

GREGOR KIRCHHOF

Die Allgemeinheit  
des Gesetzes

*Jus Publicum*

184

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 184





Gregor Kirchhof

# Die Allgemeinheit des Gesetzes

Über einen notwendigen Garanten der Freiheit,  
der Gleichheit und der Demokratie

Mohr Siebeck

*Gregor Kirchhof*, geboren 1971; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg i.Br., München und London; Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung in München (1998 und 2000); Master of Laws (LL.M., University of Notre Dame, USA); Prüfung zum Fachanwalt für Steuerrecht; Wissenschaftlicher Mitarbeiter von Professor Dr. Dr. Udo Di Fabio am Institut für Politik und Öffentliches Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München; seit 2003 Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Professor Dr. Dr. Udo Di Fabio am Institut für Öffentliches Recht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, seit 2009 Akademischer Oberrat an diesem Institut; 2005 Promotion und 2008 Habilitation (Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn).

e-ISBN PDF 978-3-16-151265-0

ISBN 978-3-16-150149-4

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die Idee des Gesetzes ist die der Allgemeinheit. Dieser ideengeschichtliche Befund, der schon im antiken Gesetzesrecht greifbar und insbesondere im 13. und 18. Jahrhundert hervorgehoben wurde, droht heute in Vergessenheit zu geraten. Auch ausdrückliche Allgemeinheitsforderungen wie die des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG werden kaum befolgt. Gesetz ist das, was das rechtsetzende Organ als Gesetz erlässt. Dieser formale Gesetzesbegriff beschreibt die Kernkompetenz und zentrale Handlungsform des Parlaments. Er scheint aber die Unparteilichkeit des Gesetzes zu gefährden, die Lehren vom guten Gesetz zu vernachlässigen und der zentralen Aufgabe, die dem Parlamentsgesetz im modernen Staat zukommt, nicht gerecht zu werden. Das Gesetz soll Freiheit stärken, Gleichheit gewähren, Rechtssicherheit und Rechtsvertrauen schaffen, demokratische Legitimation vermitteln, die Einheit der Rechtsordnung wahren und die innere Sicherheit, letztlich den Frieden festigen.

Gegenwärtig stellen zwischenstaatliche Kooperationen, sich wandelnde gesellschaftliche Erwartungen und technische Neuerungen hohe Ansprüche an die Rechtsetzung und erteilen schwierige rechtliche Koordinationsaufträge. Hierauf wird nicht selten mit einer Vielzahl von Spezialgesetzen reagiert, welche die Rechtssicherheit und das Rechtsvertrauen eher schwächen als stärken. Das dichte Gesetzesrecht, das aus nationalen, aber auch aus inter- und supranationalen Quellen fließt, scheint die Autorität des Rechts zu mindern, den Raum des Parlaments und der individuellen Freiheit zu verengen. In dieser Situation könnte die Gesetzesallgemeinheit den Zusammenhalt der Rechtsgemeinschaft stärken, den Grundrechtsschutz ergänzen und die parlamentarische Demokratie erneuern.

Seit dem Epochenwechsel im 18. Jahrhundert zum individuellen Grundrechtsschutz wurde dieser verfeinert und individualgerecht zur Geltung gebracht. Zu der klassischen abwehrrechtlichen Funktion traten Einrichtungsgarantien, Schutz- und Teilhaberechte sowie die Drittwirkung der Grundrechte. In dieser Ausrichtung auf den konkreten Fall, in der Subjektivierung des Rechts wurde der Blick auf das Ganze, auf die freiheitliche Rechtsordnung, wurde ein unverzichtbares Instrument zum Schutz der Grundrechte und der Demokratie beiseite geschoben: die Allgemeinheit des Gesetzes. Das 18. Jahrhundert hat die grundrechtlichen Gewährleistungen und die rechtsstaatliche Demokratie, aber auch die Gesetzesallgemeinheit als Garanten der Menschenrechte entfaltet. Das

allgemeine Gesetz wurde zum Vorboten, später zuweilen zum alleinigen Garanten grundrechtlicher Freiheit und Selbstbestimmung.

Das Grundgesetz stellt sich in diese Tradition, wenn es die Grundrechte und die Demokratie, aber auch die Allgemeinheit des Gesetzes zum Schutz der Freiheit und Gleichheit ausdrücklich fordert. Nur vor einem allgemeinen Gesetz können die Menschen gleich sein. Die verallgemeinernde Regel garantiert Freiheit. Sie entfaltet ihre schützende Kraft insbesondere im Vorfeld der grundrechtlichen Betroffenheit, weil sie Belastungen wie Begünstigungen auf alle verteilt und so von vornherein ein zumutbares Maß zu bewirken sucht. Die Gesetzesallgemeinheit stärkt die Verständlichkeit des Rechts, die Konsistenz der Rechtsordnung, die Wirkung der Gesetze und damit die parlamentarische Demokratie. Die auf den Einzelfall konzentrierten grundrechtlichen Gewährleistungen werden durch das auf das Ganze ausgerichtete allgemeine Gesetz notwendig ergänzt, die Menschen durch Gesetzgeber und Richter, als Individuum und als Teil der Gemeinschaft geschützt.

Aber nicht nur das Grundgesetz, sondern auch das europäische Recht fordert eine verallgemeinernde Regelbildung. Europäische Richtlinien und Verordnungen wollen in einer Allgemeinheit der 27 Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Rechtsordnungen wirken. Der europäische Grundrechtsschutz bleibt im Dienst einer Freiheit begrenzt, die allgemein für rund 490 Millionen Menschen erreicht werden soll. Er setzt daher in besonderer Weise auf ein weiteres, ein präventiv wirkendes Element des Menschenrechtsschutzes – auf die Allgemeinheit europäischer Rechtssätze.

Das Grundgesetz und das Europarecht erheben Allgemeinheitsforderungen verschiedener Verbindlichkeit. Teilweise sind die Allgemeinheitspostulate justitiable Forderungen des Rechts, teilweise rechtsverbindliche Maßstäbe für Exekutive und Legislative, nicht jedoch für die Richter. Diese rechtlichen Vorgaben wirken ohne richterliche Kontrolle, gewinnen als nicht justitiable Aufträge zuweilen an Kraft. Die Allgemeinheit des Gesetzes begründet zudem Klugheitsregeln, die aus der Rechtstradition schöpfen und sich an die rechtsetzenden Organe wenden, diese zu neuen Erkenntnissen führen wollen – das Recht ist Quelle der Gesetzesallgemeinheit und Adressat der aus dem Allgemeinheitsprinzip gewonnenen Erkenntnisse. In der Allgemeinheit des Gesetzes, in den rechtlichen Forderungen nach einer allgemeinen Regelbildung ruhen gewichtige Chancen für den Schutz der Grundrechte und der Demokratie. Deshalb lohnt der Versuch, die alte Idee des Gesetzes wieder zu beleben. Hier soll ein neuer Schritt in diese Richtung gewagt werden.

