic" zu verstehen ist (Art. 4 lit. m AU-Gründungsakt).[69] Der Ausschuss der AU für verfassungswidrige Veränderungen definiert verfassungswidrige Regierungswechsel entsprechend der Lomé-Deklaration.[70]

64 *Nyinevi/Fosu*, Prohibition (Fn. 3), 96 f.
65 *Magliveras,* Sanctioning Regimes (Fn. 57), S. 372.
66 *Singh,* Consequences of Coup d'états (Fn. 3), S. 161; *J. B. Serugo/K. Balingene*, Taking Stock of African Union's Sanctions against Unconstitutional Change of Government, Recht in Afrika 2022, 135 (175 ff.).
67 Siehe II.1.c).
68 *Nyinevi/Fosu*, Prohibition (Fn. 3), 97 f.
69 *Magliveras,* Sanctioning Regimes (Fn. 57), S. 371.
70 *M. Ndulo*, The Prohibition of Unconstitutional Change of Government, in: A. Yusuf/F. Ouguergouz (Hrsg.), The African Union, Leiden/Bosten 2012, S. 251 (251).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Allerdings ergeben sich regelmäßig Fälle aus einer Grauzone: so erlauben zahlreiche Verfassungen Amtszeiten ohne Beschränkung. Wenn ein Herrscher schließlich nach mehreren Jahrzehnten seiner Position enthoben wird, entspricht dies nicht der Verfassung, wird aber dennoch mittunter als demokratisch gewertet.[71] Kritisiert wird auch der Fokus der AU auf militärische Coups, bei dem undemokratische Verfassungsänderungen (z.B. zur Amtszeitverlängerung) folgenlos bleiben.[72] Ein weiteres Beispiel stellt der Umgang mit Exilregierungen dar, denen mittunter die Wahrnehmung der Mitgliedsrechte an Stelle der De-facto-Regierung erlaubt wird. Hier fehlt es an Einheitlichkeit.

c) Zwischenfazit

Wenn weder die Tatbestandsmerkmale konsequent ausgelegt werden, noch die Rechtsfolgen absehbar sind, ist die begrenzte Abschreckungswirkung wenig überraschend. Während in der AU Unklarheit bezüglich der Auslegung der Tatbestandsseite herrscht, ist das Verfahren in der EU zu politisch aufgeladen und dialogorientiert, um innerhalb praktikabler Zeiträume zu Ergebnissen zu kommen. Der Automatismus in der AU produziert dagegen auf Grund fehlender konkreter Maßstäbe für die vergleichbare Behandlung von Einzelfällen bzw. Inkonsequenz auch keine vorhersehbaren Ergebnisse.

4. Rechtsschutz

Was bezüglich der Vorhersehbarkeit helfen könnte, wäre ein klarer Rechtsschutz-Mechanismus. Dieser wird an zwei Stellen relevant: einerseits, um nach der Verhängung von Sanktionen Maßstäbe zu überprüfen und so zu einer Rechtsfortbildung hin zu mehr Rechtssicherheit zu kommen. Andererseits dienen Anhörungen im Vorfeld der Entscheidung dem rechtlichen Gehör als Teil eines fairen Verfahrens und erhöhen die Akzeptanz dessen.

71 *Magliveras,* Sanctioning Regimes (Fn. 57), S. 372.
72 *Nyinevi/Fosu*, Prohibition (Fn. 3), 111 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Gerichtshof

Zunächst ist festzustellen, dass eine gerichtliche Überprüfung nur äußerst eingeschränkt gegeben ist. In einem Art.-7-Verfahren überprüft der EuGH gemäß Art. 269 AEUV die beschlossenen Rechtsakte nur auf Antrag des betroffenen Mitgliedsstaates und dies auch nur hinsichtlich der Einhaltung der Verfahrensregelungen. Dies steigert die Politisierung des Verfahrens im Rat. Doch auch wenn der EuGH keine direkte inhaltliche Überprüfung vornimmt, prüft er die angemessene Begründung von Maßnahmen, was wiederum zu einer Entschleunigung des Verfahrens beiträgt.[73]

In der AU gibt es dagegen gar kein allgemeines Justizorgan, welches mit dem EuGH vergleichbar wäre. Der Afrikanische Gerichtshof, der als Haupt-Judikativ-Organ in der Gründungsakte vorgesehen war, ist aus Kostengründen nie zustande gekommen.[74] Stattdessen gab es 2004 einen Zusammenschluss des Afrikanischen Gerichtshofs für Menschen- und Völkerrechte mit dem Gerichtshof der AU zum African Court of Justice and Human Rights.[75] Dieser wird jedoch nicht von allen Mitgliedsstaaten vollumfänglich oder überhaupt anerkannt.[76] Insofern entfaltet es nur eingeschränkt abschreckende Wirkung, dass verfassungswidrige Regierungswechsel ein Verbrechen sind, die von diesem Gericht verurteilt werden können.[77] Dieses Fehlen einer übergreifenden judikativen Instanz ist ein Manko für die Überprüfung der Verhängung von Sanktionen und das Entstehen des Rechtssystems der AU generell.

---

73 *F. Schorkopf* in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 82. EL, München Mai 2024, Art. 7 EUV Rn. 52.

74 *Magliveras,* Sanctioning Regimes (Fn. 57), S. 376.

75 *K. Clarke/C. Jalloh/V. Orlu*, Introduction, in: C. Jalloh/K. Clarke/V. Orlu (Hrsg.), The African Court of Justice and human and peoples' rights in context, Cambridge 2019, S. 1; *F. Ouguergouz*, The African Court of Justice and Human Rights, in: A. Yusuf/F. Ouguergouz (Hrsg.), The African Union, Leiden/Bosten 2012, S. 119.

76 Das Protokoll über das Statut des Afrikanischen Gerichtshofs für Gerechtigkeit und Menschenrechte wurde bisher von 33 Staaten unterzeichnet und nur von acht ratifiziert; https://au.int/sites/default/files/treaties/36396-sl-PROTOCOL%20ON%20THE%20STATUTE%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20OF%20JUSTICE%20AND%20HUMAN%20RIGHTS.pdf (14.10.2024).

77 Artikel 28E des Protokolls über Änderungen des Statuts des Afrikanischen Gerichtshofs für Gerechtigkeit und Menschenrechte (Malabo-Protokoll) enthält darüber hinaus detaillierte Tatbestandsmerkmale. So zählt es unter anderem als verfassungswidriger Regierungswechsel, die Wahlregeln in den sechs Monaten vor deren Durchführung ohne Zustimmung der Mehrheit der politischen Akteure zu ändern (Abs. 1 lit. f).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Verfahrensrechte

Während Gerichte getroffene Entscheidungen beurteilen können, ist es für die betroffenen Staaten entscheidend, bereits vor dem Votum ihre Sichtweise darstellen zu können. In der EU sind Anhörungsrechte im Verfahren ausgeprägt und tragen maßgeblich dazu bei, dieses in die Länge zu ziehen. So greift – bevor es überhaupt zu einem Verfahren nach Art. 7 EUV kommt – der Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips von der Kommission.[78] Dieser besteht aus drei Phasen, in denen zunächst die Kommission die Lage bewertet und Empfehlungen abgibt, deren Umsetzung sie anschließend beobachtet. Erst bei Scheitern prüft die Kommission schließlich die Einleitung eines Art.-7-Verfahrens. Eine Reform dieses Vorverfahrens war vorgesehen,[79] hat sich aber bisher nicht manifestiert.

Der PSC in der AU ist dagegen deutlich effizienter und verhängt die Sanktionen in der Regel in derselben Sitzung wie die Feststellung des Coups via Communiqué. Durch das Ezulwini-Rahmenwerk[80] sollte 2009 ein Gremium geschaffen werden, das vergleichbar mit den Sanction Committees des UN-Sicherheitsrats die verhängten Sanktionen regelmäßig überprüft. Dieses Komitee erfüllt diese Aufgabe jedoch nur unzureichend, sodass die Möglichkeiten der AU, ausbleibende Befolgung ihrer Sanktionen zu überwachen und zu ahnden, sehr limitiert sind. Hier könnte eine verstärkte Kooperation mit anderen regionalen Organisationen wie der ECOWAS über geteilte Ressourcen Abhilfe schaffen.[81] Darüber hinaus ergreift der PSC selbst dann Maßnahmen, wenn ein Staat das PSC-Protokoll nicht ratifiziert hat.[82] Das ist zwar aus Gründen der Konsequenz zu begrüßen (alle afrikanischen Staaten sind Mitglied der AU und daher auch an Entscheidungen der durch die Assembly eingerichteten Untergremien gebunden). Allerdings unterminiert die Tendenz von Mitgliedsstaaten, Protokolle zu den grundlegenden Verträgen nicht zu ratifizieren, die weitergehende Integration in der AU und führt zu Souveränitätskonflikten.

Zugunsten eines rechtsstaatlichen Verfahrens wäre ein Mittelweg aus beidem gut.

78 Mitteilung der Kommission v. 11.3.2014, Ein neuer Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM(2014) 158 final.
79 *Ruffert* (Fn. 1) Art. 7 Rn. 39.
80 Ezulwini Framework for the Enhancement of the Implementation of Measures of the African Union in Situations of Unconstitutional Changes of Government in Africa.
81 *Singh*, Consequences of Coup d'états (Fn. 3), S. 162.
82 *Amao*, African Union Law (Fn. 36), S. 93 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Zwischenfazit

Hinsichtlich des Rechtsschutzes besteht noch Potential für die stärkere Einbindung der Judikative. Dies könnte einerseits den politischen Druck in der EU reduzieren und andererseits in der AU dazu beitragen, einheitlichere Maßstäbe zu finden, die dann wiederum größere Vorhersehbarkeit erlauben. Im Vorfeld der Entscheidung ist eine Anhörung der betroffenen Staaten aus rechtstaatlicher Perspektive unerlässlich. Wenn diese jedoch dazu genutzt wird, das Verfahren zu verschleppen, sollte diesem Einhalt geboten werden.

III. Gesamtfazit

Wie dargestellt, gibt es sowohl in der EU als auch in der AU gute Ansätze zum Schutz rechtstaatlicher und demokratischer Standards. In der Praxis sind diese jedoch bei weitem nicht ausreichend, um abschreckende Wirkung zu entfalten. Insofern sind beide Organisationen als nominale Sicherheitsakteure einzuordnen, die zwar institutionelle Ansätze haben, mit Sicherheitsbedrohungen umzugehen, aber politisch und/oder militärisch nicht in der Lage sind, diesen Ansätzen realistisch Wirkung zu verleihen.[83] Beide Organisationen könnten voneinander gut funktionierende Praktiken übernehmen, um ihre eigenen Hindernisse zu überwinden. So erleichtert die Auslagerung an ein designiertes Gremium die Entpolitisierung der Entscheidung über einen Coup in der AU, während die EU von ihren starken Mehrheitserfordernissen blockiert wird. In der EU sind dagegen unter anderem durch die Mithilfe des EuGH die Maßstäbe klarer. Bei knappen Kassen an Institutionen wie der Justiz zu sparen, leistet keinen guten Beitrag zur Erhaltung rechtsstaatlicher und demokratischer Standards. Vor dem Hintergrund der weltpolitischen Lage kann die Bedeutung handlungsfähiger und effizienter internationaler Organisationen, die sich auch vor ihren Mitgliedsstaaten zu behaupten wissen, kaum unterschätzt werden. Eine Behebung der aufgezeigten Problemstellen ist daher dringend notwendig. Dabei ist der Blick auf funktionierende Praktiken in anderen Organisationen für einen Verfassungsschutz durch Sanktionen essentiell.

83 Definition von *Abiodun*, Quest for Peace and Security (Fn. 36), S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wehrhaftigkeit und Zivilgesellschaft

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Whistleblowing – Das Personal der Republik als Akteur der wehrhaften Verfassung?

Christian Thönnes

Abstract: *Im Diskurs um die wehrhafte Demokratie ist eine Entität in ihrer Eigenschaft als Akteurin der wehrhaften Verfassung bislang unterbelichtet geblieben: Das Personal der Republik. Inwieweit das deutsche Berufsbeamtentum sinnvollerweise als Akteur der wehrhaften Verfassung auftreten kann untersuche ich in meinem Beitrag anhand des beamtlichen Whistleblowings. Bei dieser Untersuchung stellt sich heraus, dass Beamtinnen aufgrund ihrer besonderen, verfassungsrechtlich abgesicherten Stellung sowie ihrer rollenspezifischen, epistemischen Vorteile eine Lücke im Instrumentarium der wehrhaften Verfassung schließen können. Anhand eines hermeneutischen Modells zur Identifikation der streitbaren Tendenz wehrhafter Instrumente zeige ich auf, dass sich beamtliches Whistleblowing unter bestimmten Bedingungen stringent dem Wehrhaftigkeitsprinzip zuordnen lässt. Diese Zuordnung vermag es, rechtsdogmatische Kriterien für ein schon seit der Pätsch-Entscheidung umstrittenes Problem des Hinweisgeberschutzrechts zu produzieren – die Zulässigkeit der direkten Offenlegung.*

Fünfundsiebzig Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erscheint es möglich, dass in absehbarer Zeit eine verfassungsfeindliche Partei Teil einer deutschen (Landes-)Regierung werden könnte. Kein Wunder, dass diese Entwicklung den Diskurs über die Wehrhaftigkeit unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung (fdGO) wiederbelebt.[1]

Soweit ersichtlich dreht sich dieser Diskurs weitgehend um institutionelle *top-down* Instrumente. Die Rechtswissenschaft diskutiert insbesondere Opportunität und Erfolgsaussichten eines Parteiverbots- (Art. 21 Abs. 2 GG) oder Finanzierungsausschlussverfahrens (Art. 21 Abs. 3 GG)[2] gegen die *AfD* bzw. eines Grundrechtsverwirkungsverfahrens (Art. 18 GG) gegen ihre füh-

1 Hierfür steht exemplarisch das *Thüringen-Projekt* des *Verfassungsblog*, siehe *M. Steinbeis*, Die verwundbare Demokratie, München 2024.

2 Exemplarisch *G. Lübbe-Wolff*, Wehrhafte Demokratie, Verfassungsblog, 13.10.2023; *A. Fischer-Lescano*, AfD-Verbotsverfahren als demokratische Pflicht, Verfassungsblog, 18.1.2024.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

renden Politiker.[3] Hierneben treten Vorschläge dazu, wie sich rechtstaatliche und demokratische Institutionen, beispielsweise Verfassungsgerichte, krisenfest machen lassen.[4] Ohne die Sinnhaftigkeit dieser wichtigen Diskussionen bestreiten zu wollen, möchte ich diesen Beitrag einer Entität widmen, die in ihrer potentiellen Eigenschaft als Akteurin der wehrhaften Verfassung meines Erachtens bislang unterbelichtet und -theoretisiert geblieben ist: Das deutsche Berufsbeamtentum, das „Personal der Republik"[5].

Inwieweit die Beamtenschaft sinnvollerweise als Akteurin der wehrhaften Verfassung auftreten kann, diskutiere ich am Beispiel eines ihr spezifisch zur Verfügung stehenden Instruments, dem *Whistleblowing*. Ich untersuche, inwieweit sich beamtliches Whistleblowing in das Arsenal der wehrhaften Verfassung aufnehmen lässt. Dies tue ich, indem ich zunächst aufzeige, dass Whistleblowing durch wachsame Verwaltungsinsiderinnen *prima facie* als nützliches Mittel des fdGO-Schutzes nach einer Kontrollübernahme staatlicher Institutionen durch verfassungsfeindliche Akteure erscheint (I.). Hiernach entwickle ich verfassungsrechtliche Kriterien zur Analyse von potentiellen Instrumenten der wehrhaften Verfassung (II.). Ich analysiere die spezifischen, verfassungsrechtlichen Kollisionslagen, die sich durch beamtliches Whistleblowing ergeben (III.). Zuletzt beschreibe ich, welche dogmatischen Konsequenzen eine Aufnahme des Whistleblowings in das Arsenal der wehrhaften Verfassung produzieren könnte (IV.).

I. Plausibilität des Berufsbeamtentums als Akteur der wehrhaften Verfassung

Der gewählte US-Vizepräsident, J.D. Vance, äußerte in einem Interview eine radikale Empfehlung an Donald Trump für seine zweite Amtsperiode: „Fire every single mid-level bureaucrat, every civil servant in the administrative state, replace them with our people"[6]. Es ist ein integraler Teil der Trump-Agenda, den US-amerikanischen *administrative state* ab-, beziehungsweise

3 Exemplarisch *M. Hong*, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbote gegen radikale AfD-Landesverbände, Verfassungsblog, 6.2.2024.

4 Hierzu *Steinbeis*, Verwundbare Demokratie (Fn. 1).

5 *M. Roßbach*, Das Personal der Republik, Baden-Baden 2020; ähnlich zum Befund der Untertheoretisierung *C. Casey*, Political Executive Control of the Administrative State, Maryland Law Review 81 (2021), 257 (258 ff.).

6 *A. Prokop*, J.D. Vance's radical plan to build a government of Trump loyalists, Vox, 18.7.2024.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

umzubauen.[7] Bis in die mittleren Hierarchieebenen der föderalen Verwaltung hinein sollen exekutive Amtsträger durch Trump-Loyalisten ersetzt werden.[8]

US-amerikanische Rechtspopulisten sind mit diesen Plänen nicht allein: Eine ideologische *capture* nicht nur der politischen Leitungsebene der Exekutive, sondern auch des mittleren Verwaltungsapparats, ist ein fester strategischer Bestandteil des autoritären Staatsumbaus.[9] Sowohl in Ungarn[10] als auch, hiervon inspiriert, in Polen[11] haben die *Fidesz-* beziehungsweise die *PiS*-Partei den öffentlichen Dienst reformiert und zahlreiche Beschäftigte durch ideologisch konforme Kandidaten ersetzt.[12] Dieser Umstand ist natürlich nicht weiter verwunderlich. Ohne den verlängerten Arm des Verwaltungsstaats lässt sich eine politische Agenda nicht umsetzen. Gerade gegenüber extremen Plänen können sich innerhalb einer professionalisierten und rechtstaatstreuen Berufsbeamtenschaft Widerstandskräfte entfalten. Zahlreiche Verfassungsordnungen kennen intra-institutionelle Unabhängigkeitsgarantien, die es einer neuen Regierung um der Integrität rechtsstaatlicher Garantien halber gezielt erschweren, ihre Ziele direkt, beispielsweise durch einen sanktionsbewehrten Aufruf zur politisch konformen Gesetzesinterpretation durchzusetzen.[13] Autoritär-populistische Regierungen haben deshalb jeden Anreiz, den „*deep state*"[14] ideologisch auf Linie zu bringen.