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit im Wintersemester 2008/2009 als Habilitationsschrift angenommen. Die Untersuchung entstand während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Bundesverfassungsrichter Professor Dr. Dr. Udo Di Fabio. Ihm bin ich in besonderer Weise

dankbar. Sein wissenschaftlicher Tatendrang und seine persönliche Anteilnahme prägten meine Arbeit an seinem Lehrstuhl. Mein Dank richtet sich auch an Professor Dr. Christian Waldhoff, der das Zweitgutachten erstellt hat. Bei der Marga und Kurt Möllgaard-Stiftung und dem Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft bedanke ich mich für die großzügige Übernahme der Druckkosten.

Bad Godesberg, im Juli 2009

*Gregor Kirchhof*



## Inhaltsübersicht

<i>Erstes Kapitel: Allgemeinheit in Recht und Rechtswissenschaft . . . . .</i>	1
A. Gesetz, Grundrechte und Demokratie . . . . .	3
B. Verallgemeinerung als Kategorie wissenschaftlichen Denkens. . .	28
C. Spezialität und Freiheit . . . . .	33
D. Allgemeinheit und Gerechtigkeit . . . . .	35
<i>Zweites Kapitel: Das allgemeine Gesetz . . . . .</i>	37
A. Gesetzgebungswirklichkeit . . . . .	39
B. Die Idee des Gesetzes . . . . .	67
C. Grundgesetz und allgemeines Gesetz . . . . .	174
D. Allgemeinheitsgedanke im europäischen Recht . . . . .	386
<i>Drittes Kapitel: Drei exemplarische Rechtsfragen . . . . .</i>	493
A. Prävention, Gemeinlast, Vorgriff in die Zukunft . . . . .	495
B. Polizeiliche Generalklauseln – Bestimmtheit der Allgemeinheit. .	498
C. Steuerlasten – grundrechtsergänzende Allgemeinheit. . . . .	529
D. Staatsverschuldung – Allgemeinheit in der Zeit . . . . .	569
<i>Viertes Kapitel: Der Schutz des allgemeinen Gesetzes –</i>	
<i>Zusammenfassung . . . . .</i>	605
A. Die Elemente des Schutzes der Freiheit und Gleichheit . . . . .	607
B. Grundrechte, Demokratie, Rechtsstaat . . . . .	614
C. Recht aus unterschiedlichen Quellen . . . . .	627
D. Zukunftsbezogene Allgemeinheit . . . . .	636



# Inhaltsverzeichnis

## Erstes Kapitel: Allgemeinheit in Recht und Rechtswissenschaft

1

<i>A. Gesetz, Grundrechte und Demokratie . . . . .</i>	3
I. Der Schutz der Freiheit und Gleichheit . . . . .	3
II. Die Idee der verallgemeinernden Regelbildung . . . . .	14
III. Die gegenwärtige Rechtsetzungspraxis . . . . .	20
IV. Gesetz und Recht . . . . .	23
<i>B. Verallgemeinerung als Kategorie wissenschaftlichen Denkens . . . . .</i>	28
<i>C. Spezialität und Freiheit. . . . .</i>	33
<i>D. Allgemeinheit und Gerechtigkeit . . . . .</i>	35

## Zweites Kapitel: Das allgemeine Gesetz

37

<i>A. Gesetzgebungswirklichkeit. . . . .</i>	39
I. Schwer überblickbares Recht . . . . .	39
II. Neue Anforderungen an das Recht. . . . .	47
III. Parzellierendes Wissen. . . . .	50
IV. Entscheidungsmacht nichtparlamentarischer Entscheidungsträger . . . . .	55
V. Koordinationsauftrag . . . . .	57
1. Demokratiedefizit und Koordination der Rechtsquellen . . .	57
2. Der Einfluss des Europarechts. . . . .	59
3. Abstimmungsprobleme. . . . .	61
VI. Die Frage nach dem Gesetz . . . . .	64
<i>B. Die Idee des Gesetzes. . . . .</i>	67
I. Rechtstradition und normative Forderung . . . . .	67
II. Allgemeinheit als Wesensmerkmal des Gesetzes . . . . .	69

1. ‚Römische Aufklärung‘ – Gesetzgebung als weltliche Setzung allgemeiner Regeln . . . . .	69
a) Das allen zugängliche, das gegenständliche und verständliche Recht . . . . .	71
b) Abstraktionsanspruch. . . . .	74
c) Das festgeschriebene Gesetz und seine Deutung. . . . .	77
d) Rationale Kraft der Gesetzgebungspraxis. . . . .	78
2. Das allen dienende Gesetz . . . . .	78
3. Erste Lehre der Allgemeinheit des Gesetzes . . . . .	82
4. Schriftliche, dauerhafte, gemeinschaftsichernde Gesetze. . . . .	84
5. Rechtsquellen und römische Allgemeinheitslehren . . . . .	87
a) Die prägende Kraft des Gesetzgebers, Gesetz als Akt des Wollens. . . . .	88
b) Römische Lehren zur Gesetzesallgemeinheit. . . . .	89
c) Gewaltenteilung und allgemeines Gesetz . . . . .	91
6. Kodifikationen und ‚kluges Gesetz‘. . . . .	93
III. Allgemeinheit als Ausrichtung auf das gemeine Wohl . . . . .	95
1. Weltliche und transzendente Gesetze, funktionales Gesetzesverständnis . . . . .	95
a) Gewohnheitsrecht . . . . .	95
b) Rechtszersplitterung . . . . .	96
c) Aufspüren hergebrachten Rechts und Sicherheit des schriftlichen Rechts . . . . .	97
d) Funktionales Gesetzesverständnis und Gewaltenteilung	100
2. Kraft des schriftlichen, verständlichen, territorial allgemeinen Gesetzes . . . . .	101
a) Schriftlichkeit und territoriale Allgemeinheit . . . . .	101
b) Verständlichkeit der Rechtssprache . . . . .	103
3. Verbindlichkeit und Koordination des Rechts. . . . .	104
4. Erweiterung der Lehre vom allgemeinen Gesetz . . . . .	105
a) Die Notwendigkeit des weltlichen, des zurückhaltenden Gesetzes . . . . .	105
b) Das allgemeine Gesetz dient dem gemeinen Wohl . . . . .	108
c) Notwendige Normierung des Regelfalls . . . . .	109
d) Gemeinwohlbezug und Allgemeinheit des Gesetzes. . . . .	111
5. Die Allgemeinheit des Gesetzgebers . . . . .	111
IV. Allgemeinheit als Sicherung der Freiheit und Gleichheit vor dem Gesetz . . . . .	114
1. Konstitutionalisierung: Rechtsförmlichkeit, Vertrauens- schutz, Rechtssicherheit . . . . .	114
2. Freiheitsicherung als zentrales Ziel des allgemeinen Gesetzes . . . . .	116