Das in seiner rechtsstaatstreuen Professionalisierung verfassungsrechtlich abgesicherte Berufsbeamtentum der Bundesrepublik ist strukturell vergleichsweise gut gerüstet, derlei Tendenzen Widerstand leisten zu können. Hierin unterscheidet es sich beispielsweise vom *US Civil Service*. Letzterer operiert größtenteils auf der Grundlage eines republikanischen Ideals, das seine Legitimität von der politischen Personalauswahl des direkt gewählten

7 „Dismantle the administrative state and return self-governance to the American people.", Project 2025, Mandate for Leadership, S. 3.
8 Project 2025, Mandate for Leadership, S. 9.
9 Siehe hierzu insgesamt *Casey,* Executive Control (Fn. 5).
10 Für einen Überblick über die ungarischen Reformen siehe *G. Hajnal/S. Csengödi*, When Crisis Hits Superman, Administrative Culture 15 (2014), 39 (49 ff.).
11 *W. Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford 2019, 137 ff.; siehe auch *Casey,* Executive Control (Fn. 5), 265 f.
12 *Casey,* Executive Control (Fn. 5), 265 ff.
13 Hierzu insgesamt *Casey,* Executive Control (Fn. 5), 259 ff.
14 Siehe *D. Moynihan*, Trump Has a Master Plan for Destroying the 'Deep State', New York Times, 27.11.2023.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

US-Präsidenten ableitet.[15] Dieses personelle Legitimationsideal rechtfertigt, dass der US-Präsident Amtsträgerinnen zwar nur eingeschränkt Weisungen erteilen darf, aber eine vergleichsweise freie Hand bei Einstellungen und Entlassungen hat.[16] Die politische Legitimität *deutscher* Beamtinnen leitet sich hingegen weniger aus der Personalauswahl der gewählten Exekutivspitze ab. An die Stelle dieser republikanischen Legitimationsidee tritt die Bindung deutscher Beamtinnen an Weisungen und Gesetze.[17] Ersteres, also die beamtliche Bindung an die Weisungen der gegenüber einfachen Beamtinnen stärker demokratisch legitimierten Exekutivspitze, ist dabei durch zweiteres, nämlich den Willen des *noch stärker demokratisch legitimierten* (Verfassungs-)Gesetzgebers, begrenzt.[18] Auch aus diesem Grund sind deutsche Beamtinnen – mit Ausnahme der politischen Beamtinnen (siehe § 30 Abs. 1 BeamtStG, § 54 Abs. 1 BBG) – als professionalisierte Amtsträgerinnen vor politisch motivierten Entlassungen geschützt.[19] Das Lebenszeitprinzip verleiht der beamtlichen Verfassungstreuepflicht besondere Wirksamkeit: Das Berufsbeamtentum soll zwar den politischen Willen einer demokratisch legitimierten Exekutivspitze umsetzen, ist aber gleichzeitig dazu berufen, die gleichförmige Anwendung der demokratisch zustande gekommenen Gesetze zu gewährleisten. Dies kann beinhalten, die administrative Transformation einer politischen Agenda in rechtstaatliche Bahnen zu lenken und dabei Exzessen zu widerstehen.[20] Hierin kommt eine normative Gewichtung zum Ausdruck, die eine sachlich-inhaltliche einer personellen Legitimation vorzieht. Dies ist eine verfassungsrechtliche

15 *Roßbach,* Personal (Fn. 5), 423, 564.

16 Für eine ausführliche Darstellung siehe *Roßbach,* Personal (Fn. 5), 423 ff. und 567.

17 *Roßbach,* Personal (Fn. 5), 420 ff.

18 Zur Austarierung dieser Prinzipien im Remonstrationsverfahren siehe *M. Weinrich*, in: R. Brinktrine/K. Schollendorf (Hrsg.), BeckOK Beamtenrecht Bund, 34. Aufl., München 2024, § 36 BeamtStG, Rn. 12–14.

19 *Roßbach,* Personal (Fn. 5), 420 ff.; *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (Band III), Heidelberg 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 21 ff; zu den Grenzen des politischen Beamtentums zuletzt BVerfG, Beschluss vom 9. April 2024 – 2 BvL 2/22.

20 „Nur wenn die innere und äußere Unabhängigkeit gewährleistet ist, kann realistischerweise erwartet werden, dass ein Beamter auch dann auf rechtsstaatlicher Amtsführung beharrt, wenn sie (partei-)politisch unerwünscht sein sollte.", BVerfGE 149, 1, Rn. 35; ähnlich BVerfGE 7, 155 (162); so auch *Roßbach,* Personal (Fn. 5), 575 ff. unter Bezugnahme auf die letztgenannte Entscheidung.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundentscheidung, die zwar verfassungspolitisch kontingent, aber für das bundesrepublikanische Verfassungssystem prägend ist.[21]

Die beamtenrechtliche Pflicht zur Verfassungstreue spielte in der Rechtspraxis bislang insbesondere die Rolle, Extremisten aus dem öffentlichen Dienst fernzuhalten. Das Bundesverfassungsgericht bekräftigte in seinem sogenannten „Extremistenbeschluss" des Jahres 1975, dass Beamtinnen als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG „eine besondere politische Treuepflicht gegenüber dem Staat und seiner Verfassung obliegt"[22] – und dass es ein Charakteristikum der wehrhaften Demokratie sei, sich Extremisten im Staatsdienst zu erwehren.[23] Dieses Ziel war angesichts des auch in Deutschland zunehmenden Rechtsextremismus zuletzt wieder hochrelevant.[24] Es lohnt sich jedoch, nicht nur zu diskutieren wie die wehrhafte Verfassung *gegen* extremistische Amtsträger wirken, sondern auch zu erörtern, wie sie sich *durch* couragierte Verwaltungsinsiderinnen gegenüber einer verfassungsfeindlichen Regierungspartei behaupten kann.

Insbesondere Whistleblowing erscheint hierbei *prima facie* als eine nützliche Ergänzung des Arsenals der wehrhaften Verfassung: Die meisten Instrumente des fdGO-Schutzes sollen verhindern, dass Verfassungsfeinde überhaupt erst in staatliche Verantwortung gelangen.[25] Sobald diese Form der Prävention allerdings gescheitert ist, dann muss, so scheint es, sich die wehrhafte Demokratie in vielerlei Hinsicht geschlagen geben. Wenn eine verfassungsfeindliche Partei an einer Bundesregierung beteiligt ist, dann ist es unwahrscheinlich, dass eines der antragsberechtigten Verfassungsorgane einen Verbotsantrag stellen wird. Aber auch schon für den Fall, dass eine verfassungsfeindliche Partei realistische Chancen auf das Erlangen einer relativen Mehrheit in einem Bundesland hat, wird allenthalben bezweifelt, dass ein Verbotsantrag angesichts der hierdurch ausgelösten politischen Unruhe noch opportun wäre.[26]

---

21 Dies betont *Roßbach,* Personal (Fn. 5), 422 ff.

22 BVerfGE 39, 334, erster Leitsatz.

23 BVerfGE 39, 334 (349).

24 Grundlegend BVerwGE 160, 370; hierzu insgesamt *A. Voßkuhle*, Extremismus im Öffentlichen Dienst – Was tun?, NVwZ 2022, 1841.

25 Zu hieraus motivierten konzeptionellen Erweiterungen der Wehrhaftigkeit *J. Lindner/J. Unterreitmeier*, Zur Resilienz des Grundgesetzes, Rechtstheorie 51 (2020), 129 (147 f.); ähnlich auch *J. Gutmann/S. Voigt*, Militant constitutionalism, Public Choice 195 (2023), 377 (378 f.).

26 Siehe etwa *U. Volkmann*, Einerseits und Andererseits, Verfassungsblog, 25.3.2024.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Gegensatz dazu könnte Whistleblowing als wehrhaftes Instrument auch noch im inzwischen realistischen Szenario wirken, dass (etwa Landes-)Behörden unter die Kontrolle verfassungsfeindlicher Parteien gelangen. Verwaltungsinsiderinnen haben gegenüber anderen Akteuren der wehrhaften Verfassung epistemische Vorteile. Weil sie qua Amt hinter die Kulissen der politischen Macht schauen, können sie die demokratische Öffentlichkeit auf verfassungsfeindliche Bestrebungen einer Regierungspartei aufmerksam machen, gerade wenn diese noch in einem Frühstadium und deshalb nur aus der Innenperspektive sichtbar sind.[27] Gleichzeitig vermeidet Whistleblowing verfassungsrechtlichen Paternalismus. Anders als etwa Partei- und Vereinsverbote *aktiviert* es gerade den öffentlichen Diskurs. Whistleblowerinnen machen den *demos* auf die oft propagandistisch vertuschten, verfassungsfeindlichen Ziele einer Regierungspartei aufmerksam und appellieren damit an die Verantwortung eines jeden für die Integrität der fdGO.[28] Gerade weil Autokraten gelernt haben, im Namen eines vermeintlich homogenen Volkswillens die Sprache der Demokratie zu sprechen und dabei die Institutionen des Rechtsstaats gegen sie zu instrumentalisieren, anstatt die fdGO offen zu verachten, sind derartige Frühwarnsysteme von großer Bedeutung.[29]

Whistleblowing könnte also eine Lücke des bisherigen Instrumentariums der wehrhaften Verfassung schließen – jedenfalls wenn es sich als Instrument in die Dogmatik der Wehrhaftigkeit einpassen ließe.[30]

27 Siehe *D. Santoro/M. Kumar*, A Theory of Whistleblowing, Cham 2018, 134 ff.; *R. Brockhaus*, Geheimnisschutz und Transparenz, Tübingen 2023, 1 ff.

28 Zur Rolle von Bürgerinnen bei der Verteidigung der Demokratie *J.-W. Müller*, Citizens as Militant Democrats, Or: Just How Intolerant Should the People Be?, Critical Review 34 (2022), 85.

29 Diese Entwicklung beschreibt *K. Scheppele*, Autocratic Legalism, The University of Chicago Law Review 85 (2018), 545 (583 ff.).

30 Zu verfassungsrechtlichen Kollisionslagen siehe *C. Bäcker*, Whistleblower im Amt, Die Verwaltung 48 (2015), 499.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Das wehrhafte Grundgesetz – Ein hermeneutisches Modell

Das verfassungsrechtliche Prinzip der Wehrhaftigkeit[31] hat eine lange diskursive Geschichte hinter sich.[32] Diesen diskursiven Bogen vollständig nachzuzeichnen würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.[33] Stattdessen möchte ich deshalb einen analytischen Zugang wählen: Wir suchen nach analytischen Kriterien, die ein Urteil darüber erlauben, ob ein spezifisches Instrument als Ausprägung der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes zu interpretieren ist.

1. Wehrhaftigkeit als Rechtsprinzip

Ein derartiger Zugang wäre allerdings nur dann sinnvoll, wenn es sich bei der vielbeschworenen Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes um ein genuines *Rechts*prinzip handelte – mit analytisch fassbaren Voraussetzungen und konkreten rechtlichen Konsequenzen.[34] Dass das Grundgesetz eine wehrhafte Verfassung ist, gehört zur verfassungspolitischen Folklore der Bundesrepublik. Damit wird die Wehrhaftigkeit aber noch nicht zum Rechtsprinzip. Die Begriffe „Wehrhaftigkeit" oder „Streitbarkeit" erwähnt das Grundgesetz jedenfalls nicht explizit. Eine skeptisch-reduktive Auslegung

31 Das BVerfG verwendet die Begriffe „streitbare" bzw. „wehrhafte Demokratie" inzwischen synonym, siehe BVerfGE 144, 20, Rn. 418; zur terminologischen Entwicklung *J. Becker,* Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: P. Badura (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (Band VII), Heidelberg 1992, Rn. 3. Ich verwende hier den Begriff der „wehrhaften Verfassung", bzw. des „Prinzips der Wehrhaftigkeit". „Wehrhaft" ist m.E. treffender als „streitbar", weil es gerade nicht um den alltäglichen demokratischen *Streit*, sondern *außergewöhnliche,* weil *wehrhafte* Eingriffe in diesen Streit geht. Ferner schützt die Wehrhaftigkeit nicht nur das *Demokratieprinzip,* sondern ist auf einen umfassenden Schutz der fdGO gerichtet. Ebenso für die Terminologie des „militant constitutionalism" *Gutmann/Voigt,* Militant Constitutionalism (Fn. 25), 378 f.

32 Das Prinzip geht zurück auf Karl Loewenstein, siehe *K. Loewenstein*, Militant Democracy and Fundamental Rights I, The American Political Science Review 31 (1937), 417; für einen aktuellen Diskursüberblick *A. Malkopolou/A. Kirshner*, Militant Democracy and Its Critics, Edinburgh 2019.

33 Siehe stattdessen *Becker,* Wehrhafte Demokratie (Fn. 31), § 167 Rn. 4 ff.; *H.-J. Papier/W. Durner*, Streitbare Demokratie, AöR 128 (2003), 340 (362 ff.).

34 Dieser Frage geht auch *Thiel* nach, siehe *M. Thiel*, Zur Einführung: Die „wehrhafte Demokratie" als verfassungsrechtliche Grundentscheidung, in: M. Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, Tübingen 2003, S. 1 (6 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erscheint auf den ersten Blick naheliegend: Wenn wir verfassungspolitisch über das wehrhafte Grundgesetz sprechen, so ließe sich argumentieren, sprechen wir verfassungs*rechtlich* regelmäßig über konkrete rechtliche Verfahren mit konkreten rechtlichen Voraussetzungen,[35] die ihrerseits allenfalls einen assoziativen Zusammenhang zum abstrakten Konzept der wehrhaften Demokratie aufweisen. Demnach handelte es sich bei der „Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes" um ein reines Epiphänomen – eine Narrativisierung, die konkrete rechtliche Entscheidungen vielleicht politisch zu vermitteln, aber rechtlich nicht zu konturieren oder begründen vermag.

Diese reduktiv-skeptische Interpretation ginge an der ständigen Rechtsprechung des BVerfG vorbei.[36] Letzteres hat das Prinzip der Wehrhaftigkeit immer wieder als übergreifendes Verfassungsprinzip charakterisiert: „Es ist von besonderer Bedeutung, daß die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland sich für die 'streitbare Demokratie' entschieden hat. (…) Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung (…) gefährden."[37] Das BVerfG verankert dieses Rechtsprinzip zwar in konkreten Verfahren,[38] hat aber immer wieder auf eine Gesamtschau verschiedenster GG-Normen Bezug genommen.[39] Im Lichte dieser „Grundentscheidung" hat das Gericht schon diverse, nicht unbedingt in einem unmittelbar mit der wehrhaften Demokratie in Zusammenhang stehende Rechtsinstitute ausgelegt und so für letztere neue Facetten ausgeprägt.[40] So entwickelte das BVerfG auch die beamtenrechtliche Pflicht zur Verfassungstreue als hergebrachten und *wehrhaften* Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG.[41]

Es handelt sich bei dem Prinzip der Wehrhaftigkeit also um ein genuines Rechtsprinzip, das als „Auslegungs-, Abwägungs- bzw. Rechtfertigungskri-

35 Insbesondere Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 GG.

36 Dies betont auch *A. Sattler*, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie, Baden-Baden 1982, 17 ff.

37 BVerfGE 30, 1 (19 f.).

38 BVerfGE 144, 120, Rn. 418.

39 Zur Diversität der in Bezug genommenen Normen siehe *Thiel,* Grundentscheidung (Fn. 34), 8 ff.; so auch *Becker,* Wehrhafte Demokratie (Fn. 33), Rn. 14 ff.; *Sattler,* Entscheidung (Fn. 36), 17 f.

40 Siehe *Thiel,* Grundentscheidung (Fn. 34), 7 f.; *Becker,* Wehrhafte Demokratie (Fn. 33), Rn. 43; zuletzt auch BVerfGE 144, 20, Rn. 517.

41 BVerfGE 39, 334 (368 f.); dazu, dass eine Herleitung aus der Wehrhaftigkeit plausibler ist als eine aus tatsächlicher Tradition auch *Voßkuhle*, Extremismus (Fn. 24), Fußnote 30.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

terium" rechtliche Folgen zu produzieren vermag.[42] Dies deckt sich im Übrigen mit der im Konvent von Herrenchiemsee zutage getretenen Intention, die fdGO des Grundgesetzes gegen totalitäre Bedrohungen abzusichern und so aus den Weimarer Erfahrungen Konsequenzen zu ziehen.[43]

2. Die streitbare Tendenz wehrhafter Instrumente – hermeneutische Kriterien

Dieser übergreifende, rechtliche Charakter des Wehrhaftigkeitsprinzips löst zugleich ein Bedürfnis nach einer scharfen analytischen Grenzziehung aus. Das Argument der Wehrhaftigkeit darf nicht zu einer „Rundum-Waffe des Staatsschutzes"[44] gerieren. Eine allgemeine, gleichsam ungeschriebene Wehrhaftigkeitsausnahme zu hergebrachten verfassungsrechtlichen Standards anzuerkennen würde der fdGO einen Bärendienst leisten.[45] Das Bewusstsein um diese Risiken muss jedoch nicht zu einer Totalrevision der Wehrhaftigkeit führen.[46] Das Risikopotential der Wehrhaftigkeit lässt sich mit dem hergebrachten, hermeneutischen Handwerk der Juristerei bannen: Der Auslegung.[47]

Ebenfalls um das exzessive Potential der wehrhaften Demokratie besorgt[48] stellte *Eckart Bulla* fest: „Die Verfassungsinterpretation der These von der ‚streitbaren Demokratie' muß – den allgemeinen Auslegungsregeln folgend – am Wortlaut des GG ansetzen."[49] Dem möchte ich mich anschließen. Um zu identifizieren, ob ein rechtliches Instrument an der Wehrhaftig-

42 So auch *Thiel,* Grundentscheidung (Fn. 34), 8 ff.

43 Diesen intentionalen Befund trotz Zweifeln an der Richtigkeit der zugrundeliegenden, historischen Analyse stützend *E. Bulla*, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98 (1973), 340 (342 ff.); so auch *Becker,* Wehrhafte Demokratie (Fn. 33), Rn. 11 ff.