3. Das auf die „Natur der Dinge“ bezogene Gesetz . . . . .	119
4. Allgemeinheit des Gesetzes und des Gesetzgebers . . . . .	121
5. Volkssouveränität, Mehrheitswille, Grundrechte und Allgemeinheit des Gesetzes . . . . .	125
a) Epochenwende . . . . .	125
b) Ein Allgemeinheitspostulat wird geltendes Recht . . . . .	129
6. Der „Geist der Freiheit“ des allgemeinen Gesetzes . . . . .	136
7. Individuelle Freiheit und Gemeinschaft . . . . .	140
V. Allgemeinheit als Fundament des Friedens und der Demokratie . . . . .	143
1. Ringen um Demokratie und Freiheit . . . . .	143
2. Konstitutionalisierung und große Kodifikationen . . . . .	147
3. Rechtsetzungslehren . . . . .	149
4. Steuerungskraft des Gesetzes und Demokratie . . . . .	152
5. Verantwortung des Parlaments . . . . .	155
6. Demokratie, Gewaltenteilung, Menschenrechte . . . . .	158
VI. Bedeutungsvielfalt und Struktur des allgemeinen Gesetzes . . .	160
1. Sprachliche Allgemeinheit . . . . .	161
2. Temporale Allgemeinheit . . . . .	162
3. Territoriale Allgemeinheit . . . . .	164
4. Personale Allgemeinheit . . . . .	165
5. Gegenständliche Allgemeinheit . . . . .	167
6. Finale Allgemeinheit . . . . .	168
7. Instrumentelle Allgemeinheit . . . . .	170
8. Eigenständigkeit und Zusammenwirken der Merkmale . . . .	172
C. Grundgesetz und allgemeines Gesetz . . . . .	174
I. Zentrum der Demokratie und des Rechtsstaats . . . . .	174
1. Fundament der rechtsstaatlichen Demokratie und „inhaltsleerer“ Gesetzesbegriff . . . . .	174
2. Differenzierende Verfassungsforderungen und Justitiabilität	180
3. Das prägende Wort des Parlaments . . . . .	186
4. Klugheitsregel, Verfassungsauftrag, justitierbarer Maßstab . . .	190
II. Die Allgemeinheit grundrechtsbeeinträchtigender Gesetze . . .	196
1. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG – vernachlässigter Garant der Freiheit . . . . .	196
a) Die „besondere Bedeutung“ des Allgemeinheitspostulats	197
b) Der bisher verkannte „wahre Eckstein des Rechtsstaats“	200
c) Freiheitschonender Schutzwall – sich ergänzende Elemente des Menschenrechtsschutzes . . . . .	202
d) Gesetzesallgemeinheit und Verbot des Einzelfallgesetzes	207
e) Anwendungsbereich . . . . .	211

f)	Differenzierte Allgemeinheitsforderung . . . . .	215
aa)	Kodifikationen und Ausnahmeregelungen. . . . .	215
bb)	Gesetzesgeprägte Verallgemeinerung und differenzierende Justitiabilität. . . . .	216
cc)	Der schmale Grat . . . . .	221
g)	Gesetzesallgemeinheit und Verhältnismäßigkeit . . . . .	224
h)	Legalenteignungen – das Beispiel Stendal . . . . .	227
i)	Allgemeinheit und Gleichheit vor dem Gesetz . . . . .	232
aa)	Weite und Enge der Regelungsaufträge. . . . .	234
bb)	Verbot des Einzelfallgesetzes . . . . .	236
cc)	Wechselseitiges Ergänzungsverhältnis . . . . .	236
j)	Institutionelle Unterschiede . . . . .	237
2.	Das Allgemeinheitspostulat des Art. 5 Abs. 2 GG. . . . .	238
a)	Spezielles und allgemeines Allgemeinheitspostulat . . . . .	238
b)	Die Wechselwirkungslehre und ihre Erweiterung . . . . .	240
c)	Notwendige Allgemeinheit der Wechselwirkung . . . . .	241
3.	Zitiergebot . . . . .	242
4.	Wesentlichkeitslehre . . . . .	245
a)	„Inhaltsleere“ Selbstverständlichkeit im demokratischen Rechtsstaat? . . . . .	245
b)	Beschränkung der gesetzgeberischen Tätigkeit auf das Grundlegende . . . . .	246
c)	Bereiche der anderen Gewalten. . . . .	248
d)	Grundrechtliche Bestätigung der Gesetzesallgemeinheit . . . . .	250
5.	Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Allgemeinheits- forderungen . . . . .	251
6.	Allgemeiner Gesetzesbegriff und grundgesetzliche Allgemeinheit . . . . .	254
7.	Gemeinschaft- und struktursichernde Kraft des Gesetzes . . . . .	256
III.	Das Gesetz als Quelle der Demokratie . . . . .	258
1.	Element des Menschenrechtsschutzes und Stütze der Demokratie . . . . .	258
a)	Parlamentarische Entscheidung und allgemeines Gesetz . . . . .	258
b)	Wirkung der Gesetze, Koordination des Rechts . . . . .	260
2.	Demokratische Mitbestimmung, nicht Fremdbestimmung . . . . .	265
3.	Legitimationsniveau – selbstreferentielle Gemeinwohl- orientierung . . . . .	267
4.	Republik – parlamentarische und individuelle Gemeinwohl- verwirklichung . . . . .	271
5.	Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG: „Vertreter des ganzen Volkes“ . . . . .	274
a)	Repräsentation durch jeden einzelnen und die Gesamt- heit der Abgeordneten. . . . .	274

b)	„Persönlichkeit, Erfahrung und Gewissen“ . . . . .	277
c)	Die Gesamtheit und der einzelne Abgeordnete. . . . .	278
d)	Der demokratische Gedanke der temporalen Allgemeinheit . . . . .	279
e)	Sprachliche, instrumentelle und finale Allgemeinheit . . .	279
6.	Allgemeine, freie und gleiche Wahl . . . . .	280
7.	Gesetzgebungsauftrag des Parlaments . . . . .	282
a)	Unerfüllbare Allgemeinerfordernngen? . . . . .	282
b)	Unterschiedliche Gesetzgebungsaufträge. . . . .	284
c)	Allgemeinheit der Rechtsverordnungen und Satzungen. .	288
d)	Diener der Demokratie . . . . .	291
8.	Entmachtung und Auftrag. . . . .	291
a)	Gehemmte Demokratie . . . . .	291
b)	Institutionelle Chance. . . . .	292
c)	Einfluss des Parlaments . . . . .	294
d)	Entmachtung und Entrechtlichung . . . . .	296
9.	Individuelle Freiheit und parlamentarische Demokratie . . .	297
IV.	Das Gesetz im System der Gewaltenteilung. . . . .	298
1.	Der Auftrag der Gewaltenteilung . . . . .	298
2.	Primat des Gesetzes und Balance der Gewalten . . . . .	299
3.	Die drei Gewalten. . . . .	301
a)	Die klassischen Funktionen . . . . .	301
b)	Allgemeinheitserwartung der Rechtsschutzgarantie. . . .	302
c)	Gewaltenteilender Gesetzesbegriff . . . . .	304
4.	Funktionsgerechte Gesetzgebung. . . . .	307
a)	Die Zusammensetzung des Bundestags . . . . .	308
b)	Gesetzgebungsverfahren . . . . .	310
c)	Der Koordinationsauftrag . . . . .	313
5.	Individuelle Freiheit und parlamentarische Demokratie . . .	315
V.	Rechtsstaatliche Forderungen an das Gesetz . . . . .	315
1.	Freiheitsichernder Zusammenklang der Strukturprinzipien	315
2.	Verständliche und „berechenbare“ Gesetze . . . . .	316
a)	Sprachliche und instrumentelle Allgemeinheit – Maß der Verallgemeinerung. . . . .	316
b)	Begründung von Gesetzen . . . . .	319
3.	Widerspruchsfreiheit und Folgerichtigkeit. . . . .	321
a)	„Normwahrheit“. . . . .	321
b)	Differenzierung nach Regelungsbereichen und Eingriffs- intensität . . . . .	323
c)	Strukturverantwortung des Parlaments und justitiable Kernforderungen . . . . .	325
4.	Kontinuität und Verlässlichkeit . . . . .	327

a)	Parlamentarische Gestaltung und Beständigkeit . . . . .	327
b)	Vertrauensschutz. . . . .	328
c)	Kontinuitätsgewähr . . . . .	329
5.	Bestimmtheit und Verallgemeinerung . . . . .	330
a)	Zusammenwirken der Strukturentscheidungen . . . . .	330
b)	Präzision, nicht Konkretheit – Ausrichtung auf das Ganze. . . . .	333
6.	Vorrang des Gesetzes. . . . .	335
a)	Vorrang der Verfassung. . . . .	336
b)	Klare Auslegungsregeln. . . . .	337
c)	Recht und Gesetz . . . . .	339
7.	Freiheitlicher sozialer Rechtsstaat. . . . .	340
VI.	Grundrechtsergänzender Schutz der Freiheit . . . . .	343
1.	Garant der Freiheit und der prägenden Kraft des Parlaments	343
2.	Notwendige Ergänzung des Grundrechtsschutzes . . . . .	345
a)	Voraussehender Schutz der Freiheit . . . . .	345
b)	Komplizierte Gesetze . . . . .	346
c)	Kumulierende Gesetzesfolgen . . . . .	348
d)	Künftige gesetzliche Wirkungen. . . . .	351
e)	Breitenwirkung und grundrechtliche Zumutbarkeits- prüfung. . . . .	352
f)	Schutz vor übermäßiger Verrechtlichung und Individua- lisierung. . . . .	352
3.	Ausgangspunkt der Rechtsanwendung und Verhältnis- mäßigkeitprüfung . . . . .	353
a)	Maß der Grundrechtsprüfung . . . . .	353
b)	Freiheitsgerechte Orientierung am Regelfall – kein Denken vom Ausnahmefall. . . . .	355
4.	Freiheitliche Ausrichtung des Staats . . . . .	356
5.	Gemeinschaftstiftende Kraft der Gesellschaft. . . . .	360
VII.	Garant der Gleichheit vor dem Gesetz. . . . .	362
1.	Geltungsbedingung der Rechtsordnung . . . . .	362
2.	Gleichheitsgerechte allgemeine Gesetzgebung. . . . .	363
a)	Differenzierungsauftrag . . . . .	363
b)	Gesetzliche Differenzierungsverbote und Unter- scheidungsgebote . . . . .	364
c)	„Bereichsspezifische“ Regelbildung . . . . .	365
d)	Sich ergänzende Elemente des Menschenrechtsschutzes. . . . .	367
3.	Gleichheit im Regelungsbereich. . . . .	368
a)	Bezugspunkt der Allgemeinheit und Gleichheit . . . . .	368
b)	Differenzierungsauftrag und Kooperationsgebot . . . . .	369
4.	Ergänzung des grundrechtlichen Gleichheitsschutzes . . . . .	373

a)	Voraussehender Gleichheitsschutz . . . . .	373
b)	Gleichheit in der Zeit . . . . .	373
c)	Finale und instrumentelle Allgemeinheit . . . . .	375
5.	Gegenseitigkeit und Allseitigkeit . . . . .	376
VIII.	Das Allgemeinheitspostulat des Grundgesetzes . . . . .	377
1.	Verfassungsrechtlicher Dreiklang . . . . .	377
2.	Maß der Verfassungsbindung . . . . .	378
a)	Justitiable Kerngehalte . . . . .	378
b)	Verbindlicher, aber nicht justitierbarer Verallgemeinerungs- auftrag . . . . .	379
c)	Verfassungsrechtliche Klugheitsregeln . . . . .	382
3.	Individuelle Freiheit und parlamentarischer Gestaltungs- raum . . . . .	384
D.	<i>Allgemeinheitsgedanke im europäischen Recht</i> . . . . .	386
I.	„Vereinfachungskultur“ europäischer Rechtsetzung . . . . .	386
1.	Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts . . . . .	386
2.	Allgemeine Richtlinien und Verordnungen . . . . .	390
3.	Strukturgebende Grundsätze des Europarechts . . . . .	394
II.	Allgemeine Geltung der Verordnung . . . . .	398
1.	Ausdrückliche Allgemeinheitsforderung . . . . .	398
2.	Einzelfallverordnungen . . . . .	400
3.	Allgemeines Ordnungsrecht für 27 Mitgliedstaaten . . . . .	402
a)	Geltung in jedem Mitgliedstaat – territoriale Allgemeinheit . . . . .	402
b)	Umfassende Verbindlichkeit der Verordnung . . . . .	403
c)	Unmittelbare Wirkung und Verhältnismäßigkeit . . . . .	405
d)	Allgemeine Geltung – die klassischen Allgemeinheits- postulate . . . . .	408
4.	Anspruch des Europarechts . . . . .	410
III.	Allgemeinheit der Richtlinien . . . . .	411
1.	Allgemeine und individuelle Richtlinien . . . . .	411
2.	Die Unterscheidung der Rechtsakte . . . . .	412
3.	Instrument zur Sicherung der Konsistenz des Rechts . . . . .	414
4.	Immanente Allgemeinheitsforderungen . . . . .	417
5.	Unmittelbare Geltung der Richtlinie . . . . .	419
6.	Drängender Koordinationsauftrag und institutionelle Beratung . . . . .	420
IV.	Demokratische Erwartungen an das Sekundärrecht . . . . .	421
1.	Die aktuelle Frage nach der europäischen Demokratie . . . . .	421
2.	Konkretisierungsansätze . . . . .	429
3.	Europäische Demokratie und allgemeine Rechtssätze . . . . .	434