44 *E. Denninger*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), 7 (19 ff.).

45 So auch *Bulla,* Streitbare Demokratie (Fn. 43), 352 ff.

46 Anders der wohl unter dem Eindruck der exzessiven Handhabung des Radikalenerlasses schreibende *Denninger,* Verfassungsschutz (Fn. 44), 8 ff.

47 Zum Recht als hermeneutische Praxis *R. Poscher*, Hermeneutics and Law, in: M. Forster/K. Gjesdal (Hrsg.), The Cambridge Companion to Hermeneutics, Cambridge 2019, S. 326.

48 So warnte *Bulla* im Kontext des Radikalenerlasses davor, dass das Credo von der wehrhaften Demokratie „in ein autoritäres oder gar totalitäres Staatsverständnis einmünden kann.", *Bulla,* Streitbare Demokratie (Fn. 45), 360 ff.

49 Ebd., 348 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keit des Grundgesetzes teilhat, ist mittels der üblichen Auslegungsregeln zu ermitteln, ob die zugrunde liegende (Verfassungs-)Institution über eine *streitbare Tendenz* verfügt. Bei dieser hermeneutischen Operation lassen sich meines Erachtens folgende Kriterien berücksichtigen:

- **Berufung eines Akteurs zur Wehrhaftigkeit:** Jene Verfassungsakteure, die die Verfassung verteidigen, müssen zu dieser Verteidigung besonders berufen und damit legitimiert sein. Nur das BVerfG darf auf Antrag eines zum Parteiverbotsverfahren aktivlegitimierten Verfassungsorgans eine Partei verbieten. Nur die in § 3 Abs. 2 VereinsG aufgeführten Verbotsbehörden sind im Sinne des Art. 9 Abs. 2 GG zur Verteidigung der fdGO berufene, wehrhafte Akteure. Es muss also entweder das Grundgesetz oder ein hierauf gestütztes Gesetz einen Akteur innerhalb eines bestimmten Rahmens zur Verteidigung der fdGO berufen.
- **Die fdGO als präventives Schutzgut:** Wehrhafte Instrumente schützen die fdGO. Hierin stimmen sie überein.[50] Der fdGO-Begriff ist deutlich enger als seine auf den ersten Blick ähnlich aussehenden Geschwister, etwa die „verfassungsmäßige Ordnung".[51] Hierin verwirklicht sich eine Abwägungslogik, die aus dem Polizeirecht bekannt ist: Weil die Wehrhaftigkeit zu so empfindlichen Beeinträchtigungen anderer hochrangiger Verfassungsgüter führen kann, ist sie an ein besonders hochwertiges, zugleich eng gefasstes Schutzgut geknüpft.[52] Die hieraus resultierende Gravitationskraft ist so stark, dass sie auch anderslautende Voraussetzungen als wehrhaft anerkannter Instrumente zu einem strengen fdGO-Bezug umformt.[53] An diesem fdGO-Bezug kann man wehrhafte Instrumente also erkennen.
- **Verfassungsrechtlicher Ausnahmecharakter:** Das Grundgesetz ist eine von demokratischer Toleranz geprägte Verfassung und stellt sich deshalb grundsätzlich auch bezüglich ihrer zentralen Prinzipien disponibel. Sie wehrt sich gegen propagierte politische Inhalte nur insofern sie sich

50 Zuletzt BVerfGE 144, 20, Rn. 529 ff.; so auch *Bulla,* Streitbare Demokratie (Fn. 45), 348 ff.

51 Zuletzt BVerfGE 144, 20, Rn. 529 ff.

52 Siehe *M. Bäcker*, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, München 2021, § 28 Sicherheitsverfassungsrecht, Rn. 89 ff.

53 So etwa bei den Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 GG, siehe BVerfGE 149, 160 (197 f.); hierzu ausführlich *F. Albrecht*, in: F. Albrecht/J. Roggenkamp (Hrsg.), VereinsG, 2. Aufl., München 2024, § 3 Rn. 61 ff.; so schon *Bulla,* Streitbare Demokratie (Fn. 45), 350 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegen die unverhandelbaren Fundamente der fdGO richten.[54] Demokratische Toleranz ist also die Norm und der Einsatz wehrhafter Instrumente die Ausnahme. Das verwaltungsrechtliche *daily business* nimmt deshalb nicht an der Wehrhaftigkeit der Verfassung teil. Aus diesem Grund gehören gewöhnliche verwaltungsrechtliche Vorgänge wie die waffenrechtliche Zuverlässigkeitsprüfung oder aufenthaltsrechtliche Entscheidungen nicht zur wehrhaften Demokratie. Solche Normen weisen zwar eine Familienverwandtschaft zu ihr auf, schützen aber die (allgemeine) öffentliche Sicherheit. Sie sind daher anders legitimiert, haben andere Voraussetzungen und erfüllen einen anderen Zweck als wehrhafte Instrumente.

- **Kontrollüberlegung – Herstellbarkeit verfassungsrechtlicher Begrenzungen:** Das Argument der Wehrhaftigkeit vermittelt dem Staat einschneidende Handlungsmöglichkeiten, die ihm normalerweise nicht zustehen. Dieses Machtpotential birgt Missbrauchsgefahren.[55] Ein Instrument sollte deshalb nur dann an der Wehrhaftigkeit der Verfassung teilhaben, wenn sich, etwa anhand seiner normativen Voraussetzungen oder sonstiger Kontextfaktoren, adäquate verfassungsrechtliche Begrenzungen herstellen lassen. So ist beispielsweise für Vereinigungsverbote anerkannt (und auch in § 3 Abs. 1 VereinsG umgesetzt), dass solche Verbote für ihre Wirksamkeit eines konstitutiven Verwaltungsakts bedürfen. Dies gilt, obwohl der Wortlaut des Art. 9 Abs. 2 GG nahelegt, dass verfassungsfeindliche Vereinigungen *ipso iure* verboten sind. Diese Auslegung würde jedoch die Rechtsposition jeder Vereinigung unsicher machen.[56] Sie wäre deshalb eine Expansion des wehrhaften Charakters des Art. 9 Abs. 2, die sich rechtlich nur schwer einfangen ließe.
- **Begrenzung auf staatliche Akteure:** Meines Erachtens können nur für den Staat handelnde Akteure an der Wehrhaftigkeit der Verfassung teilhaben. Akteure der wehrhaften Demokratie sollten qua der Herstellbarkeit verfassungsrechtlicher Begrenzungen durch das Verfassungsrecht spezifisch adressier- und einhegbar sein. Privatpersonen haben sich, wenn sie von ihrer Meinungs- oder Versammlungsfreiheit Gebrauch

54 Hierzu zuletzt BVerfGE 144, 20, Rn. 529 ff.; siehe auch *J. Hohnerlein*, Zwei freiheitliche demokratische Grundordnungen?, DVBl 2024, 267 ff.

55 Hiervor warnt *Bulla,* Streitbare Demokratie (Fn. 45), 360 ff.; *Kirshner* beschreibt die „normativen Kosten" wehrhafter Instrumente, *A. Kirshner*, A theory of militant democracy, New Haven 2014, 55 f.

56 BVerwGE 4, 188, Rn. 6 f.; siehe hierzu insgesamt *Albrecht* (Fn. 53), § 3, Rn. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

machen, nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Das hat sehr gute Gründe, disqualifiziert sie aber für die Zwecke der wehrhaften Demokratie. Wer durch die Verfassung legitimiert ist, mittels wehrhafter Mittel die fdGO zu verteidigen, muss an das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebunden sein[57] – sonst drohte die Wehrhaftigkeit ungebändigte Gewalt zu rechtfertigen.[58] Das bedeutet, dass Handlungsformen des zivilen Ungehorsams mE. nicht an der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes teilhaben. Hiermit ist keine Aussage über die Daseinsberechtigung des zivilen Ungehorsams als Rechtsfigur verbunden. Es handelt sich nur, soweit man sie anerkennt, um eine *andere* Rechtfertigung mit *anderen* Voraussetzungen und Folgen.[59] Auch das Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG ist demnach keine Ausprägung der wehrhaften Verfassung, sondern eine Ausprägung der Volkssouveränität.[60]

3. Zugehörigkeitskonsequenz: Teleologie der Wehrhaftigkeit

Wenn durch eine Anwendung des Kriterienmodells die Wehrhaftigkeit eines Instruments geklärt ist, erwachsen hieraus Konsequenzen für seine Anwendung. Es folgt eine Teleologie der Wehrhaftigkeit: Wehrhafte Instrumente haben ein bestimmtes Ziel und sind auf bestimmte Verhaltensformen gerichtet.

Das verbindende Ziel wehrhafter Instrumente ist zu verhindern, dass „Verfassungsfeinde (…) unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung (…) gefährden"[61]. Das Argument der Wehrhaftigkeit bewirkt, dass der Staat gegen Handlungen vorgehen kann, die ansonsten unter verfassungsrechtlichem Schutz

57 Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Vereinsverboten BVerfGE 149, 160 (193 ff.); zur Diskussion *Albrecht* (Fn. 53), § 3, Rn. 6 ff. Dass im vorbereitenden Ermittlungsverfahren der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt, ist unbestritten, ebd. Rn. 409 ff.

58 Ähnlich *Thiel,* Grundentscheidung (Fn. 34), 22 f.

59 *S. Akbarian*, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, Tübingen 2023; zur Rechtfertigung des Whistleblowings durch das Argument des zivilen Ungehorsams *Brockhaus,* Geheimnisschutz (Fn. 27), 505 ff.

60 Hierzu differenzierend *Thiel,* Grundentscheidung (Fn. 34), 23 ff.

61 BVerfGE 30, 1 (19 f.); ständige Rechtsprechung, siehe zuletzt auch BVerfGE 144, 20, Rn. 418.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stünden. Diese Handlungen müssen insbesondere nicht strafrechtlich relevant oder sonst in irgendeiner Weise verboten sein.[62]

Werner-Kappler hat ferner überzeugend herausgearbeitet, dass auf Extremismusbekämpfung ausgerichtete Instrumente ein besonderer, verhaltensbezogener Diagnose- und Prognosemaßstab verbindet.[63] Konkret sind wehrhafte Instrumente gegen „[p]lanvolles Vorgehen" gerichtet, durch das „kontinuierlich auf die Verwirklichung eines der freiheitlichen demokratischen Grundordnung widersprechendes politisches Konzept hingearbeitet wird".[64] Die Vorbereitung eines wehrhaften Instruments bedarf also einer epistemischen Operation, die aus einer Diagnose verfassungsfeindlichen Verhaltens sowie einer – im Vergleich zu üblichen polizeirechtlichen Vorhersagen analytisch modifizierten – Prognose besteht.[65] Das bedeutet, dass bloße Gesinnungen kein tauglicher Anknüpfungspunkt sind, sondern sich stets durch konkrete Handlungen äußerlich manifestieren müssen.[66] Gleichzeitig bedarf es aber auch keiner Prognose einer im polizeirechtlichen Sinne konkreten Gefahr für die fdGO.[67] Im zweiten NPD-Parteiverbotsverfahren hat das BVerfG stattdessen betont, dass sich das avisierte Verhalten als „qualifizierte Vorbereitung einer Beseitigung oder Beeinträchtigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung" darstellen muss.[68] Wehrhafte Instrumente wenden sich gegen ein durch einen politischen Plan intentional verstetigtes, gegen die fdGO gerichtetes Verhalten. Prognostiziert wird hier also, anders als im Polizeirecht, kein die fdGO schädigendes Ereignis, sondern die intentionale Kontinuität des extremistischen *Verhaltens.*[69] Die epistemische Grundlage für diese Prognose ist eine gegen die

62 BVerfGE 144, 20, Rn. 577.

63 *K. Werner-Kappler*, Das Recht der Extremismusbekämpfung, AöR 148 (2023), 204 (216 f.).

64 BVerfGE 144, 20, Rn. 576; vergleichbar zu Vereinigungsverboten BVerfGE 149, 160 (198 f.); ähnlich BVerwG, Urteil vom 17.11.2017 – 2 C 25/17, Rn. 21.

65 *Werner-Kappler,* Extremismusbekämpfung (Fn. 63), 215 f.

66 BVerfGE 144, 20, Rn. 573; *Werner-Kappler,* Extremismusbekämpfung (Fn. 63), 235 ff.; so auch schon *Bulla,* Streitbare Demokratie (Fn. 45), 353 ff.

67 Für das Parteiverbot BVerfGE 144, 20, Rn. 581 ff.; für Vereinigungsverbote BVerfGE 149, 160 (198 f.); siehe auch *Werner-Kappler,* Extremismusbekämpfung (Fn. 63), 220 f.

68 BVerfGE 144, 20, Rn. 579.

69 „Die Prognose erschöpft sich darin, dass das extremistische Handeln auch in der Zukunft zu erwarten ist (…)", *Werner-Kappler,* Extremismusbekämpfung (Fn. 63), 241 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fdGO gerichtete, politische Agenda, die explizit erklärt wird, oder in den der Diagnose zugrundeliegenden Aktionen zum Ausdruck kommt.[70]

Natürlich können einzelne wehrhafte Instrumente hierüber hinaus gehende Voraussetzungen aufstellen. Besonders schneidige Instrumente wie das Parteiverbotsverfahren können an höhere prognostische Schwellen wie jene der Potentialität geknüpft werden.[71] Dies ändert jedoch nichts an dem hier skizzierten Grundsatzmaßstab. Dass sie an konkretes, gegen die fdGO gerichtetes und zugleich durch eine politische Agenda intentional verstetigtes Verhalten geknüpft sind, verbindet wehrhafte Instrumente und hebt sie analytisch von anderen staatlichen Eingriffsinstrumenten, insbesondere solche des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts, ab.

III. Whistleblowing: Verfassungsrechtliche Spannungslagen und ihre Auflösung

Lässt sich beamtliches Whistleblowing nach dem oben Gesagten unter bestimmten rechtlichen Voraussetzungen als Ausprägung der wehrhaften Verfassung verstehen? Ich denke: ja.[72] Im Folgenden nehme ich das oben skizzierte Kriterienmodell zuhilfe um zu zeigen, dass sich drei zentrale, durch beamtliches Whistleblowing aufgeworfene verfassungsrechtliche Spannungslagen auflösen lassen.

1. Beamte als legitime, aber subsidiäre Akteure der wehrhaften Verfassung

Akteure der wehrhaften Verfassung müssen zur Verteidigung der fdGO berufen sein. Dass Beamtinnen dazu legitimiert sein sollen, die fdGO auch und gerade gegen die eigene Hausleitung zu verteidigen, erscheint auf den ersten Blick kontraintuitiv. Schließlich unterliegen Beamtinnen einer

70 Das BVerwG untersucht bei Vereinigungsverboten, ob ein Verein die fdGO „fortlaufend untergraben will" und unternimmt dabei anhand des öffentlichen Verhaltens der leitenden Mitglieder eine umfassende Untersuchung der politischen Agenda des Vereins, BVerwG, Beschl. v. 21.9.2020 – 6 VR 1.20, Rn. 16 und 18; auch § 4 Abs. 1 lit. a BVerfSchG definiert jene „Bestrebungen", die es sich zum Gegenstand macht, als „politisch bestimmt[e], ziel- und zweckgerichtet[e] Verhaltensweisen (…)".

71 Zur Potentialität BVerfGE 144, 20, Rn. 585 ff.

72 Für einen Zusammenhang zwischen Wehrhaftigkeit und Whistleblowing auch *Gutmann/Voigt,* Militant Constitutionalism (Fn. 25), 387 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht (siehe bspw. § 35 Abs. 1 Satz 2 und § 37 Abs. 1 BeamtStG).

Allerdings haben BVerfG und BVerwG in ihrer ständigen Rechtsprechung zur beamtlichen Verfassungstreuepflicht betont, dass es sich bei dieser nicht um ein reines Zuwiderhandlungsverbot, sondern eine aktive Einstehenspflicht handelt. Es ist unverzichtbar, dass „der Beamte den Staat (…) und die geltende verfassungsrechtliche Ordnung (…) bejaht, sie als schützenswert anerkennt (…) und aktiv für sie eintritt“[73]. Das BVerfG nutzte den Anlass des *Radikalenerlasses*, um eine umfassende, in Konfliktsituationen auch proaktive, beamtenrechtliche Pflicht zu postulieren, für die fdGO einzutreten: Diese Pflicht „fordert mehr als nur eine formale korrekte, im Übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung; sie fordert vom Beamten insbesondere, daß er sich eindeutig von Gruppen und Bestrebungen distanziert, die (...) die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren. (…) Politische Treuepflicht bewährt sich in Krisenzeiten und in ernsthaften Konfliktsituationen, in denen der Staat darauf angewiesen ist, daß der Beamte Partei für ihn ergreift.“[74]

Diese aktive Pflicht – und auch ihre Gerichtetheit auf die fdGO – reflektiert das Beamtenrecht in § 37 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BeamtStG und § 67 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BBG, indem es qua fdGO-Schutz eine Ausnahme von der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht statuiert. Der wehrhafte Akteursstatus der Beamtinnen ist aufgrund deren gering ausgeprägter demokratischer Legitimation allerdings ein subsidiärer. Beamtinnen steht, anders als den zur Einleitung eines Parteiverbotsverfahrens aktivlegitimierten Verfassungsorganen, kein politisches Ermessen zu. Sie sind nur in Ausnahmesituationen dazu befugt, von ihrer Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht abzuweichen – nämlich dann, wenn ihre Exekutivspitze in einer spezifischen, die Wehrhaftigkeit der Verfassung auslösenden Weise, gegen die fdGO arbeitet (hierzu ausführlich unten).

73 BVerfGE 39, 334 (348); BVerwGE 160, 370, Rn. 15.

74 BVerfGE 39, 334 (348 f.); siehe zu den proaktiven Ausprägungen dieser Pflicht auch *Thiel,* Grundentscheidung (Fn. 34), 22 f.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Kollidierende Verfassungsgüter hinter Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht

In diesen Ausnahmefällen müssen dann jene Verfassungsgüter, die hinter der beamtenrechtlichen Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht stehen, hinter dem Verfassungsprinzip der Wehrhaftigkeit zurücktreten. Dies lässt sich auch rechtfertigen.

Die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht ist eine Ausprägung des Demokratieprinzips. Das Berufsbeamtentum schuldet der parlamentarisch legitimierten Exekutivspitze, jene politische Agenda, für die sie gewählt wurde, innerhalb geltender rechtlicher Verfahren in die Praxis umzusetzen.[75] Gegen die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht zu verstoßen heißt, den demokratischen Mehrheitswillen zu behindern – grundsätzlich. In den spezifischen, die Wehrhaftigkeit der Verfassung auslösenden Szenarien setzt die Verfassung diesem Mehrheitswillen Grenzen. Eine Exekutivspitze darf ihre politische Agenda nur insoweit umsetzen, wie letztere mit der fdGO konform ist. Auch das Parlament, das diese Exekutivspitze legitimiert, dürfte keine Gesetze erlassen, die die fdGO verletzen. Es ist nicht ersichtlich, warum die Rechtsordnung der Exekutivspitze für politische Pläne, die sie nie umsetzen dürfte, das Instrumentarium eines auf Gehorsam verpflichteten Beamtenapparats bereitstellen sollte. Beamtinnen müssen zwar (nach einem etwaigen Remonstrationsverfahren) grundsätzlich auch rechtswidrige Weisungen ausführen. Für den Ausnahmefall fdGO-feindlicher Weisungen kann dies jedoch nicht gelten.[76] Deshalb kann die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht nicht soweit reichen, dass sie wehrhaftem Whistleblowing entgegenstünde.[77]

Die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht dient der Effektuierung dieser demokratisch gebotenen Transformationspflicht. Eine demokratisch legitimierte Exekutivspitze ist auf einen zur Vertraulichkeit verpflichteten Beamtenapparat angewiesen, weil diese Vertraulichkeit die Integrität und Effizienz des politischen Willensbildungs- und Planungsprozesses absichert.[78] Wenn jeder politische Plan drohte, schon im Vorbereitungsstadi-

75 *S. Werres*, in: R. Brinktrine/K. Schollendorf (Hrsg.), BeckOK Beamtenrecht Bund, 34. Aufl., München 2024, § 35 BeamtStG, Rn. 1.

76 Siehe hierzu *Werres* (Fn. 75), § 35 BeamtStG, Rn. 8.

77 So auch *Bäcker,* Whistleblower (Fn. 30), 512 ff.

78 „Das offene Wort wird nur hinter verschlossenen Türen gesprochen.", *M. Jestaedt*, Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit, AöR 126 (2001), 204 (230 ff.); ähnlich

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

um an die Öffentlichkeit zu dringen, hätte es die Spitze einer Behörde schwer, sich gegenüber anderen politischen Akteuren zu behaupten.[79] Eine Exekutivspitze hat es zur Sicherung ihrer Handlungsfähigkeit und rollenspezifischen Individuation verdient, von den politikstrategischen Vorteilen der Vertraulichkeit zu profitieren. Sie hat es aber nicht verdient, die Umsetzung einer fdGO-feindlichen Agenda effektiv planen zu können.[80] In diesen Konstellationen ist es gerade ein Anliegen der wehrhaften Verfassung, Öffentlichkeit herzustellen und so der Exekutivspitze diesen politikstrategischen Vorteil *epistemisch zu entreißen*.

Die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht schützt auch die öffentliche Sicherheit im Allgemeinen.[81] Wenn bspw. ein Polizeibeamter den polizeilichen Einsatzplan zur Einhegung einer Versammlung veröffentlichte, dann können die Versammlungsteilnehmer diesen Plan gezielt torpedieren. In Szenarien des wehrhaften Whistleblowings werden diese offenlegungsspezifischen Gefahren jedoch in der Regel geringer wiegen als die Gefahren beamtlichen Komplizentums. Man nehme etwa an, dass der offengelegte polizeiliche Einsatzplan vorsah, politisch prominente Versammlungsteilnehmer wegen derer oppositioneller Bestrebungen unter falschen Vorwänden festzunehmen oder zusammenzuschlagen.

3. Praktische Konkordanz durch einen enggestellten fdGO-Begriff

Diese Abwägungsdynamik hat enormes disruptives Potential und bedarf deshalb adäquater verfassungsrechtlicher Begrenzung. Wehrhaftes Whistleblowing muss den das verfassungsrechtliche Wehrhaftigkeitsprinzip insgesamt kennzeichnenden Ausnahmecharakter teilen. Diese Begrenzung leistet die Anknüpfung an einen jüngst durch das BVerfG enggestellten fdGO-Begriff. Vor seiner Entscheidung im zweiten NPD-Verbotsverfahren (*NPD II)* war der fdGO-Begriff des BVerfG von einer „katalogartige[n] Aufzählung einzelner Rechtsinstitute" geprägt, die für ihre „Unvollständigkeit, Beliebigkeit, Unbestimmtheit, Missbrauchsanfälligkeit und fehlende Systematik"

T. Wischmeyer, Formen und Funktionen des exekutiven Geheimnisschutzes, Die Verwaltung 51 (2018), 393 (394 ff.).

79 *Wischmeyer,* Geheimnisschutz (Fn. 78), 398 ff.; *Jestaedt,* Geheimnis (Fn. 78), 227 f.

80 Zur Geheimhaltungsbedürftigkeit als normatives Kriterium *Wischmeyer,* Geheimnisschutz (Fn. 78), 398 ff.; *Brockhaus,* Geheimnisschutz (Fn. 27), 21–29.

81 *M. Weinrich*, in: R. Brinktrine/K. Schollendorf (Hrsg.), BeckOK Beamtenrecht Bund, 34. Aufl., München 2024, § 37 BeamtStG, Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kritisiert wurde.[82] In *NPD II* betonte der Zweite Senat jedoch, dass der „Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (…) eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien" erfordere.[83]

Dieser enggezogene fdGO-Begriff umfasst die Menschenwürdegarantie sowie bestimmte Kernelemente des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips.[84] Konzeptionell leitgebend ist dabei die Menschenwürdegarantie.[85] Letztere interpretiert das BVerfG als staatsfundierendes Anerkennungsversprechen[86]: Der unabänderliche Kern der Verfassungsordnung sei demnach die Anerkennung der „Subjektqualität des Menschen", aus der „ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch" folge, „der es verbietet, den Menschen zum 'bloßen Objekt staatlichen Handelns' zu degradieren".[87] Dieses Anerkennungsversprechen ist auf Gleichberechtigung ausgerichtet: „Menschenwürde ist egalitär; sie gründet ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung, unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, Rasse, Lebensalter oder Geschlecht". Mit der fdGO unvereinbar sind also solche politischen Pläne, die die „Anerkennung" eines Menschen „als gleichberechtigtes Mitglied in der rechtlich verfassten Gemeinschaft" unterminieren.[88]

Diese auf egalitäre Anerkennung zielende Lesart prägt auch, welche Teilelemente des Demokratieprinzips an dem besonderen Schutz der fdGO teilhaben. Der Zweite Senat betont den „menschenrechtlichen Kern des Demokratieprinzips": Die gleichberechtigte Achtung aller Bürgerinnen und Bürger als demokratische Subjekte erfordere als „Postula[t] der Freiheit und Gleichheit (…) gleichberechtigte Mitwirkungsmöglichkeiten aller Bürger". Hiermit seien „Konzepte des dauerhaften oder vorübergehenden willkürli-

82 BVerfGE 144, 20, Rn. 534.
83 Ebd, Rn. 535.
84 Ebd, Rn. 538 ff.
85 „Die fdGO setzt sich also 'nur' aus Art. 1 I GG sowie den menschenwürderechtlich begründeten Teilmengen des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips zusammen.", *G. Warg*, Nur der Kern des demokratischen Rechtsstaats – die Neujustierung der fdGO im NPD-Urteil vom 17.1.2017, NVwZ-Beilage 2017, 42 (43 ff.).
86 Zu einer Deutung der Menschenwürdenorm als staatsorganisatorisches „Gründungsversprechen gegenseitiger Respektierung" *H. Hofmann*, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), 353 (377 ff.); für eine universalistische Lesart dieses Versprechens *H. Bielefeldt*, Auslaufmodell Menschenwürde?, Freiburg 2011, S. 55 f.
87 BVerfGE 144, 20, Rn. 538; zur Kontextabhängigkeit dieser Achtungspflicht *R. Poscher*, in: M. Herdegen/J. Masing/R. Poscher/F. Gärditz (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, München 2021, § 17 Menschenwürde, Rn. 105 ff.
88 Ebd, Rn. 541.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Ausschlusses Einzelner aus diesem Prozess nicht vereinbar".[89] Gerade diese individuell-statusbezogene Wendung des Demokratieprinzips ist für die Fragen des wehrhaften Whistleblowings besonders relevant. Während der enggezogene fdGO-Begriff zusätzlich zahlreiche objektive Verfassungsprinzipien schützt, ermöglicht eine Fokussierung auf die Achtung der fundamentalen menschlichen, beziehungsweise der spezifisch demokratischen Subjektqualität eine Spiegelung des fdGO-Begriffs in konkrete Fälle mit individualrechtlichem Bezug. Diese analytische Unterscheidung zwischen „den Kernelementen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und den sich darauf ergebenen (fallbezogenen) Ableitungen" regt das BVerfG in *NPD II* explizit an.[90]

Im Parteiverbotsverfahren wird die systemische fdGO-Feindlichkeit einer Partei untersucht. Es geht darum, inwiefern eine Partei *insgesamt* gegen die objektiven Ausprägungen der fdGO eifert. In der verwaltungsrechtlichen Praxis geht es in der Regel um *individualrechtsbezogene* Manifestierungen einer programmatischen fdGO-Feindlichkeit. Die Vorgänge, in denen eine Beamtin aktiv für die fdGO eintreten kann, sind konkreter Natur. Sie werden selten die Bindung öffentlicher Gewalt an das Recht *insgesamt* betreffen. Die programmatische fdGO-Feindlichkeit einer Exekutivspitze kann sich jedoch in individuellen Fällen manifestieren, in denen von ihr avisierte Maßnahmen die expressive Wirkung haben, Individuen oder Gruppierungen ihre gleichberechtigte, fundamentale, beziehungsweise demokratische Subjektqualität abzusprechen.[91]

---

89 Ebd, Rn. 542, 544.

90 Ebd, Rn. 534.

91 Wehrhaftes Whistleblowing wird demnach nicht nur durch Menschenwürdeverletzungen ausgelöst. Die Menschenwürde schützt den fundamentalen Rechtssubjektstatus. Dieser ist analytisch von dem spezifischeren Status als demokratisches Subjekt zu trennen. Der demokratische Subjektstatus deckt sich mit dem von *Kirshner* beschriebenen *right to participate,* das er zur Grundlage seiner *self-limiting* Theorie der wehrhaften Demokratie macht: „By *participation,* I mean not just voting, but office holding, speaking, and associating with others.", *Kirshner,* Militant Democracy (Fn. 55), 33 ff. Die Menschenwürdeträgerschaft produziert zwar für Rechtssubjekte einen *pro-tanto*-Grund, zugleich als demokratische Subjekte anerkannt zu werden. Aus gewichtigen Gründen können aber beide Eigenschaften auseinanderfallen, etwa bei Minderjährigen nach Art. 38 Abs. 2 GG; zur Gerichtetheit der Menschenwürde auf den fundamentalen Subjektstatus BVerfGE 30, 1 (26); *Poscher* (Fn. 87), § 17 Menschenwürde, Rn. 83 ff. Denkbar sind damit Maßnahmen, die die demokratische Subjektqualität, nicht aber die Menschenwürde Betroffener missachten, bspw. pauschal auf die politische Orientierung der Versammlungsteilnehmer abstellende Versammlungsverbote.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Dogmatische Konsequenzen

Unter bestimmten Voraussetzungen kann beamtliches Whistleblowing also an der Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes teilhaben. Dies hat konkrete dogmatische Konsequenzen. Insbesondere produziert das Prinzip der Wehrhaftigkeit Kriterien für ein schon seit mehr als fünfzig Jahres diskutiertes und auch im Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG) unbestimmt geregeltes Problem: Die Rechtfertigung der direkten Offenlegung.

1. Direkte Offenlegungen im Zeichen des wehrhaften Grundgesetzes

Das HinSchG unterscheidet zwischen drei Meldewegen. Hinweisgeber – auch Beamtinnen[92] – haben innerhalb seines Anwendungsbereichs die freie Wahl zwischen internen[93] und externen Meldungen.[94] Hierneben besteht grundsätzlich die Möglichkeit der sogenannten *Offenlegung.* Bei der Offenlegung handelt es sich um „das Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße gegenüber der Öffentlichkeit“[95], also die sprichwörtliche Flucht in die Öffentlichkeit. Offenlegungen sind gegenüber internen und externen Meldungen grds. nachrangig. Hinweisgeber müssen zunächst erfolglos die internen und externen Meldewege (beziehungsweise direkt den externen Meldeweg) erschöpfen, bevor sie sich an die Öffentlichkeit wenden dürfen. Ansonsten steht ihnen kein rechtlicher Schutz gegen Repressalien, etwa beamtenrechtliche Disziplinarmaßnahmen oder strafrechtliche Verfolgung, zu.[96] Diese Nachrangigkeit der Offenlegung kennt jedoch Ausnahmen.

Diese Ausnahmen beschäftigten BGH und BVerfG schon in den späten 1960er-Jahren. Gegenstand des Verfahrens war eine von *Werner Pätsch* gegenüber der Presse unternommene Meldung zu den Überwachungsmaßnahmen des gerade gegründeten Bundesamts für Verfassungsschutz

92 § 3 Abs. 8 Nr. 3 HinSchG.
93 Zum Begriff der internen Meldung siehe Art. 5 Nr. 4 Richtlinie 2019/1937 vom 23.10.2019.
94 Zum Begriff der externen Meldung siehe ebd., Art. 5 Nr. 5.
95 Siehe § 3 Abs. 5 HinSchG.
96 Für vom HinSchG erfasste Sachverhalte folgt dies aus § 32 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG; zum System der Meldewege insgesamt *C. Thönnes*, Der Hinweis auf den geheimen Rechtsbruch, NVwZ 2023, 1047 (1048 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(BfV).[97] *Pätsch,* ein Angestellter des BfV, hatte diese Offenlegung getätigt, ohne den internen bzw. externen Meldeweg auszureizen.[98] BGH und BVerfG bestätigten die Verurteilung *Pätschs* wegen vorsätzlicher Verletzung der Amtsverschwiegenheit (§ 353b StGB). Sie nahmen dabei ein sogenanntes „Stufenmodell" an[99]: Bevor ein Angestellter des öffentlichen Dienstes sich mit einer Meldung an die Öffentlichkeit wenden dürfe, müsse er sich vorrangig um (staats-)interne Klärung bemühen – im Zweifel müsse er also sämtliche Eskalationsstufen der ministerialen Hierarchie erklimmen.[100] Beide Gerichte konzedierten jedoch die Möglichkeit einer Ausnahmekonstellation, in der direkte Offenlegungen möglich sein müssen: Bei (in der Diktion des BGH) Verletzungen des „Kernbereich[s] des Verfassungsrechts",[101] also (in der Diktion des BVerfG) einem „evidente[n], besonders schwere[n] Verfassungsverstoß, der eine sofortige Unterrichtung der Öffentlichkeit erfordert".[102]

Seitdem besteht Unklarheit darüber, wann die ansonsten ungebräuchliche Kategorie eines *evidenten und besonders schweren Verfassungsverstoßes* einschlägig sein soll. Im Fall *Pätsch* haben BGH und BVerfG ihr Vorliegen abgelehnt.[103] Ein maßgeblicher Quell dieser Rechtsunsicherheit war die bis *NPD II* bestehende begriffliche Vagheit des – vom BGH im *Pätsch*-Fall ebenso wie von § 67 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 BBG explizit in Bezug genommenen[104] – Begriffs der fdGO.[105] Die Zuordnung des Whistleblowings zum Instrumentarium der wehrhaften Verfassung vermag es hier, Rechtsklarheit zu bringen. Eine Auslegung maßgeblicher Normen im Lichte der Teleologie der Wehrhaftigkeit produziert zunächst einen spezifischen Schwellenmaßstab. Meldegegenstand direkter Offenlegungen muss demnach ein konkre-

97 Zum Hintergrund des Falles Pätsch siehe *R. Brockhaus/S. Gerdemann/C. Thönnes*, Alles unter Verschluss, Verfassungsblog, 7.1.2021.