a)	Sprachliche und instrumentelle Grundforderungen . . . .	434
b)	Wachsendes Demokratiedefizit durch die Rechtsetzungs- praxis . . . . .	435
c)	Der Einfluss der Kommission . . . . .	437
d)	Demokratische Zurückhaltung – finale Allgemeinheit . .	439
e)	Tendenz der Entmachtung und Entrechtlichung. . . . .	440
f)	Europäische Repräsentation und Gemeinwohl. . . . .	440
g)	Sachliche demokratische Legitimation durch das Primär- recht. . . . .	441
4.	Die intensivierte Kraft der primärrechtlichen Allgemein- heitsforderungen . . . . .	444
V.	Begrenzte Einzelermächtigung und Subsidiarität . . . . .	444
1.	Kompetenz und Verallgemeinerung . . . . .	445
2.	Das erste Regelungsinstrument der Union. . . . .	447
3.	Weite und Nähe des Rechts . . . . .	448
VI.	Unmittelbare individualrechtliche Allgemeinheitsforderungen	453
1.	Die verallgemeinernde Kraft der Grundfreiheiten . . . . .	453
2.	Personale Allgemeinheit der Diskriminierungsverbote. . . .	458
3.	Gleichheit vor dem Gesetz und Diskriminierungsverbote . .	460
4.	Justitiable Kernforderungen der vier klassischen Allgemein- heitspostulate . . . . .	464
VII.	Rechtsstaatliche Forderungen an die Rechtsetzung . . . . .	466
1.	„Institutionelles Gleichgewicht“ und mitgliedstaatlicher Vollzug. . . . .	466
2.	Verantwortungszurechnung. . . . .	468
3.	Klares, verständliches und konsistentes Sekundärrecht. . . .	470
VIII.	Europäischer Grundrechtsschutz . . . . .	473
1.	Gemeinsamer Schutz der Freiheit und Gleichheit. . . . .	473
2.	Freiheitsgefährdender Freiheitschutz. . . . .	476
a)	Der Einfluss der Grundfreiheiten . . . . .	477
b)	Weite Deutung der Diskriminierungsverbote . . . . .	478
c)	Das Maß des Grundrechtsschutzes . . . . .	482
3.	Der gemäßigte europäische Grundrechtsschutz. . . . .	485
4.	Das zentrale Element des europäischen Menschenrechts- schutzes . . . . .	486
IX.	Aktueller Koordinationsauftrag und ‚Geist des Europarechts‘	489

Drittes Kapitel  
Drei exemplarische Rechtsfragen

493

A. <i>Prävention, Gemeinlast, Vorgriff in die Zukunft</i> . . . . .	495
B. <i>Polizeiliche Generalklauseln – Bestimmtheit der Allgemeinheit</i> . . . .	498
I. Sicherheit und legitime öffentliche Gewalt . . . . .	498
II. Das auf allgemeine Regelungen angelegte Polizeirecht. . . . .	501
1. Grundgesetzliche Forderung nach speziellen Polizei- gesetzen? . . . . .	501
2. Grenzen der Spezialermächtigungen . . . . .	504
3. Grundrechtliche Balance und allgemeines Gesetz. . . . .	508
4. Neue Gefahrenlagen – demokratische und gewaltenteilende Gesetzesallgemeinheit . . . . .	512
5. Der notwendige Rückgriff auf die Generalklausel . . . . .	515
6. Rechtsgrundlage für rasche polizeiliche Tätigkeit. . . . .	517
7. Unterschiedliche Gesetzgebungskompetenzen und Koordinationsauftrag. . . . .	517
8. Die spezifische polizeirechtliche Allgemeinheitsforderung .	523
9. Gesetzesallgemeinheit und Vollzugsallgemeinheit . . . . .	524
III. Allgemeinheit und Individualität. . . . .	527
C. <i>Steuerlasten – grundrechtsergänzende Allgemeinheit</i> . . . . .	529
I. Allgemeinheit von Lasten und Leistungen . . . . .	529
II. Die Gemeinlast der Steuer. . . . .	530
1. Der grundsätzliche Vorrang der Steuer vor anderen Abgaben . . . . .	530
2. Schwächen des grundrechtlichen Schutzes vor Steuern. . . .	532
a) Gleichheit vor dem Steuergesetz . . . . .	533
b) Freiheitsrechtlicher Schutz vor Steuerlasten . . . . .	535
c) Grundrechtsschutz und Allgemeinheit des Gesetzes . . .	536
3. Der Gesetzgeber setzt den Grundrechtsschutz ins Werk – das Maß des allgemeinen Steuergesetzes . . . . .	538
4. Regelungsauftrag, gesetzliche Allgemeinheit, Verwaltungs- praxis. . . . .	542
5. Atypische Sachverhalte. . . . .	545
6. Das dauerhafte Steuergesetz . . . . .	546
7. Der allgemeine Belastungsgrund . . . . .	546
III. Die aktuelle Reform des Unternehmensteuerrechts . . . . .	548
1. Der Auftrag der allgemeinen Besteuerung . . . . .	548
2. Das Einkommen . . . . .	548
a) Der allgemeine Gegenstand der Besteuerung. . . . .	548

b)	Die fehlende gegenständliche Allgemeinheit des Reformgesetzes . . . . .	551
3.	Das Steuersubjekt . . . . .	552
a)	Bezugspunkt der personalen Allgemeinheit . . . . .	552
b)	Trennungsprinzip und Transparenzprinzip . . . . .	555
c)	Allgemeinheitsforderungen. . . . .	556
d)	Nachbelastung. . . . .	559
e)	Steuerrechtliche Lenkung. . . . .	560
4.	Unausweichlichkeit des Steuerrechts – der Dreiklang des Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG. . . . .	561
a)	Zinsschranke und „Betrieb“ . . . . .	561
b)	Gewerbesteuer. . . . .	563
c)	Außensteuerrecht . . . . .	564
IV.	Gesetzesallgemeinheit und Steuergestaltung . . . . .	567
D.	<i>Staatsverschuldung – Allgemeinheit in der Zeit</i> . . . . .	569
I.	Beständigkeit und Rechtsvertrauen . . . . .	569
II.	Der dauerhafte Finanzbedarf des Staats . . . . .	573
1.	Unumgebarkeit der finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben. . . . .	573
a)	Art. 115 Abs. 1 GG a. F. – wirkungslose „Schuldenbremse“ . . . . .	574
b)	Das Anliegen der instrumentellen Allgemeinheit . . . . .	577
c)	Die Neuregelung des Art. 115 GG. . . . .	578
2.	Die Begriffe des Rechts. . . . .	579
3.	Die prägende Kraft der finalen Allgemeinheit. . . . .	582
a)	Vage Zwecke, die grundlegenderen Zielen dienen . . . . .	583
b)	Vollständigkeit der Gesetzgebungsziele und Zweckwidmung . . . . .	585
c)	Maßstabprägende Kraft der Gesetzesallgemeinheit . . . . .	588
4.	Die neue ‚Schuldenbremse‘ – Art. 115 Abs. 2 GG n. F. . . . .	589
a)	Ausgleich von Einnahmen und Ausgaben. . . . .	589
b)	Konjunkturbedingte Schulden . . . . .	590
c)	Rückführungspflicht . . . . .	593
d)	Die fehlende gegenständliche Allgemeinheit . . . . .	593
e)	Ausgleichskonto und Stabilitätsrat. . . . .	595
f)	Kreditaufnahme in Notsituationen . . . . .	597
g)	Allgemeinheitsorientierte Auslegung . . . . .	598
h)	Die Allgemeinheit der Ausführungsgesetze . . . . .	599
5.	Notwendige Ergänzung des Grundrechtsschutzes . . . . .	601
III.	Ausrichtung auf die Gemeinschaft. . . . .	603