98 BGHSt 20, 342, Rn. 34.

99 Zur Genese des Stufenmodells aus den *Pätsch*-Entscheidungen siehe *Bäcker,* Whistleblower (Fn. 30), 501 ff.

100 BVerfGE 28, 191 (203 ff.); BGHSt 20, 342, Rn. 235; gegenüber externen Meldewegen gilt dieses Stufenverhältnis seit Inkrafttreten des HinSchG innerhalb dessen Anwendungsbereichs nicht mehr. Der Meldeweg der Offenlegung bleibt jedoch nachrangig, siehe § 32 Abs. 1 HinSchG.

101 BGHSt 20, 342, Rn. 236.

102 BVerfGE 28, 191 (205).

103 A.A. *Brockhaus,* Geheimnisschutz (Fn. 27), 107 f.

104 BGHSt 20, 342, Rn. 236. Der BGH stellte also schon im Fall *Pätsch* ganz explizit einen Zusammenhang zum Prinzip der Wehrhaftigkeit her.

105 So auch *Bäcker,* Whistleblower (Fn. 30), 506 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tes, gegen die fdGO gerichtetes und zugleich durch eine politische Agenda intentional verstetigtes Verhalten sein. Zum anderen lässt sich ein Klarheit stiftender Bezug zum eng gezogenen fdGO-Begriff aus *NPD II* herstellen.[106] In Anbetracht des Wehrhaftigkeitsprinzips dürfte eine Beamtin also einen Vorgang direkt offenlegen, wenn ihre Meldung sich auf ein planvolles Vorhaben ihrer Exekutivspitze bezieht, sich im Rahmen einer verfassungsfeindlichen Agenda durch eine konkret avisierte Maßnahme so gegen die fdGO zu richten, dass betroffenen Individuen oder Gruppierungen der gleichberechtigte fundamentale oder der demokratische Subjektstatus abgesprochen wird.

Es handelt sich um einen engen Maßstab, der den Ausnahmecharakter wehrhafter Instrumente widerspiegelt. *Einfach* rechts- beziehungsweise verfassungswidrige Maßnahmen und sogar vereinzelte und damit nicht in intentionaler Ausführung einer politischen Agenda avisierte fdGO-Verstöße reichten demnach nicht aus. Nicht direkt im Zeichen der Wehrhaftigkeit offenlegungsfähig wären damit

- rechtswidrige und die Versammlungsfreiheit Betroffener verletzende Maßnahmen gegen Versammlungen – wohl aber ein gezieltes Vorgehen (beziehungsweise hierauf gerichtete Weisungen) gegen unliebsame politische Gruppierungen allein wegen derer oppositioneller Haltung,
- rechtswidrige Einleitungen eines Strafverfahrens und Anordnungen von einschneidenden Ermittlungsmaßnahmen – wohl aber gezielt politisch orientierte Strafverfolgung (bzw. deren Vorbereitung),
- eine rechtswidrige Ermessensausübung – wohl aber eine Ermessensausübung (bzw. hierauf gerichtete Weisungen und Verwaltungsvorschriften), die eine strukturelle Bevorzugung politischer Freunde, bzw. Benachteiligung politischer Gegner bedeutet,
- rechtswidrige Abschiebungen – wohl aber rechtswidrige Abschiebungen (bzw. deren Planung) unter Verstoß der Menschenwürde Betroffener, beispielsweise wenn die Maßnahmen maßgeblich rassistisch motiviert sind.

In diesen Fällen wäre es unangemessen, Beamtinnen auf die sonst vorrangigen internen, bzw. externen Meldewege zu verweisen: Nicht nur können

106 Der Anschluss an den fdGO-Begriff aus *NPD II* vermeidet eine Zersplitterung dieses Begriffs. Letzteres hat *Bäcker* (vor der Verkündung von *NPD II*) vorgeschlagen, *Bäcker,* Whistleblower (Fn. 30), 508 ff.; mit guten Argumenten gegen eine solche Zersplitterung *Hohnerlein,* FdGO (Fn. 54).

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sich derartig agierende Exekutivspitzen nicht in durchgreifender Weise auf die hinter der Gehorsams- und Verschwiegenheitspflicht stehenden Verfassungsgüter berufen. Meldestellen, die in letzter Konsequenz politisch von dieser Exekutivspitze beherrscht werden, erschienen auch nicht als taugliche Meldeadressaten. Offenlegungen haben in diesen Fällen eine Art *epistemischen Devolutiveffekt*:[107] die Sache wird zurück an den *court of public opinion* verwiesen.[108]

2. Wehrhafte Offenlegungen innerhalb und außerhalb des HinSchG

Ausnahmen zur beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht sind in § 37 Abs. 2 BeamtStG bzw. § 67 Abs. 2 BBG geregelt. Hier ist zwischen Meldungen innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs des HinSchG zu unterscheiden.

Wenn eine Meldung vom HinSchG erfasst ist, dann kommt für direkte Offenlegungen unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG eine Ausnahme nach § 37 Abs. 2 Nr. 4 BeamtStG bzw. § 67 Abs. 2 Nr. 4 BBG infrage. Nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. a HinSchG ist eine direkte Offenlegung unter anderem dann möglich, wenn der gemeldete Verstoß wegen „eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann". Diese Norm lässt sich mit den obigen verfassungsrechtlichen Erwägungen so auslegen, dass sie die oben beschriebenen Vorgänge des wehrhaften Whistleblowings umfasst. In diesen Fällen genösse der meldende Beamte also den Schutz des HinSchG. Allerdings werden bei Weitem nicht alle Fälle des wehrhaften Whistleblowings in den Anwendungsbereich des HinSchG fallen. Viele Vorgänge werden bspw. unter der Schwelle der Strafbarkeit liegen.[109] Gerade im Tätigkeitsfeld der Sicherheitsbehörden weist das HinSchG Bereichsausnahmen auf, etwa bzgl. Verschlusssachen sowie im Bereich der sog. „nationalen Sicherheit".[110]

---

107 *Santoro/Kumar,* Theory Whistleblowing (Fn. 27), 135 ff.

108 Zur Öffentlichkeit als „Voraussetzung (…) für die begleitende Kontrolle staatlicher Herrschaftsausübung" *Jestaedt,* Geheimnis (Fn. 78), 217 ff.

109 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG; kritisch zur Lückenhaftigkeit des HinSchG *R. Brockhaus/S. Gerdemann/C. Thönnes*, Immer noch lückenhaft, Verfassungsblog, 8.8.2022.

110 Siehe § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 HinSchG; zur Analyse und Kritik dieser Bereichsausnahmen siehe *Thönnes,* Geheimer Rechtsbruch (Fn. 96), 1048 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In solchen Fällen kann nichtsdestotrotz die Ausnahme des § 37 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BeamtStG bzw. § 67 Abs. 2 Satz 2 Var. 2 BBG greifen. Demnach bleibt die beamtenrechtliche Pflicht für die Erhaltung der fdGO einzutreten von der Verschwiegenheitspflicht unberührt. Für die fdGO eintreten ist genau das, was Beamtinnen tun, wenn sie in wehrhafter Weise dGO-feindliche Bestrebungen ihrer Exekutivspitze offenlegen.[111] Deshalb kann ihnen auch außerhalb des HinSchG kein Verstoß ihrer Verschwiegenheitspflicht zum Vorwurf gemacht werden. Obwohl damit das beamtenrechtliche Ergebnis auf den ersten Blick identisch erscheint, macht es einen Unterschied, ob die HinSchG-Ausnahme greift oder nicht. Das HinSchG weist in §§ 33 ff. detaillierte Schutzregeln für gerechtfertigtes Whistleblowing auf, die dem allgemeinen Beamtenrecht fehlen – etwa klare Irrtumsregeln, eine Beweislastumkehr sowie Schadensersatzansprüche nach Repressalien.

V. Resümee

Beamte als Akteure der wehrhaften Demokratie zu verstehen ist also praktisch nützlich sowie rechtlich begründ- und handhabbar. Insbesondere mit wehrhaftem Whistleblowing steht Beamtinnen ein spezifisches Instrument zur Verfügung, das die Öffentlichkeit über sonst verschwiegene, fdGO-feindliche Pläne einer Exekutivspitze aufklären kann.

Abschließen möchte ich diesen Befund mit einem Reformvorschlag: Wenn ein Beamter solche Vorgänge direkt offenlegt, steht ihm rechtlicher Schutz gegen Repressalien zu. Auf diesen Schutz kann er sich zum Zeitpunkt seiner Meldung jedoch gegenwärtig nicht verlassen. Nach seiner Offenlegung wird seine Exekutivspitze ihn voraussichtlich rechtlich zu belangen versuchen – ob ihr das gelingt wird sich erst nach einer zehrenden, jahrelangen Prozessführung herausstellen. Die hiermit verbundenen, nachvollziehbaren Existenzängste werden die meisten potentiellen Hinweisgeber wohl abschrecken. Diese Risiken lassen sich nie ganz vermeiden; man kann sie aber prozedural einhegen. Denkbar wäre eine beim Bund angesiedelte, von unabhängigen Richterinnen besetzte Clearing-Stelle, an die sich ein Beamter vor einer solchen Offenlegung wenden könnte. Diese könnte in einem in-camera-Verfahren überprüfen, ob voraussichtlich die engen Voraussetzungen einer wehrhaften, direkten Offenlegung vorliegen.

111 So auch schon der BGH im Fall *Pätsch,* BGHSt 20, 342, Rn. 248.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wenn die Clearing-Stelle dies bejahte, könnte der Beamte die Offenlegung guten Gewissens vornehmen. Wenn sie es hingegen verneinte, dann hätte er immerhin eine unabhängige rechtliche Kontrolle des Vorgangs ermöglicht, ohne sich dem Zorneseifer seiner Exekutivspitze aussetzen zu müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Neutralisierte statt wehrhafte Zivilgesellschaft?

Zum Verhältnis staatlicher Neutralität und der Äußerungsautonomie der staatlich geförderten Zivilgesellschaft

Jonas Deyda

***Abstract**: Dürfen gemeinnützige oder staatlich geförderte Vereine sich gegen die AfD positionieren? – diese Frage ist in der Zivilgesellschaft momentan äußerst virulent. Das Bundesverfassungsgericht hat Regierungsmitgliedern wiederholt untersagt, sich in amtlicher Funktion negativ über Parteien zu äußern. Diese Maßstäbe staatlicher Neutralität werden über das Gemeinnützigkeits- und Zuwendungsrecht auf die Zivilgesellschaft übertragen. Solche Neutralitätsanforderungen an gesellschaftliche Akteure sind wegen der grundsätzlichen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und der Wirkung der Grundrechte in der Förderkonstellation kritisch zu hinterfragen. Der Beitrag zeigt, dass entgegen verbreiteter Auffassung ein großer Äußerungsspielraum für die geförderte Zivilgesellschaft besteht.*

I. Einleitung: Wehrhafte oder neutrale Zivilgesellschaft?

Ist die Rede von der wehrhaften oder streitbaren Demokratie, verengte sich der Blick lange auf den Staat. Schließlich wird das Verfassungsprinzip der wehrhaften Demokratie allein aus staatlichen Kompetenzen hergeleitet – dem Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG, dem Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG und der Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG.[1] Aus der Perspektive von Organisationsverboten und Grundrechtsverwirkung ist die Zivilgesellschaft immer nur Objekt staatlicher Maßnahmen, nie ein Subjekt, das die Demokratie verteidigt.[2] Schon der Staatsrechtler Karl Loewenstein, ein Vordenker der wehrhaften Demokratie,[3] mahnte 1937 an: „Das Gesetzbuch ist nur ein Hilfsmittel für den kämpferischen Willen zur

1 BVerfGE 30, 1 (20), juris-Rn. 70 – „Abhörurteil" 1970; BVerfGE 144, 20 (164), juris-Rn. 418 – „ NPD-Verbot II"-Urteil 2017.

2 Für einen Perspektivwechsel in jüngster Zeit: *M. Steinbeis*, Verwundbare Demokratie, München 2024, S. 288 ff.; *M. Müller-Elmau/F. Zillessen*, Für einen zivilen Verfassungsschutz, VerfBlog 2024/02/09; *K. Müller/V. Kube*, Die Voraussetzungen fördern oder „How Democracies Survive", VerfBlog 2024/05/10.

3 *S. Schulz*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, Weilerswist 2019, S. 114.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbsterhaltung. Die am besten ausgearbeiteten und ausgeklügelten Gesetze sind das Papier nicht wert, auf dem sie geschrieben sind, wenn sie nicht von einem unbeugsamen Überlebenswillen getragen werden."[4] Er weist damit auf die Letztgültigkeit gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse gegenüber dem Recht hin.[5] An ihr muss jeder rechtliche Mechanismus zur Verteidigung der Demokratie scheitern, wenn es daneben keinen gesellschaftlichen Rückhalt oder eben keine wehrhafte Zivilgesellschaft gibt. Auch in einem anderen Punkt benannte Loewenstein unverblümt die Fallstricke seiner „militant democracy". So ging es ihm um die Rettung der Demokratie mit „Instrumenten einer 'disziplinierten' oder sogar – scheuen wir das Wort nicht – 'autoritären' Demokratie".[6] Die wehrhafte Demokratie läuft immer Gefahr, sich gegen sich selbst zu wenden und ins Autoritäre abzugleiten.[7] Nirgends ist diese Gefahr größer als dort, wo die wehrhafte Demokratie auf ein Bündel staatlicher Repressalien zusammenschrumpft. Im Angesicht einer autoritären Revolte und dem Aufstieg der AfD stellt sich deswegen die drängende Frage nach den Handlungsbedingungen einer wehrhaften Zivilgesellschaft.

Unter der organisierten Zivilgesellschaft können hier alle gesellschaftlichen Zusammenschlüsse jenseits von Staat und Markt verstanden werden. Dieser Bereich, der etwa Sportvereine, Kultureinrichtungen oder Wohlfahrtsverbände umfasst, ist ein (vor)politischer Raum, in dem verschiedene politische Strömungen – nicht zuletzt die extreme Rechte – um Vorherrschaft ringen.[8] Obwohl die Zivilgesellschaft aus nichtstaatlichen Organisationen besteht, ist sie vielfach mit dem Staat verschränkt, etwa durch den staatlich vorgegeben Rechtsrahmen aus dem Vereins- und Gemeinnützigkeitsrecht oder durch staatliche Finanzierung. Genau hier setzt ein Rechtsdiskurs an, der gerade nicht die Frage nach der Wehrhaftigkeit stellt, sondern umgekehrt Neutralitätsanforderungen für die Zivilgesellschaft postu-

4 *K. Loewenstein*, Militant Democracy and Fundamental Rights II, APSR 1937, 638 (657).

5 Für das Verhältnis von Kräfteverhältnissen und Recht am Beispiel des NS: *D. Deiseroth*, Die Legalitäts-Legende, Blätter 2/2008, 91; *B. Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 2022 [1963], S. 431 ff.; *Schulz*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung (Fn. 3), S. 98 ff.

6 *Loewenstein*, Militant Democracy (Fn. 4), 657.

7 BVerfGE 134, 141 (181), juris-Rn. 117 – „Ramelow"-Beschluss 2013; *Schulz*, Die freiheitliche demokratische Grundordnung (Fn. 3).

8 *W. Schroeder/S. Greef/J. Esen/L. Heller/S. Inkinen*, Einfallstor für rechts? Zivilgesellschaft und Rechtspopulismus in Deutschland, Frankfurt/New York 2022; *V. Weiß*, Die autoritäre Revolte, Stuttgart 2017, S. 54 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liert.[9] Parteipolitische Neutralität ist ein Gebot, das sich zunächst nicht an die Zivilgesellschaft, sondern an den Staat und seine Organe richtet. Sie dürfen nicht zugunsten oder zulasten einzelner Parteien in den freien gesellschaftlichen Willensbildungsprozess eingreifen.[10] Wenn Vereine und freie Träger staatliches Geld oder Steuererleichterungen erhalten, soll der Staat auch sie an seine eigenen Neutralitätspflichten binden müssen. Da es noch wenig Rechtsprechung zu diesem Thema gibt, ist die Verunsicherung groß. Vereine und freie Träger wissen nicht, ob sie zu Demonstrationen gegen die Deportationspläne der AfD aufrufen, Stellung für ein AfD-Verbot beziehen oder die Partei in der politischen Bildungsarbeit überhaupt erwähnen dürfen. Daraus erwächst die Fragestellung dieses Artikels: Muss der Staat die geförderte Zivilgesellschaft auf Neutralität verpflichten oder kann sie sich aus ihren Freiheitsrechten heraus wehrhaft äußern?

Um dieser Frage nachzugehen, wird zunächst die verfassungsrechtliche Genese des Neutralitätsgebots nachgezeichnet (II). Danach wird dargestellt, wie daraus zivilgesellschaftliche Neutralitätsanforderungen im Gemeinnützigkeits- und Zuwendungsrecht wurden (III). Diese Übertragung wird vor dem Hintergrund der Trennung von Staat und Gesellschaft (IV) sowie der Besonderheiten des Einflusses der Grundrechte in der Leistungsverwaltung (V) kritisch beleuchtet. Der Artikel wird dann zum Schluss kommen, dass die Äußerungsautonomie der staatlich geförderten Zivilgesellschaft größer ist als vielfach angenommen (VI).

II. Genese des Neutralitätsgebots

Zu den staatlichen Äußerungsbefugnissen gibt es zwei Rechtsprechungslinien, die in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen – eine dreht sich um Neutralität, die andere um den Verfassungsschutz.

9 Besonders einflussreich: *Parlamentarischer Beratungsdienst Brandenburg,* Rechtlicher Rahmen der Förderung von Initiativen gegen Rechtsextremismus, 2018; *Sächsischer Rechnungshof,* Sonderbericht Richtlinie Integrative Maßnahmen (Förderbereich Teil 1), 2023.