Viertes Kapitel

Der Schutz des allgemeinen Gesetzes – Zusammenfassung

605

<i>A. Die Elemente des Schutzes der Freiheit und Gleichheit.</i> . . . . .	607
<i>B. Grundrechte, Demokratie, Rechtsstaat.</i> . . . . .	614
<i>C. Recht aus unterschiedlichen Quellen</i> . . . . .	627
<i>D. Zukunftsbezogene Allgemeinheit</i> . . . . .	636
Literaturverzeichnis . . . . .	641
Register . . . . .	709



*Erstes Kapitel*

Allgemeinheit in Recht und Rechtswissenschaft



## A. Gesetz, Grundrechte und Demokratie

### I. Der Schutz der Freiheit und Gleichheit

Das allgemeine Gesetz schützt die Grundrechte und stärkt die Demokratie. Der technische Fortschritt, soziale Erwartungen und dichte zwischenstaatliche Kooperationen richten gegenwärtig anspruchsvolle Rechtsetzungsaufträge und rechtliche Koordinationsanliegen an die Rechtsgemeinschaft. Diese antwortet hierauf nicht selten mit einer Fülle von Regelungen, mit der vermeintlichen Rechtssicherheit des Spezialgesetzes. Diese Rechtsetzungspraxis scheint die Autorität des Rechts zu mindern, den Raum des Parlaments und der grundrechtlichen Freiheit in der Dichte und Vielfalt des Gesetzesrechts zu verengen. In dieser Entwicklung könnte die Gesetzesallgemeinheit zu einem wichtigen Garanten des Zusammenhalts der Rechtsgemeinschaft, der parlamentarischen Demokratie und der Freiheit und Gleichheit werden. Im Dienst dieser Kernanliegen des Rechts verdient die alte Idee des Gesetzes wieder belebt zu werden.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Zu diesen Kernanliegen des Rechts *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rdn. 114 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage 1984, insbes. S. 94; *Wahl*, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, in: HStR I, 3. Auflage 2003, § 2 Rdn. 1 ff.; insbes. zur Ausrichtung auf die Freiheit und Demokratie: *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 71 ff.; *Stern*, Die Idee der Menschen- und Grundrechte, in: HGR I, 2006, § 1; *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 22 insbes. Rdn. 56 ff.; *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: HStR III, 3. Auflage 2005, § 33; zur „Einheitsbildung durch Gesetz (und damit auch dem klassischen Grundgedanken der Allgemeinheit des Gesetzes)“ insbes. angesichts der neuen Gesetzgebungsaufträge *Schulze-Fielitz*, Einheitsbildung durch Gesetz oder Pluralisierung durch Vollzug, in: Trute/Groß/Röhl, H. C./Möllers, Chr. (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 135 (147); *H. H. Klein*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Badura/Scholz (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, 1998, S. 49 (61); mit Blick auf die neuen Rechtsetzungs- und Verwaltungsaufgaben sowie die zu treffenden Risikoentscheidungen fordert *Di Fabio* ein „neues funktionsgerechtes Verständnis von Gesetzesbindung zu erreichen. Die Lehre vom Beurteilungsspielraum erscheint als das geeignete Gehäuse für die ausgleichende Zusammenführung von Gesetzmäßigkeitsanforderungen, Rechtsschutzgarantie und Funktionserfordernissen der Risikoverwaltung [...]. Der Gesetzgeber kann] dem Gesetzesvorbehalt bei komplexen Risikoentscheidungen nur dann noch genügen, wenn er die Grundlinien von Rechtsgüterabwägungen vorentscheidet, Entscheidungsfreiräume der Verwaltung präzisiert [...]. Dem verfassungsrechtlich geforderten Gesetzesvorbehalt wird dann nicht mehr durch eine Einzeleingriffsermächtigung genügt, sondern durch ein abgestimmtes Normsystem, bestehend aus Abwägungsdirektiven, Orga-

Die europäische Rechtsgeschichte hat unterschiedliche Instrumente zum Schutz der Menschenrechte<sup>2</sup> hervorgebracht,<sup>3</sup> die heute fester Bestandteil zahlreicher europäischer Verfassungsstaaten sind.<sup>4</sup> Das Grundgesetz stellt sich in die freiheitsichernde Rechtstradition, wenn es diesen Menschenrechtsschutz übernimmt und in seinen Grundsätzen für unveränderlich erklärt.<sup>5</sup> Der erste Teil der Verfassung entfaltet die individuellen Grundrechte und damit unmittelbare Garantien der Freiheit und Gleichheit.<sup>6</sup> Die parlamentarische Demokratie sichert die „freie Selbstbestimmung aller“,<sup>7</sup> die politische Mitbestimmung durch Wahlen.<sup>8</sup> Der Gesetzesvorbehalt verbindet Demokratie und Rechtsstaat

nisations- und Verfahrensvorschriften“ (*ders.*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 464f.).

<sup>2</sup> Der Begriff des Menschenrechtsschutzes wird hier als Oberbegriff für die verschiedenen Elemente des Schutzes der individuellen Freiheit und Gleichheit verwendet, greift also über den zentralen Grundrechtsschutz hinaus. In ihm ruht daher kein besonderer Ausgriff auf das Naturrecht oder eine spezielle Bezugnahme auf das internationale Recht. Zur Bedeutung der Menschenrechte im Völkerrecht wie im Verfassungsrecht *Stern*, Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: HStR V, 1. Auflage 1992, § 108 Rdn. 54 ff.; *Frowein*, Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt, in: HStR VII, 1. Auflage 1992, § 180 Rdn. 33 ff.; *Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 15 Rdn. 57 ff.

<sup>3</sup> Siehe zu dieser Entwicklung *H. Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Auflage 2004, Rdn. 1466 ff.; *Berman*, Recht und Revolution, 1991.