10 Grundlegend: BVerfGE 44, 125 – „Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung"-Urteil 1977.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Bundesverfassungsgericht zur Neutralität von staatlichen Amtsträger:innen

Im zweiten „Parteienfinanzierungs"-Urteil von 1966 findet sich zum ersten Mal der demokratietheoretische Kern des Neutralitätsprinzips: „Der Grundgesetzgeber hat sich, indem er die freiheitliche demokratische Grundordnung geschaffen hat, für einen freien und offenen Prozeß der Meinungs- und Willensbildung des Volkes entschieden. Dieser Prozeß muß sich vom Volk zu den Staatsorganen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin, vollziehen. Den Staatsorganen ist es grundsätzlich verwehrt, sich in bezug auf diesen Prozeß zu betätigen (Art. 20 Abs. 2, 21 GG)."[11]

In der Grundsatzentscheidung zur „Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung" hat das Bundesverfassungsgericht 1977 daraus den naheliegenden Schluss gezogen, dass staatliche Organe wie etwa das Bundespresseamt keinen Wahlkampf für die Regierungsparteien führen dürfen. Hier tauchte das „Gebot der Neutralität des Staates im Wahlkampf" auch zum ersten Mal wortwörtlich als Ableitung aus den Art. 20 Abs. 1, Abs. 2, 21 Abs. 1 S. 1, 38 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG auf:[12] „Den Staatsorganen ist es daher verwehrt, durch besondere Maßnahmen auf die Willensbildung des Volkes bei Wahlen einzuwirken, sich mit politischen Parteien oder Wahlbewerbern zu identifizieren und sie unter Einsatz staatlicher Mittel zu unterstützen oder zu bekämpfen; insbesondere haben sie es zu unterlassen, die Entscheidung des Wählers durch Werbung zu beeinflussen."[13]

In einer Rechtsprechungskette ab den 2010er Jahren hat das Bundesverfassungsgericht dieses Gebot für die Äußerungen einzelner Regierungsmitglieder verschärft.[14] Sobald eindeutig staatliche Ressourcen, Bühnen oder schon die Autorität des Amtes in Anspruch genommen werden, dürfen Regierungsmitglieder sich nicht mehr ausgrenzend über Oppositionsparteien wie die NPD oder die AfD äußern. Diese Entpolitisierung der Regierung ist auf vielfache, überzeugende Kritik gestoßen.[15] Bundesverfassungsrichterin

11 BVerfGE 20, 56, Ls. 2 – „Parteienfinanzierung II"-Urteil 1966.

12 BVerfGE 44, 125 (144), juris-Rn. 56 – „Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung"-Urteil 1977.

13 BVerfGE 44, 125, Ls. 1 – „Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung"-Urteil 1977.

14 BVerfGE 138, 102 – „Schwesig"-Urteil 2014; BVerfGE 148, 11 – „Wanka"-Urteil 2018; BVerfGE 154, 32 – „Seehofer"-Urteil 2020; BVerfGE 162, 207 – „Merkel"-Urteil 2022.

15 *M. Payandeh*, Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf, Der Staat 2016, 519; *C. Gusy*, Parlamentarische oder „neutrale" Regie-

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Astrid Wallrabenstein hat diese Kritik im Sondervotum zur „Merkel"-Entscheidung von 2022 auf den Punkt gebracht: „Eine neutrale, womöglich expertokratische, Regierung ist für eine Parteiendemokratie ein Krisenphänomen. Die Sorge, dass die Richtung des politischen Willensbildungsprozesses umgekehrt werden könnte, wird gerade durch den Anschein von Neutralität des Regierungshandelns begründet."[16]

2. Zweite Rechtsprechungslinie zum Verfassungsschutz

Im Jahr 1975 wurzelt eine zweite Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts zu staatlichen Äußerungen gegenüber nicht verbotenen Parteien. In der Entscheidung zum „Verfassungsschutzbericht" über die NPD heißt es: „Die Befugnis der Staatsorgane zur Kundgabe negativer Werturteile über Ziele und Betätigung nicht verbotener politischer Parteien besteht jedoch nicht unbegrenzt; vielmehr sind der Regierung derartige Urteile untersagt, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich deshalb der Schluß aufdrängt, daß sie auf sachfremden Erwägungen beruhen."[17] Dieser Maßstab bezieht sich wohlgemerkt auf die Äußerungsbefugnis des Innenministers. Der publizistische Pranger des Verfassungsschutzberichts ist quasi als Minusmaßnahme zum Parteienverbot zulässig: „Es ist daher verfassungsrechtlich legitim, wenn die mit dem Recht zum Verbotsantrag ausgestatteten obersten Verfassungsorgane, statt von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, zunächst versuchen, eine Partei, die sie für verfassungswidrig im Sinne von Art. 21 Abs. 2 Satz 1 GG halten, durch eine mit Argumenten geführte politische Auseinandersetzung in die Schranken verweisen zu lassen und dadurch ein Verbotsverfahren überflüssig zu machen."[18] Dabei legt das Bundesverfassungsgericht bloß einen Maßstab der Nachvollziehbarkeit und keinen der Neutralität an. Diese Entscheidung von 1975 fiel in die Hochphase der Berufsverbote, bei denen Behörden und nicht

rung? Eine Anfrage, KritV 2018, 210; *F. Meinel*, Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition: Zur Rechtsprechung seit dem Lissabon-Urteil, Der Staat 2021, 43 (78 ff.).

16 BVerfGE 162, 207 (274) – „Merkel"-Sondervotum 2022.

17 BVerfGE 40, 287 (293), juris-Rn. 20 – „Verfassungsschutzbericht"-Beschluss 1975; Aufgreifend: BVerfGE 133, 100 – „Verfassungskonformität NPD"-Beschluss 2013; BVerfGE 138, 102 (116), juris-Rn. 49 – „Schwesig"-Urteil 2014.

18 BVerfGE 40, 287 (291), juris-Rn. 17 – „Verfassungsschutzbericht"-Beschluss 1975.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Bundesverfassungsgericht entschieden, ob Mitglieder vermeintlich verfassungsfeindlicher, hauptsächlich linker Parteien vom Staatsdienst ausgeschlossen werden dürfen.[19] Dazu entschied das Bundesverfassungsgericht im selben Jahr, dass auch hier Art. 21 GG Parteien vor den rein faktischen Nachteilen der Berufsverbote gegen ihre Mitglieder nicht schütze.[20]

Dreißig Jahre später hat das Bundesverfassungsgericht in der „Junge Freiheit"-Entscheidung den Standpunkt zumindest in der Hinsicht revidiert, dass die rein faktischen Nachteile aus dem Verfassungsschutzbericht grundrechtlich irrelevant seien: „Dass über faktische Nachteile des Informationshandelns hinaus rechtliche Auswirkungen an die staatliche Maßnahme geknüpft sein müssen – wie der Zweite Senat im Jahre 1975 für den Bereich des Art. 21 GG angenommen hat […] – ist demgegenüber nicht Voraussetzung dafür, dass die Kommunikationsfreiheit beeinträchtigt sein kann."[21] Auch die Verhältnismäßigkeitsanforderung wurden erhöht. Es müssen nun tatsächliche Anhaltspunkte von hinreichendem Gewicht vorliegen, damit die Verhältnismäßigkeit der Veröffentlichung gewahrt ist.[22] Es bleibt aber dabei, dass an den Verfassungsschutz ein Nachvollziehbarkeits- und kein Neutralitätsmaßstab angelegt wird.

3. Verhältnis der beiden Rechtsprechungslinien

In der „Merkel"-Entscheidung von 2022 wandte sich das Bundesverfassungsgericht der Frage zu, ob ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot nicht gerechtfertigt sein könnte, wenn eine parteifeindliche Äußerung zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung erfolgt. Es knüpfte an die Verfassungsschutz-Linie an und stellte erneut fest, dass die Regierung im Rahmen des Willkürverbot den Vorwurf der Verfassungsfeindlichkeit erheben kann, gegen den sich die betroffene Partei „mit den Mitteln des öffentlichen Meinungskampfs zur Wehr setzen muss".[23] Bundeskanzlerin Angela Merkel hatte dazu aufgerufen, die Wahl von Thomas

19 *G. Braunthal*, Politische Loyalität und Öffentlicher Dienst, Marburg 1992; *A. Jaeger*, Auf der Suche nach "Verfassungsfeinden". Der Radikalenbeschluss in Hamburg 1971–1987, Göttingen 2019; *D. Rigoll*, Staatsschutz in Westdeutschland. Von der Entnazifizierung zur Extremistenabwehr, Göttingen 2013, S. 247 ff.

20 BVerfGE 39, 334 (360), juris-Rn. 62 – „Extremistenbeschluss"-Beschluss 1975.

21 BVerfGE 113, 63 (76), juris-Rn. 52 – „Junge Freiheit"-Beschluss 2005.

22 BVerfGE 113, 63 (80 f.), juris-Rn. 67 – „Junge Freiheit"-Beschluss 2005.

23 BVerfGE 162, 207, Rn. 116 – „Merkel"-Urteil 2022

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kemmerich mit den Stimmen der AfD rückgängig zu machen, um einer faschistisch geprägten Partei keinen Einfluss auf die Regierungsbildung zu verschaffen. Bereits 2021 hatte das Thüringer Landesamt für Verfassungsschutz die Partei für gesichert rechtsextrem erklärt. Die Frage, in welchem Verhältnis das Gebot zur Neutralität und das Recht zum argumentativen Verfassungsschutz hier standen, drängte sich also förmlich auf. Das Bundesverfassungsgericht umschiffte sie aber in einem erstaunlichen Formalismus. Merkel hätte zwar von einem „schlechten Tag für die Demokratie" gesprochen, aber nicht kenntlich gemacht, dass sie damit die freiheitliche demokratische Grundordnung schützen wollte.[24] Hier zeigt sich klar, wie schlecht das Bundesverfassungsgericht die politische Rede einer Bundeskanzlerin erfasst hat. Diese folgt einer anderen, gubernativen Logik als behördliche Verlautbarungen und kann und muss deswegen nicht stets verfassungsrechtliche Eingriffsgrundlagen korrekt nennen.[25] Wie das Spannungsverhältnis zwischen Neutralität und dem Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung rechtlich aufzulösen wäre, blieb mit dieser künstlichen Entkontextualisierung ausdrücklich offen. In der Folge konnte bei der Übertragung staatlicher Äußerungsmaßstäbe auf die geförderte Zivilgesellschaft entweder an die Neutralitäts-Linie oder die Verfassungsschutz-Linie angeknüpft werden.[26]

III. Neutralitätsanforderungen an die Zivilgesellschaft

Eine originäre Neutralitätspflicht von Grundrechtsträger:innen kann es nicht geben.[27] Denn die Neutralitätspflicht erwächst aus der Grundrechtsbindung und nicht aus der Grundrechtsberechtigung. Der Staat muss neutral sein, weil er an die Parteienfreiheit gebunden ist. Private sind hingegen an die Parteienfreiheit nie unmittelbar gebunden. Der Staat kann deswegen

24 BVerfGE 162, 207, Rn. 116 u. 173 – „Merkel"-Urteil 2022.

25 *P. Brünger/H. Sauer*, Wehrhaftes Regieren im politischen Wettbewerb, JZ 2022, 952.

26 Vergleichbare Beobachtung: *Payandeh*, Neutralitätspflicht (Fn. 15), 526.

27 *H. Gersdorf*, Rechtsgutachten: Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Umgang des DOSB und der dsj mit (rechts-)populistischen Parteien, 2021, abrufbar unter (15. November 2024): https://cdn.dosb.de/user_upload/www.dosb.de/uber_uns/Grundsatzpapiere/Gutachten_von_Prof._Dr._Gersdorf_-_Umgang_DOSB___dsj_mit__rechts-_populistischen_Parteien.pdf; *F. Hufen,* Rechtsgutachten zur Bedeutung des sogenannten Neutralitätsgebots für zivilgesellschaftliche Vereine der Demokratie- und Jugendarbeit, 2024, abrufbar unter (15. November 2024): https://www.cellex-stiftung.org/de/beitraege/hufen-rechtsgutachten.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

allenfalls seine eigenen Neutralitätspflichten, die er gegenüber Dritten hat, mit einem Verpflichtungsakt in Tatbestandsvoraussetzungen und Nebenbestimmungen auf Private abwälzen. Für die Zivilgesellschaft ist Neutralität damit höchstens eine Anforderung aus der staatlichen Förderung, keine Pflicht gegenüber den Parteien.[28] Genau in dem Zeitraum, in dem das parteipolitische Neutralitätsgebot durch die Äußerungsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts zu neuer Prominenz gelangte, wurden immer strengere Neutralitätsanforderungen an die Zivilgesellschaft gestellt.

1. Gemeinnützigkeit

Der Bundesfinanzhof hat seine Rechtsprechung zur Gemeinnützigkeit nachgezogen und die Körperschaften auf Neutralität verpflichtet.[29] Der Gemeinnützigkeitsstatus nach §§ 51 ff. AO zieht eine Steuerbegünstigung für Körperschaften nach sich, deren Tätigkeit auf die selbstlose Förderung der Allgemeinheit gerichtet ist. Zu den Steuerverschonungen zählen die Befreiung von der Körperschaftssteuer gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG oder die Abzugsfähigkeit von Spenden von der Einkommensteuer nach § 10b EStG. Es handelt sich somit um eine staatliche Verschonungsförderung gesellschaftlicher Aktivitäten.[30] In den Entscheidungen zum „BUND" und „Attac" von 2017 und 2019 hat der Bundesfinanzhof noch einmal bekräftigt, dass gemeinnützige Körperschaften sich in dem engen Rahmen, der ihnen für auf die Zwecke des § 52 AO bezogene politische Betätigung verbleibt, parteipolitisch neutral verhalten müssen.[31] Offen geblieben ist dabei, ob damit mehr gemeint ist als das Unterstützungsverbot für Parteien in § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 AO.[32] So verstanden würde die Neutralitätsanforderung lediglich sicherstellen, dass unter dem Deckmantel der Gemeinnützigkeit keine verdeckte Parteienförderung durch den Staat stattfindet. Gemeinnüt-

28 *Gersdorf*, DOSB-Gutachten (Fn. 27).

29 BFHE 263, 290 – Attac"-Urteil 2019; BFHE 257, 486 – „BUND"-Urteil 2017; BFHE 155, 461, Rn. 27 f.

30 *N. Zimmermann*, Gemeinnützigkeitsrecht ist kein Eingriffsrecht, JuWissBlog v. 25.10.2021.

31 BFHE 263, 290, Rn. 22 – „Attac"-Urteil 2019; BFHE 257, 486, Ls. 3 – „BUND"-Urteil 2017.

32 Spiegelbildlich dürfen Parteien nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 PartG keine Spenden von gemeinnützigen Körperschaften annehmen. Der AOAE zu § 52 AO Nr. 16 spricht ebenfalls nur von der „Förderung politischer Parteien".

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zige Körperschaften müssten dann lediglich tatsächlich und rechtlich unabhängig von Parteien sein. Dies ist nicht zuletzt nötig, da die steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden an gemeinnützige Körperschaften und Parteien weit auseinanderklafft.[33] Wendet man hingegen die Neutralitätsanforderung hier ähnlich wie das Neutralitätsgebot für die Regierung an,[34] wäre es unzähligen gemeinnützigen Körperschaften innerhalb ihres politischen Betätigungsspielraums verwehrt, mit wehrhaften Äußerungen die Demokratie zu verteidigen.

2. Zuwendungsrecht

Mit staatlichen Förderprogrammen wenden Bund und Länder zivilgesellschaftlichen Organisationen direkt Finanzmittel zu, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Solche Förderprogramme basieren meist auf keiner spezialgesetzlichen Grundlage, die Voraussetzung oder Verfahren der Förderung regelt, sondern allein auf dem Förderzweck, den die Parlamente mit den Haushaltsgesetzen festsetzen. Die Konkretisierung erfolgt nicht durch das Parlament, sondern durch Exekutive mittels Förderrichtlinien, bei denen es sich um interne Verwaltungsvorschriften handelt. Eine rechtliche Außenwirkung hat erst der Zuwendungsbescheid nach §§ 23, 44 BHO/LHO. Die Zweckbestimmung solch eines Verwaltungsaktes kann mit Bedingungen oder Auflagen nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 u. 4 VwVfG abgesichert werden. Neutralitätsanforderungen der Zivilgesellschaft können hier nur aus solchen Nebenbestimmungen erwachsen. Ob der Staat Nebenbestimmungen zur Absicherung der Neutralität erlassen muss und wie weit diese reichen müssten, ist bislang nicht ausjudiziert. Eine Reihe staatlicher Gutachten, die zwischen 2015 und 2023 verfasst wurden, haben allerdings immer schärfere Neutralitätsanforderungen an die Zivilgesellschaft gestellt.

Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages sah 2015 in der „Unterstützung von Initiativen, die sich gerade gegen bestimmte Parteien richten", zwar einen rechtfertigungsbedürftigen Neutralitätsverstoß.[35] Die Hürde war

33 *B. Heuermann*, Steuerfragen politischer Bewegungen, npoR 2020, 6 (6); *R. Schütz*, Politische Betätigung gemeinnütziger Organisationen – Fürchtet euch nicht!, npoR 2021, 137 (138).

34 Etwa hier: *Wissenschaftliche Dienste*, Neutralitätspflichten für Zuwendungsempfänger, 2018, WD 3 – 3000 – 117/18, S. 7.

35 *Wissenschaftliche Dienste*, Verfassungsrechtliche Grenzen der finanziellen Förderung von Initiativen gegen Rechtsextremismus, 2015, WD 3 – 3000 – 193/15, S. 9. Bisher

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

allerdings nicht sonderlich hoch: „Die Förderung von Aktionen und Projekten, die sich explizit gegen bestimmte Parteien richten, sind nur insoweit verfassungsrechtlich unbedenklich, als es sich um die sachliche Erörterung von deren verfassungswidriger Zielsetzung und Betätigung handelt. Der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit muss dabei 'verständlich', darf also nicht abwegig sein."[36] Dieses Gutachten knüpfte unverkennbar an die Rechtsprechungslinie zum Verfassungsschutz an.

Als nächstes legte der Parlamentarische Beratungsdienst Brandenburg eine Reihe von Gutachten vor.[37] Er sah 2017 im staatlichen Neutralitätsgebot noch vorrangig eine Pflicht gegenüber den Geförderten. Der Staat „muss dabei Förderziele und Förderzwecke so formulieren, dass alle freien Träger – ungeachtet ihrer weltanschaulichen oder politischen Ausrichtung – die Chance erhalten, sich mit Projekten für das entsprechende Förderprogramm zu bewerben."[38] Eine andere Ausrichtung hatte das Neutralitätsgebot schon im Gutachten von 2018:[39] „Die staatliche Förderung darf den damit vorgezeichneten Boden parteipolitischer Neutralität nicht verlassen, es ist ihr versagt, die hierdurch vorgegebenen Grenzen (zulässiger Öffentlichkeitsarbeit oder des Eintretens im Sinne des Prinzips der streitbaren Demokratie) zu dehnen, und sie darf daher im Ergebnis weder darauf gerichtet sein, das Gebot parteipolitischer Neutralität durch eine Förderung in ihrem Sinne parteipolitisch agierender Dritter auszuhebeln, noch darf sie es hinnehmen, dass Fördermittel zu diesem Zwecke eingesetzt werden."[40] Das gilt auch, wenn eine Organisation sich „bewusst gegen eine bestimmte Partei wendet, ohne gezielt zugunsten einer anderen Partei zu handeln."[41]

---

waren nur zwei Entscheidungen des BVerfG ergangen, die keinen Neutralitätsverstoß gegenüber der NPD feststellten: BVerfGE 136, 323 – „Spinner"-Urteil 2014; BVerfGE 138, 102 – „Schwesig"-Urteil 2014.

36 *Wissenschaftliche Dienste*, Förderung von Initiativen gegen Rechtsextremismus (Fn. 35), S. 9.

37 *Parlamentarischer Beratungsdienst Brandenburg*, Staatliche Förderung von Maßnahmen der politischen Bildung durch freie Träger, 2017; *PBD Brandenburg*, Einzelfragen der staatlichen finanziellen Förderung parteinaher Stiftungen und kommunalpolitischer Vereinigungen durch das Land Brandenburg, 2017; *PBD Brandenburg*, Förderung von Initiativen gegen Rechtsextremismus (Fn. 9).

38 *PBD Brandenburg*, Förderung der politischen Bildung (Fn. 37), S. 18.

39 Zwischen die beiden Gutachten fiel die mündliche Verhandlung im „Wanka"-Verfahren vom 24. Mai 2017: BVerfGE 148, 11 – „Wanka"-Urteil 2018.

40 *PBD Brandenburg*, Förderung von Initiativen gegen Rechtsextremismus (Fn. 9), S. 46.

41 *PBD Brandenburg*, Förderung von Initiativen gegen Rechtsextremismus (Fn. 9), S. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Deutung wurde 2018 auch vom Wissenschaftlichen Dienst des Bundestages und des Berliner Abgeordnetenhauses übernommen.[42]

In einem Sonderbericht hat der Sächsische Rechnungshof 2023 die Neutralitätsanforderungen noch weiter verschärft.[43] Er prangerte pauschal an, dass Vereine aus dem Förderprogramm „Integrative Maßnahmen" des Sächsischen Sozialministeriums sich gegen „abweichende Positionen" des „Sächsischen Innenministeriums" und des „Sächsischen Ministerpräsidenten" geäußert hätten.[44] Der Rechnungshof bemängelte weiter, dass in einem Workshop „Behördenwillkür" im Asylverfahren herausgestellt wurde.[45] Damit stellte er das Neutralitätsprinzip auf den Kopf und kritisierte nicht mehr, dass der Staat mit der Förderung Oppositionsparteien bekämpfe, sondern dass die Zivilgesellschaft Regierungskritik äußert. Das Neutralitätsgebot schützt die Freiheit der gesellschaftlichen Kommunikation, allerdings niemals die Regierung vor Kritik.

IV. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft

Spätestens wenn im Namen staatlicher Neutralität zivilgesellschaftliche Regierungskritik gescholten wird, müssen sich Zweifel regen. Gerade die Übertragung staatlicher Maßstäbe auf gesellschaftliche Akteure läuft Gefahr die Richtung der Willensbildung umzukehren. Aus Art. 1 Abs. 3 GG ergibt sich eine elementare Unterscheidung: „Während der Bürger frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden."[46] Von dieser Unterscheidung leben alle Spielarten staatlicher Neutralität. Nichtidentifikation und Nicht-Einmischung in Religion, Willensbildung oder Kunst – immer geht es um die Absicherung eines gesellschaftlichen Bereichs und seiner Eigengesetzlichkeit gegenüber dem staatlichen Zugriff. Eine echte Trennung von Staat und Gesellschaft kann es in einer Demokratie nicht geben. Schließlich geht gemäß Art. 20 Abs. 2 GG alle Macht vom Volke aus. Nach Art. 33 Abs. 3 GG darf keiner religiösen oder weltanschaulichen Strömung der Zugang zum Staatsdienst

42 *Wissenschaftliche Dienste*, Neutralitätspflichten (Fn. 36), S. 4; *Wissenschaftlicher Parlamentsdienst Berlin*, Gutachten zur staatlichen Förderung von Vereinen und Initiativen, deren Aktivitäten sich gegen politische Parteien richten, 2018, S. 6.

43 Ausführlich zum Rechnungshof: *J. Deyda*, Weaponized Neutrality, VerfBlog 2023/12/14; *Hufen,* Neutralitätsgebot (Fn. 27).

44 *Sächsischer Rechnungshof*, Sonderbericht Integrative Maßnahmen (Fn. 9), S. 111.

45 *Sächsischer Rechnungshof*, Sonderbericht Integrative Maßnahmen (Fn. 9), S. 117.

46 BVerfGE 128, 226 (244), juris-Rn. 48 – „Fraport"-Urteil 2011.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verwehrt werden. Regierungsmitglieder sind zugleich Parteipolitiker:innen. Das Neutralitätsgebot steht also vor einer paradoxen Aufgabe. Es muss dort eine Trennlinie ziehen, wo eigentlich alles verschwimmt. Die Fälle entscheiden sich deswegen anhand von Zurechnungsfragen. Interessant ist weniger die Frage, was der Staat darf, als was noch Staat oder schon Gesellschaft ist: Spricht dort die Bundeskanzlerin oder eine CDU-Politikerin?[47] Ist das Kopftuch einer Lehrerkraft eine staatliche oder eine private Glaubensbekundung?[48] Und eben auch: Äußert sich in Gestalt der geförderten Zivilgesellschaft wirklich der Staat?

1. Staatliche Mittel ≠ staatliche Maßstäbe

Es gibt einige ausjudizierte Beispiele, die zeigen, dass es keinen Automatismus gibt, nach dem jede staatlich finanzierte Äußerung dem Staat zurechenbar ist oder staatlichen Äußerungsmaßstäben unterliegt. Ein erstes, vielleicht kontraintuitives Beispiel sind die Parteien selbst. Sie sind „frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Vereinigungen, die in den Bereich der institutionalisierten Staatlichkeit hineinwirken, ohne diesem selbst anzugehören" und werden dennoch nach § 18 PartG staatlich finanziert.[49] Das Bundesverfassungsgericht hatte 1966 noch den Standpunkt eingenommen, mit einer Grundfinanzierung würde der Staat die Parteien „dem staatsorganschaftlichen Bereich zwar nicht einfügen, jedoch mit diesem Bereich verschränken und die Parteien der staatlichen Vorsorge überantworten. Mit einer solchen Finanzierung würden die Staatsorgane auf den Prozeß der Meinungs- und Willensbildung einwirken."[50] In einer Rechtsprechungswende erklärte das Bundesverfassungsgericht die staatliche Grundfinanzierung der Parteien 1992 doch für zulässig. Die Staatsfreiheit der Parteien würde erst verletzt, wenn „die Parteien der Notwendigkeit enthoben werden, sich um die finanzielle Unterstützung ihrer Aktivitäten durch ihre Mitglieder und ihnen nahestehende Bürger zu bemühen".[51] Die öffentliche Teilfinanzierung einer christlichen Partei verstößt dabei

47 BVerfGE 162, 207 – „Merkel"-Urteil 2022.
48 BVerGE 108, 282 – „Kopftuch I"- Urteil 2003; BVerfGE 138, 296 – „Kopftuch II"-Urteil 2015.
49 BVerfGE 20, 56 (101), juris-Rn. 121 – „Parteienfinanzierung II"-Urteil 1966; Heute ebenso: BVerfGE 166, 93 (156), Rn. 170 – „Desiderius Erasmus Stiftung"-Urteil 2023.
50 BVerfGE 20, 56 (102), juris-Rn. 124 – „Parteienfinanzierung II"-Urteil 1966.
51 BVerfGE 85, 264, Ls. 2 – „Parteienfinanzierung VII"-Urteil 1992.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

offensichtlich nicht gegen das Prinzip weltanschaulich-religiöser Neutralität. Ebenso wenig werden staatliche Äußerungsmaßstäbe wie Neutralität, Sachlichkeit oder Mäßigung auf Parteien übertragen. Neutralität heißt hier Zugangsneutralität zur Parteienfinanzierung, aber nicht Neutralisierung der Parteien – eine Differenzierung, auf die zurückzukommen sein wird.

Ähnlich hat das Bundesverfassungsgericht das Neutralitätsregime für die parteinahen Stiftungen ausbuchstabiert. Sie erhielten lange allein auf Grundlage der Haushaltsgesetze des Bundestages Globalzuschüsse für die politische Bildung. Im Gegensatz zu den Parteien finanzieren sie sich zum allergrößten Teil aus staatlichen Geldern. Nach dem zweiten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Stiftungsfinanzierung wurden diese Zuschüsse 2023 im Stiftungsfinanzierungsgesetz geregelt.[52] Im ersten Urteil zur Stiftungsfinanzierung von 1986 hatte das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die „Gewährung von Globalzuschüssen an die Stiftungen, die in ihrer Selbständigkeit deutlich von den ihnen nahestehenden Parteien abgegrenzt sind", „die Wettbewerbslage der Parteien nicht in verfassungsrechtlich beachtlicher Weise" verzerrte.[53] Dafür gab es zwei Voraussetzungen. Zum einen mussten sie „rechtlich und tatsächlich unabhängig" sein und „selbstständig, eigenverantwortlich und in geistiger Offenheit" arbeiten.[54] Zum anderen gebiete es der Gleichheitssatz, dass „alle dauerhaften, ins Gewicht fallenden politischen Grundströmungen" angemessen berücksichtigt würden.[55] Hier liegt ein weiteres Merkmal des bestehenden Neutralitätsgefüges – Trennung der Förderregime nach Zwecken, gesichert durch Unabhängigkeit von den Parteien.

Ein weiteres Beispiel sind die Träger der freien Wohlfahrtspflege. In der „Jugendhilfe"-Entscheidung von 1967 stellte das Bundesverfassungsgericht klar, dass die Träger durch die Finanzierung keinesfalls in die Verwaltung eingegliedert werden.[56] Zu konfessionellen Krankenhäusern entschied das Bundesverfassungsgericht 1980, dass die öffentliche Finanzierung die „Beziehung ihres Wirkens zum kirchlichen Grundauftrag unberührt" lasse.[57] Sie können also gleichzeitig der staatlich finanzierten Aufgabe der Gesund-

52 BVerfGE 166, 93 – „Desiderius Erasmus Stiftung"-Urteil 2023; Stiftungsfinanzierungsgesetz vom 19. Dezember 2023, BGBl. 2023 I Nr. 383.
53 BVerfGE 73, 1 (31), juris-Rn. 105 – „Parteinahe Stiftungen"-Urteil 1986.
54 BVerfGE 73, 1 (31), juris-Rn. 107 – „Parteinahe Stiftungen"-Urteil 1986.
55 BVerfGE 73, 1 (38), juris-Rn. 132 – „Parteinahe Stiftungen"-Urteil 1986.
56 BVerfGE 22, 180 (203), juris-Rn. 73 – „Jugendhilfe"-Urteil 1967.
57 BVerfGE 53, 366 (399), juris-Rn. 140 – „Konfessionelles Krankenhaus"-Beschluss 1980.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heitsversorgung sowie einer kirchlichen Mission dienen. In der Folge ist auch religiöse Diskriminierung in staatlich teilfinanzierten Einrichtungen zulässig.[58] Alle diese Beispiele sind verfassungsrechtlich speziell gelagert. Die Förderung steht hier im Kraftfeld der Parteienfreiheit nach Art. 21 Abs. 1 GG und dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV. Dennoch zeigen die Fälle klar, dass es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bisher kein Beispiel für eine Neutralisierung gesellschaftlicher Akteure durch die staatliche Finanzierung gibt. Sie bleiben vielmehr gesellschaftlich und frei.

2. Zurechnung über den Förderzweck

Der Zurechnungsmaßstab der Äußerungsjudikatur, bei dem aus der Verwendung staatlicher Mittel eine strikte Neutralitätspflicht folgt, wurde konzipiert, um Äußerungen an ein staatliches Amt zuzurechnen.[59] Er ist deswegen nicht ohne Weiteres auf nichtstaatliche Akteure übertragbar. Neutralität ist immer ein bereichsspezifischer Maßstab.[60] Es liegt näher, sich am Maßstab aus der Stiftungsfinanzierung zu orientieren, der am Förderzweck und damit der staatlichen Seite der Förderkonstellation ansetzt: „Erfolgt die Vergabe öffentlicher Finanzmittel an Dritte, kann allerdings – auch wenn der vorgesehene Verwendungszweck dieser Mittel politische Bezüge aufweist – nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass durch die Zuweisung dieser Mittel in das Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit eingegriffen wird. Dies gilt insbesondere, wenn die Mittel Institutionen zugewendet werden, die von den Parteien rechtlich und tatsächlich unabhängig sind, ihre Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich wahrnehmen und auch in der Praxis Distanz zu den jeweiligen Parteien wahren."[61] Es ist keineswegs jede Auswirkung auf die Wettbewerbsstellung einer Partei erheblich: „An einer für die Chancengleichheit der Parteien maßgeblichen Wirkung einer staatlichen Maßnahme fehlt es dagegen, wenn

58 BVerfGE 70, 138 – „Kirchliches Kündigungsrecht"-Beschluss 1985; BVerfGE 137, 273 – „Kirchliches Arbeitsverhältnis"-Beschluss 2014.

59 Zum Zurechnungserfordernis: *D. Dişçi*, Der Grundsatz politischer Neutralität, Berlin 2019, S. 22 ff.

60 *R. Eckertz*, Das Bundesverfassungsgericht zur staatlichen Neutralität, GWP 2019, 261 (264).

61 BVerfGE 166, 93, Rn. 176 – „Desiderius Erasmus Stiftung"-Urteil 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deren mittelbare Folgen für den politischen Wettbewerb ein bloßer Reflex eines nicht entsprechend ausgerichteten staatlichen Handelns sind."[62]

Es gibt eine ganze Reihe von Förderzwecken, die hochpolitische Bezüge aufweisen, aber parteipolitisch neutral sind. Dazu zählen Jugendhilfe, Sport- und Kulturförderung, aber auch die derzeit umkämpften Bereiche wie Inklusion und Integration, die Beratung von Betroffenen rassistischer Gewalt, die Gedenkstättenarbeit, der Umweltschutz oder Antidiskriminierung. Staatliche Förderung ist hier verfassungsrechtlich über das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG oder Staatszielbestimmungen wie Art. 20a GG oder Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG legitimiert. Sie bedient zum Teil auch grundrechtliche Schutzpflichten, etwa aus Art. 1 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 3 GG. Sie ist vor allem – das kommt häufig zu kurz, wenn es um Neutralität geht – demokratisch legitimierte Gesellschaftsgestaltung. Lehnen bestimmte Parteien die Förderung der Erinnerungskultur oder der Inklusion von Menschen mit Behinderung ab, werden diese Förderzwecke nicht dadurch schon parteipolitisch. Parteien verfolgen den Zweck, Macht im Staat zu erringen. Schalten sich die Geförderten im Sinne ihrer häufig gemeinnützigen Zwecke in die gesellschaftliche Willensbildung ein, liegt darin ein bloßer Reflex, also eine staatlich nicht gesteuerte Auswirkung auf den Wettbewerb der Parteien. Ist der Zugang zu diesen Förderprogrammen neutral ausgestaltet, sind dem Staat einzelne politische oder sogar parteifeindliche Äußerungen, die aus den geförderten Kontexten erwachsen, nicht zurechenbar, solange die Organisationen partei- und staatsunabhängig sind und keine Zwecke der Erringung politischer Macht verfolgen. Im Regelfall sind die Geförderten auch in einem Ausmaß parteiunabhängig, das die parteinahen Stiftungen um ein Vielfaches übertrifft.