<sup>4</sup> Unterschiede bestehen aber insbes. im Schutz der Grundrechte. Siehe insgesamt *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2005, S. 198 ff., insbes. 216 f.; *H. W. Kopp*, Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechtstheorie, Band I, 1958, S. 227 ff.; siehe jüngst die Zusammenfassungen von *D. Zacharias*, Verfassungsrechtliche Terminologie und Begrifflichkeit im europäischen Rechtsraum, in: IPE II, 2008, § 40 Rdn. 14 ff., 50 ff., und *Cruz Villalón*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, in: IPE I, 2007, § 13 Rdn. 73 ff., 106 ff., sowie die einzelnen Länderberichte: *H. Dreier*, Deutschland, ebenda, § 1 Rdn. 104 ff.; *Jowanjan*, Frankreich, ebenda, § 2 Rdn. 100 ff.; *Koutnatzis*, Griechenland, ebenda, § 3 Rdn. 83 ff.; *Loughlin*, Großbritannien, ebenda, § 4 Rdn. 79 ff.; *Dogliani/Pinnelli*, Italien, ebenda, § 5 Rdn. 91 ff.; *Besselink*, Niederlande, ebenda, § 6 Rdn. 120 ff., 134 ff.; *Wiederin*, Österreich, ebenda, § 7 Rdn. 68 ff., 90 ff.; *Tuleja*, Polen, ebenda, § 8 Rdn. 62 ff.; *H.-H. Vogel*, Schweden, ebenda, § 9 Rdn. 104, 109 ff.; *Biaggini*, Schweiz, ebenda, § 10 Rdn. 58 ff.; *Medina Guerrero*, Spanien, ebenda, § 11 Rdn. 50 ff.; *Halmai*, Ungarn, ebenda, § 12 Rdn. 39 ff.

<sup>5</sup> Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 28. August 2006 (BGBl. I, S. 2034), im Folgenden: GG. Art. 79 Abs. 3 GG sichert insgesamt die Kernmerkmale der grundgesetzlichen Ordnung (*Lücke/Sachs*, in: Sachs [Hg.], Grundgesetz. Kommentar, 4. Auflage 2007, Art. 79 Rdn. 48 ff. m. w. H.).

<sup>6</sup> Siehe hierzu wie zu der struktursichernden Bedeutung der Grundrechte *Di Fabio*, Grundrechte als Werteordnung, JZ 2004, 1; *ders.*, Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems, in: HGR II, 2006, § 46.

<sup>7</sup> BVerfGE 44, 125 (142) – Öffentlichkeitsarbeit (Hervorhebung übernommen).

<sup>8</sup> Siehe für die grundgesetzliche Ordnung Art. 20 Abs. 2 GG; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rdn. 130 ff.; *Di Fabio*, Demokratie im System des Grundgesetzes, in: Festschrift für Peter Badura, 2004, S. 77 (77 f.); *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: HStR III, 3. Auflage 2005, § 33 insbes. Rdn. 8 ff.; insgesamt *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR

im Schutz der Grundrechte.<sup>9</sup> Der Rechtsstaat gewährleistet Rechtssicherheit, Rechtsvertrauen und Gerichtsschutz, dass keiner über dem Gesetz steht – und damit ebenfalls Bedingungen der Freiheit.<sup>10</sup> Der soziale Staat schafft und stärkt Voraussetzungen der Grundrechtsentfaltung.<sup>11</sup> Der Grundsatz der Gewaltenteilung trennt die einheitliche staatliche Gewalt, damit jede Teilgewalt zum Wohl des Einzelnen und der Gemeinschaft ihre freiheitsichernde Kraft funktions- und qualifikationsgerecht ausübt.<sup>12</sup> Alle diese Rechtsprinzipien erwachsen aus dem Ursprungsgedanken des Verfassungsrechts, der Unantastbarkeit der Menschenwürde, die dem Recht ein allgemeines Maß gibt.<sup>13</sup> Hinzu tritt die freiheitsichernde Kraft der supranationalen europäischen Integration und der internationalen Zusammenarbeit, welche zwar nicht als unveränderlich erklärt werden, deren Bedeutung aber durch das Grundgesetz hervorgehoben wird.<sup>14</sup>

---

II, 3. Auflage 2004, § 24; *Badura*, Die parlamentarische Demokratie, ebenda, § 25; zur Verbindung zwischen demokratischer Selbstbestimmung und dem Gesetz: *Ossenbühl*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: HStR V, 3. Auflage 2007, § 100 insbes. Rdn. 4: „Der Wille des Volkes kommt im Gesetz zum Ausdruck.“

<sup>9</sup> Siehe zum Vorbehalt des Gesetzes *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HStR V, 3. Auflage 2007, § 101 Rdn. 11 ff.; *Pietzcker*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1979, 710; *M. Klopfer*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 26 Rdn. 63 ff.

<sup>10</sup> Siehe hierzu Art. 20 Abs. 3 GG; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 26; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 5. Auflage 2005, Art. 20 Abs. 3 Rdn. 288, betont diesen Befund für die Rechtssicherheit; zu diesem Grundauftrag der Rechtsetzung *G. Müller*, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 2. Auflage 2006, S. 10 ff.; insgesamt *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997.

<sup>11</sup> Dies gewährleistet Art. 20 Abs. 1 GG; *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 28 insbes. Rdn. 72 f.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1995, Rdn. 209 ff.; *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005, S. 51 f.

<sup>12</sup> Siehe für das Grundgesetz: Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG; BVerfGE 95, 1 (15) – Südumfahrung Stendal; *Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 27 Rdn. 1 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, ebenda, § 26 insbes. Rdn. 1; *E.-W. Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Auflage 1981, insbes. S. 20; *Chr. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 68 ff.; *Poscher*, Die Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), GVwR I, 2006, § 8 Rdn. 23 ff.

<sup>13</sup> Siehe hierzu *Di Fabio*, Grundrechte als Werteordnung, JZ 2004, 1; *Isensee*, Menschenwürde: Die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), 173 (179); *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders., Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 5. Auflage 2005, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 10 ff.; *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 22 Rdn. 5 ff.; *H. Dreier*, in: ders. (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 2. Auflage 2004, Art. 1 Abs. 1 Rdn. 62 ff.; *H. Hofmann*, Die versprochene Menschenwürde, 1993; *Gröschner*, Menschenwürde als Konstitutionsprinzip der Grundrechte, in: Siegetsleitner/Knoepffler (Hg.), Menschenwürde im interkulturellen Dialog, 2005, S. 17.

<sup>14</sup> Siehe Satz 1 der Präambel des Grundgesetzes: „Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.“ Siehe zu der Weitsicht, welche der Parlamentarische Rat insofern zeigte, deutlich *Carlo Schmid* und *Süsterhenn* in der zweiten

Dieser Menschenrechtsschutz wird um ein weiteres notwendiges Element ergänzt, das den Zusammenhalt der Schutzinstrumente sichern will und in einem besonderen Maßstab die Grundrechte zu schützen und die Demokratie zu stärken sucht: die Allgemeinheit des Gesetzes.

Der Grundrechtsschutz reagiert auf die individuelle Betroffenheit des Einzelnen, konzentriert sich auf die Besonderheiten des speziellen Falls, dient der Einzelfallgerechtigkeit und mündet in der Verantwortung der Richter. Seit dem Epochenwechsel zum individuellen Grundrechtsschutz Ende des 18. Jahrhunderts<sup>15</sup> wurden die grundrechtlichen Gewährleistungen verfeinert und individualgerecht zur Wirkung gebracht. Zu der klassischen abwehrrechtlichen Funktion traten Einrichtungsgarantien, Schutz- und Teilhaberechte sowie die Drittwirkung der Grundrechte.<sup>16</sup> Der Einzelne, Verwaltung und Gerichte richten ihren Blick in der Prüfung grundrechtlicher Betroffenheit auf den konkreten Lebensbereich, weniger auf die allgemeinen Lebensbedingungen.<sup>17</sup> Diese Spezialisierung nach den Besonderheiten des Einzelfalls, diese „Subjektivierung des Rechts“, der „nahezu omnipräsente Grundrechtsschutz im gesamten öffentlichen Recht“,<sup>18</sup> laufen Gefahr, den Blick auf das Ganze, auf die freiheitliche

---

Sitzung des Plenums vom 8. September 1948 sowie *Menzel, Seeböhm* und *Brockmann* in der dritten Sitzung vom 9. September 1948, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 9, Plenum, 1996, S. 40f., 51 ff.; siehe hierzu *Hillgruber*, Der Nationalstaat in übernationaler Verflechtung, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 32 Rdn. 36ff., 75 ff.; zum Integrationsanliegen und den Folgerungen hieraus für die staatliche Ordnung insgesamt *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964; *Tomuschat*, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: HStR VII, 1. Auflage 1992, § 172; *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998.

<sup>15</sup> Siehe hierzu *Fenske*, Der moderne Verfassungsstaat, 2001, insbes. S. 185; *Grimm*, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: HStR I, 3. Auflage 2003, § 1 insbes. Rdn. 31 f.; jeweils m. w. H.

<sup>16</sup> Siehe hierzu *Jarass*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: HGR II, 2006, § 38 Rdn. 5ff.; *H. H. Klein*, Grundrechte am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: HGR I, 2004, § 6 Rdn. 7ff.; zur objektiven Grundrechtsdimension *Bryde*, Programmatik und Normativität der Grundrechte, ebenda, § 17 Rdn. 35 ff.; für die internationale Perspektive: *Wahl*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, ebenda, § 19; *Rupp*, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), 161.

<sup>17</sup> Diese Ausrichtung wird insbes. bei Einrichtungsgarantien zurückgenommen (siehe hierzu *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000; *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005; zu dem Gedanken, dass jedenfalls die Institutsgarantien durch ein zu regelndes Mehrpersonenverhältnis auf privater Seite, einen vom Gesetzgeber zu leitenden Interessenausgleich etwa zwischen den Mitgliedern einer Familie, zwischen Erblasser und den Erben gekennzeichnet sind, *G. Kirchhof*, Der besondere Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 129 [2004], 542 [566 ff.]; *ders.*, Grundrechte und Wirklichkeit, 2007, S. 49 ff.).

<sup>18</sup> *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 16 ff., insbes. auch 38 ff., 41 ff., Zitate: S. 16 und 19, der davon spricht, dass das Verwaltungsrecht letztlich der Struktur der grundrechtlichen Statuslehre *Georg Jellineks* gefolgt ist (22 ff.); mit *Jestaedt*, Grundrechtseinfaltung im Gesetz, 1999, S. 54 ff., wurde aus dem Gesetzesstaat ein Grundrechtsstaat.

Rechtsordnung, auf die Gemeinwohlausrichtung der Strukturprinzipien zu vernachlässigen. Der demokratische Rechtsstaat baut auf den individuellen Grundrechtsschutz. Doch stellt sich die Frage, ob die Grundrechte allein Freiheit und Gleichheit vor dem Gesetz garantieren können,<sup>19</sup> ob im Sog des Grundrechtsdenkens ein zentraler Garant der Freiheit und Gleichheit beiseitegeschoben wird. Der Eigentümer mag die Enteignung seines Grundstücks abwehren, aber die Entwicklung seines Eigentumsrechts durch Bauplanung, Immissionschutz und Wasserrecht, die Konsistenz und Sachgerechtigkeit der Eigentumsordnung sind individualrechtlich kaum steuerbar. Der Bedürftige wird seinen Anspruch auf Sozialhilfe einklagen können, die Entwicklung der Leistungsfähigkeit von Staat und Gesellschaft und damit das allgemeine Maß der Sozialhilfe entziehen sich seinem Einfluss. Der Einzelne mag sich gegen eine unzulässige Subvention des Konkurrenten wehren, aber die Staatsverschuldung, die Lasten für die gegenwärtige und kommende Generation werden dadurch nicht verhindert.

Im Rahmen des sich auf den Einzelfall konzentrierenden individuellen Grundrechtsschutzes könnte das allgemeine Gesetz das staatliche Handeln auf das Ganze ausrichten, den Grundrechtsberechtigten als Teil der Gemeinschaft schützen und damit die grundrechtlichen Garantien durch ein Schutzinstrument ergänzen, das schon vor der individuellen Betroffenheit greift.<sup>20</sup> Der Schutz der Menschenrechte durch gesetzliche Verallgemeinerung kann mit einem Wall verglichen werden, der verhindert, dass Fabrik- oder Straßenlärm das einzelne Haus in der Nachbarschaft unmittelbar erreicht. Belastender Lärm, aber auch Wohlklänge werden verteilt und so für alle akzeptabel, eine unmittelbare Belastung oder Begünstigung des Einzelnen wird vorbeugend verhindert oder durch die Breitenwirkung gemäßigt. Die Gesetzesallgemeinheit leitet die Gesetzgebung an, freiheitsichernde Schutzwälle zu bauen, stabile Strukturen für die Gemeinschaft zu schaffen. Der Einzelne wird nicht unmittelbar zum Gegenstand eines Gesetzesbeschlusses, die parlamentarische Mehrheitsentscheidung trifft nicht mit rechtlicher Verbindlichkeit direkt auf das Individuum. Die öffentliche parlamentarische Debatte und Entscheidung entfaltet sich nicht in der Erörterung individueller Fälle. Die starke demokratische Legitimation der Mehrheitsentscheidung läuft im Zugriff auf den Einzelnen Gefahr, des-

---

<sup>19</sup> Dies verneint *Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 27 Rdn. 84; siehe zur Ermöglichung der Freiheit durch Gesetze grundlegend *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961; *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Auflage 1983.

<sup>20</sup> *Starck*, Vorwort, in: ders. (Hg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, S. 5 (5), betont, dass kein „ungehemmter Individualismus obwalten“, dass sich der Richter nicht „so sehr mit Einzelheiten beschäftigen“ darf, dass „das Allgemeine aus dem Blick gerät“; siehe zum „Metetekele der Individualisierung“ mit Blick besonders auf die Solidarität *Volkman*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998, S. 7 ff.