Heikel ist hingegen die Förderung zum Zweck, auf den Parteienwettbewerb einzuwirken. Dies wird etwa auf Teile des geplanten Bereichs der Extremismusprävention im Entwurf für ein Demokratiefördergesetz zutreffen, wenn dieser nicht auf völlig gekünstelte Art verfassungsfeindliche Parteien ausspart.[63] Denn „die Chancengleichheit der Parteien kann auch durch faktische oder mittelbare Beeinträchtigungen betroffen sein, wenn diese in der Zielsetzung und in ihren Wirkungen unmittelbaren und zielgerichteten

62 BVerfGE 166, 93, Rn. 176 – „Desiderius Erasmus Stiftung"-Urteil 2023.

63 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Maßnahmen zur Demokratieförderung, Vielfaltgestaltung, Extremismusprävention und politischen Bildung vom 01. März 2023, BT-Drs. 20/5823.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eingriffen gleichkommen."[64] Die Förderung zum Zweck der Parteiwarnung und -bekämpfung gleicht hier in etwa der „Osho"-Konstellation, bei der die Bundesregierung einen Verein gefördert hat, um vor einer religiösen Sekte zu warnen. Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass solch eine Förderung ohne spezialgesetzliche Grundlage gegen den Parlamentsvorbehalt verstößt, da es sich um einen Eingriff in Art. 4 Abs. 1 GG handelt.[65] Auch Eingriffe in das Recht der Parteien auf Chancengleichheit aus Art. 21 Abs. 1 GG können durch einen „besonderen verfassungsrechtlich legitimierten Grund" gerechtfertigt werden, wenn sie auf ein Parlamentsgesetz gestützt werden.[66] Hier kommt das Prinzip der wehrhaften Demokratie in Frage. Eine ganz eigene Debatte müsste dabei der Frage nachgehen, welche Schlüsse aus dem späten Verdikt des Bundesverfassungsgerichts zu ziehen sind, dass das Prinzip der wehrhaften Demokratie keine „pauschale Eingriffsermächtigung"[67] darstellt und in welchem Verhältnis das zur Legitimität steht, verfassungsfeindliche Parteien „durch eine mit Argumenten geführte politische Auseinandersetzung in die Schranken verweisen zu lassen und dadurch ein Verbotsverfahren überflüssig zu machen"[68].

V. Grundrechte in der Leistungsverwaltung

Die Förderkonstellation lässt sich nicht nur von der staatlichen Seite durch den Förderzweck hindurch betrachten, sondern auch aus der Perspektive der Geförderten. Dann stellt sich die Frage nach der Wirkung ihrer Grundrechte. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar ausgeführt, dass die Grundrechte die Staatsgewalt „umfassend und insgesamt, unabhängig von bestimmten Funktionen, Handlungsformen oder Gegenständen staatlicher Aufgabenwahrnehmung" binden.[69] Da es sich bei staatlichen Zuwendungen und Steuerverschonungen um reine Begünstigungen handelt, auf die obendrein keine Ansprüche bestehen, kann der Staat hier nicht klassisch in Grundrechte eingreifen. Eine an der Wirtschaftssubvention geschulte Lehre geht grundsätzlich davon aus, dass im Bereich der Leistungsverwaltung

64 BVerfGE 166, 93, Rn. 176 – „Desiderius Erasmus Stiftung"-Urteil 2023.
65 BVerwGE 90, 112 – „Jugendsekte II"-Urteil 1992.
66 BVerfGE 20, 56 (99), juris-Rn. 117 – „Parteienfinanzierung II"-Urteil 1966.
67 BVerfGE 134, 141 (180), juris-Rn. 114 – „Ramelow"-Beschluss 2013.
68 BVerfGE 40, 287 (292), juris-Rn. 17 – „Verfassungsschutzbericht"-Beschluss 1975.
69 BVerfGE 154, 152, Rn. 91 – „BND"-Urteil 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

höchstens Art. 3 Abs. 1 GG in Form einer Selbstbindung der Verwaltung an die eigene Förderpraxis einschlägig ist.[70] Diese Auffassung stößt aber an ihre Grenzen, wo Grundrechte zu objektiven Gewährleistungspflichten ausgebaut wurden, etwa im Bereich der Kommunikationsgrundrechte.

1. Pressesubvention, Filmförderung und Rundfunkneutralität

Bei der Pressesubvention hat das Bundesverfassungsgericht den Unterschied der Grundrechtswirkung zwischen der Eingriffs- und der Begünstigungskonstellation am deutlichsten eingeebnet. Denn die Freiheit der Presse kann „durch staatliche Vergünstigungen nicht weniger gefährdet werden als durch hoheitliche Eingriffe und Beschränkungen."[71] Neutralität gilt hier nicht nur gegenüber Dritten, sondern gerade gegenüber den Geförderten: „Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG begründet im Förderungsbereich für den Staat vielmehr eine inhaltliche Neutralitätspflicht, die jede Differenzierung nach Meinungsinhalten verbietet. Dieser Neutralitätspflicht des Staates entspricht auf Seiten des Trägers der Pressefreiheit ein subjektives Abwehrrecht gegen die mit staatlichen Förderungsmaßnahmen etwa verbundenen inhaltslenkenden Wirkungen."[72]

Kein Abwehrrecht, aber eine zu beachtende „wertentscheidende Grundsatznorm" sah das OVG Münster bei der Filmförderung in der Kunstfreiheit: „Bei der Kunstförderung darf der Staat zwar bestimmte Qualitätsanforderungen stellen, aber seine Auswahlentscheidung muß der Autonomie und der Pluralität der Kunst sowie dem Prinzip der staatlichen Neutralität Rechnung tragen; ein staatliches Kunstrichtertum zu Lasten bestimmter Kunstrichtungen darf auch mit den Mitteln der Kunstförderung nicht verfolgt werden, vielmehr stellt die objektive Wertentscheidung der Verfassung für die Freiheit der Kunst dem Staat die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu fördern."[73] Auch hier ging es wieder um die Neutralität des Förderungszugangs und nicht die Neutralität der einzelnen Förderung: „Die staatliche Neutralität kann daher nur dadurch hergestellt werden, daß

70 *F. Ossenbühl*, Rechtsgutachten, Die Zulässigkeit von „Demokratieerklärungen" im Rahmen eines Förderprogramms des Bundes, 2011, abrufbar unter (15. November 2024): https://www.ndk-wurzen.de/downloads/Gutachten_Ossenbhl.pdf.

71 BVerfGE 80, 124 (131), juris-Rn. 18 – „Pressesubvention"-Beschluss 1989.

72 BVerfGE 80, 124 (133), juris-Rn. 28 – „Pressesubvention"-Beschluss 1989.

73 OVG Münster NVwZ 1993, 76, Rn. 46 ff. – „Religionskritischer Film"-Urteil 1992.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Fördermittel grundsätzlich allen Kunstrichtungen offenstehen mit der Folge, daß die staatliche Subventionierung eines engagierten Kunstwerks nicht als unzulässige Identifizierung mit einer bestimmten Kunstrichtung aufgefaßt werden kann."[74] Was das OVG zur Filmförderung ausgeführt hat, lässt sich auf „engagiertes Theater" übertragen, das kritische Töne gegenüber der AfD anschlägt, da es sich um einen vergleichbaren Fall der staatlichen Kunstförderung handelt.[75]

Ein drittes Beispiel für eine objektivierte Kommunikationsfreiheit ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk. Er ist ein „Medium" des verfassungsrechtlich geschützten Meinungsprozesses und damit auch eine Infrastruktur des Parteienwettbewerbs – wenn auch mit abnehmender Bedeutung.[76] Im formalen Zugang zu dieser Infrastruktur unterliegt der öffentlich-rechtliche Rundfunk Neutralitätspflichten.[77] Der Rundfunk darf etwa Wahlwerbespots nicht auf ihre Verfassungsfeindlichkeit überprüfen.[78] Gleichwohl haben die Sender eine Programmautonomie, die Formate redaktionell frei zu gestalten.[79] In dieser Verschränkung aus hoheitlichem und grundrechtlichem Handeln gibt es eine gewisse Parallele zur öffentlich finanzierten, aber gesellschaftlich agierenden Zivilgesellschaft. Die Unterschiede sind aber deutlich größer. Weder stellt die geförderte Zivilgesellschaft eine Infrastruktur des Parteienwettbewerbs dar, noch ist sie in der Lage hoheitlich zu handeln. Wenn Vereine Politiker:innen zu Podiumsdiskussionen einladen, handelt es sich um einen innergesellschaftlichen Meinungsaustausch und kein öffentlich-rechtliches Forum des Parteienwettbewerbs. Die für den Rundfunk entwickelte Zusammensetzung aus Neutralitätspflichten für Sendezeiten und „Elefantenrunden" der Spitzenkandidat:innen und grundrechtlicher Programmhoheit sind deswegen auf die geförderte Zivilgesellschaft nicht übertragbar. Etwas anders gilt höchstens für ausdrückliche Wahlpodien im unmittelbaren Vorfeld von Wahlen.

74 OVG Münster NVwZ 1993, 76, Rn. 50 – „Religionskritischer Film"-Urteil 1992.
75 Zum Themenkomplex AfD-Kritik und Theater: *V. Schönian*, ZEIT-Online, vom 21. Juli 2024, „Radikal neutral".
76 BVerfGE 74, 297 (323), juris-Rn. 74 – „Rundfunk V"-Beschluss 1987.
77 BVerfGE 7, 99 (107), juris-Rn. 24 – „Sendezeit I"-Beschluss 1957; BVerfGE 12, 205 (210), juris-Rn. 8 – „Rundfunk I"-Urteil 1961.
78 BVerfGE 47, 198 (227), juris-Rn. 88 – „Wahlwerbespot"-Beschluss 1978.
79 VGH München NVwZ 1991, 581 (582); BVerfG NJW 2002, 2939 – „Kanzlerduell"-Nichtannahmebeschluss; *A. Fischer-Lescano*/*G. Restle*, Kein Anspruch auf Sendezeit, VerfBlog 2021/06/09.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

2. Zivilgesellschaftliche Äußerungsautonomie

Die Rechtsprechung zur Film- und Presseförderung wirft die Frage auf, ob bei der sonstigen Förderung gezielt zwischen unpolitischen, regierungskritischen oder AfD-kritischen Sportvereinen oder Wohlfahrtsverbänden differenziert werden dürfte. Anders als bei den vorangegangenen Beispielen dient die Förderung hier nicht der Grundrechtsverwirklichung der Geförderten. Es geht also grundrechtlich nur um die neben dem Förderzweck stehende Meinungsfreiheit. Die Meinungsfreiheit ist aber immerhin „schlechthin konstituierend" für die freiheitliche demokratische Staatsordnung und der Ausgangspunkt der objektiven Grundrechtswirkung gewesen.[80] Obwohl die Meinungsfreiheit als normativer Anker der Neutralität unter den Tisch fiel, bildete sie in der „Parteienfinanzierung II"-Entscheidung noch den Ursprung des Gedankens parteipolitischer Neutralität: „Art. 5 GG garantiert auch die freie Bildung der öffentlichen Meinung", und damit die „Vorformung der politischen Willensbildung des Volkes".[81] Das Gebot parteipolitischer Neutralität ist so gesehen selbst schon eine objektivrechtliche Kehrseite der Meinungsfreiheit. Es geht also nicht darum einen neuen objektiven Gehalt der Meinungsfreiheit zu entwerfen, sondern darum, ein Verfassungsprinzip, das aufs engste auf den gesellschaftlichen Meinungsprozess bezogen ist, im Lichte der Meinungsfreiheit zu interpretieren. Nach einer griffigen Formel von Konrad Hesse verpflichtet die objektive Seite der Grundrechte den Staat, „alles zu tun, um Grundrechte zu verwirklichen, auch wenn hierauf ein subjektiver Anspruch der Bürger nicht besteht".[82] Denn die Bindung an die Grundrechte ist nach Art. 1 Abs. 3 GG absolut. Auch wenn kein Anspruch auf Fördergelder oder Steuerverschonung besteht und eine Neutralitätsanforderung im Regelfall folglich nicht wie ein Eingriff in die Meinungsfreiheit abgewehrt werden kann,[83] muss der Staat seine Förderung im Sinne eines freiheitlichen Meinungsprozesses ausgestalten. Zivilgesellschaftliche Äußerungsautonomie ist ebenso ein Versatzstück dieses Prozesses wie der verfassungsrechtlich besonders

80 BVerfGE 7, 198 (208), juris-Rn. 31 – „Lüth"-Urteil 1958; BVerfGE 20, 56 (97), juris-Rn. 115 – „Parteienfinanzierung II"-Urteil 1966.

81 BVerfGE 20, 56 (97 f.), juris-Rn. 115 f. – „Parteienfinanzierung II"-Urteil 1966.

82 *K. Hesse* in: E. Benda/W. Maihofer/H. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1995, § 5 Rn. 22.

83 Etwas anderes könnte bei der rückwirkenden Aberkennung einer Begünstigung oder einer zweckfremden Neutralitätsanforderung gelten.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geschützte Parteienwettbewerb. In diesem Sinne sperrt sich das Neutralitätsgebot dagegen, auf Grundrechtsträger:innen übertragen zu werden.

Verstünde man dagegen wie viele der oben besprochenen Gutachten das staatliche Neutralitätsgebot als Neutralisierungspflicht gegenüber gesellschaftlichen Akteuren, würde eine Ableitung aus der Meinungsfreiheit sich gegen die Meinungsfreiheit verselbstständigen.[84] Die objektive Kommunikationsverfassung würde sich so gegen die subjektive Kommunikationsfreiheit wenden.[85] Obendrein würden die Parteien zu Monopolisten der gesellschaftlichen Willensbildung erhoben, wenn tausende Vereine und Verbände, weil sie sich gemeinnützigen Zwecken oder öffentlichen Aufgaben widmen, darauf verpflichtet wären, sich jeder Einwirkung auf die Wettbewerbsstellung der Parteien zu enthalten. Dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 1 GG nach wirken die Parteien an der Willensbildung des Volkes nur mit.

VI. Wehrhafte Äußerungsautonomie statt Neutralisierungspflicht

Der konkrete Äußerungsspielraum einzelner staatlich geförderter Akteure kann nur im Einzelfall aus den verfolgten gemeinnützigen Zwecken und den Zuwendungsbescheiden und ihren Nebenbestimmungen ausbuchstabiert werden. Eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, hier strikte Neutralitätsanforderungen aufzustellen, folgt nicht aus dem Neutralitätsgebot.

Staatliche Neutralität ist immer bereichsspezifisch. Bei der staatlichen Förderung ist sowohl der Chancengleichheit der Parteien als auch der zivilgesellschaftlichen Äußerungsautonomie Rechnung zu tragen. Dafür ist Neutralität im Gemeinnützigkeits- und Zuwendungsrecht eng als Verbot der verdeckten Parteienfinanzierung zu verstehen. Dafür lassen sich die Maßstäbe der Stiftungsfinanzierung verallgemeinern. Die Geförderten müssen rechtlich und tatsächlich unabhängig von den Parteien und vom Staat sein. Sie müssen andere Zwecke verfolgen, als politische Macht im Staat zu erringen und ihre Aufgaben eigenständig und unabhängig verfolgen.

84 Ähnliche Beobachtung zur Glaubensfreiheit und der religiös-weltanschaulichen Neutralität: *E. Böckenförde*, „Kopftuchstreit" auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, 723.

85 *M. Jestaedt* in: D. Merten/H. Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IX, Heidelberg 2011, § 102 Rn. 7 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erst dort, wo die Bekämpfung von einer Partei zum Förderzweck wird, sind die parteifeindlichen Äußerungen dem Staat zurechenbar und damit rechtfertigungsbedürftig. Das heißt nicht, dass der Staat die übrigen Förderprogramme nicht neutralisierend ausgestalten darf. Aber eine Pflicht dazu hat er nicht. Im „Wunsiedel"-Beschluss heißt es: „Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien."[86] Diese Maxime gilt auch für die geförderte Zivilgesellschaft, deren Wehrhaftigkeit auf ihren Freiheitrechten fußt und erst aus staatlichen Kompetenzen hergeleitet werden muss, wenn die Bekämpfung bestimmter Parteien selbst zum Förderzweck wird.

86 BVerfGE 124, 300 (320), juris-Rn. 50 – „Wunsiedel"-Beschluss 2009.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Autor:innenverzeichnis

Dr. Andreas Buser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand an der Freien Universität Berlin.

Dr. Hans Flemming Maltzahn ist wissenschaftlicher Assistent und Habilitand der Bucerius Law School, Hamburg.

Dr. Miriam Hofer ist Universitätsassistentin (Post Doc) am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft an der Universität Graz.

Jun.-Prof. Dr. Friederike Gebhard ist Juniorprofessorin für Gesundheits- und Medizinrecht an der Universität Bielefeld.

David Schwarz ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth.

Samuel Weitz ist Doktorand an der Universität zu Köln und Rechtsreferendar am Landgericht Köln.

Saskia Westermann ist Doktorandin an der Universität Münster.

Niklas Simon, Master en Droit/LL.M. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Freiburg und promoviert ebendort sowie an der Université Toulouse Capitole (Cotutelle-Verfahren).

Lasse Ramson ist Doktorand am Zentrum für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen und akademischer Mitarbeiter am Fachbereich Informationswissenschaften der Fachhochschule Potsdam.

Fritz Schäfer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Bucerius Law School in Hamburg.

Dr. Armin Stähli ist Oberassistent für Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht an der Universität Zürich.

Anna-Mira Brandau, MJur (Oxford) ist Doktorandin an der Universität Erfurt und wissenschaftliche Mitarbeiterin des Verfassungsblog.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dr. Robert Pracht ist Akademischer Rat a.Z. und Habilitand am Institut für Finanz- und Steuerrecht der Universität Heidelberg.

Rebecca Kruse, M.A., ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg.

Christian Thönnes ist Doktorand in der Abteilung Öffentliches Recht des Freiburger Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht.

Jonas Deyda ist Doktorand an der Universität Leipzig.

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Liste der Förder:innen

Die Tagung wäre nicht möglich gewesen ohne die Unterstützung unserer Förderer:innen. Ganz herzlich bedanken wir uns bei:

Andrea Versteyl Rechtsanwälte PartGmbB

Avocado Rechtsanwälte PartGmbB

BBG und Partner Rechtsanwälte PartGmbB

Becker Büttner Held PartGmbB

Berliner Wissenschafts-Verlag

C.F. Müller GmbH

Clifford Chance LLP

Dolde Mayen & Partner Rechtsanwälte PartGmbB

Dombert Rechtsanwälte PartGmbB

Duncker & Humblot GmbH

Franz Steiner Verlag GmbH

Füßer & Kollegen Rechtsanwälte

Linklaters LLP

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Rittershaus Rechtsanwälte PartGmbB

Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH

Verlag C.H. Beck oHG

W. Kohlhammer GmbH

White & Case LLP

https://doi.org/10.5771/9783748948032 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY