

land zwingend entgegensteht. So sieht es auch Gärditz. Ein rechtsstaatliches Strafrecht verlange nur eine Orientierung an der jeweiligen Rechtsordnung, die territorial durch die staatliche Zwangsgewalt vermittelt, auch die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen präge. „Ist bereits die vorgefundene Rechtsordnung pervertiert, zum bloßen Derivat totalitärer Willkür- und Gewaltherrschaft degeneriert, vermag liberal-rechtsstaatliches Strafrecht im klassischen Sinne nichts Substantielles mehr auszurichten“ (S. 419). Ob man sich damit zufrieden gebe oder ein Mehr an Strafrecht wolle, sei eine verfassungspolitische Frage, die auch als solche entschieden werden sollte. Ohne eine Ergänzung des Art. 103 Abs. 2 GG nach dem Vorbild von Art. 7 Abs. 2 EMRK und Art. 15 Abs. 2 IPbürgR könne Weltrechtspflege deshalb „über eine besondere Variante stellvertretender Strafrechtspflege nicht hinausgreifen“ (418), könnten bundesdeutsche Gerichte also lediglich den Tatortstaat vertreten, nicht aber die Weltgemeinschaft als ganze repräsentieren.

In seinem rechtspolitischen Ausblick geht Gärditz noch einen Schritt weiter. Die bestehenden Probleme sollten, so fordert er, zum Anlass genommen werden, nochmals grundsätzlich „über Sinn und Unsinn universeller Strafverfolgung und nicht zuletzt ihre praktischen Grenzen als Instrument der Konfliktbewältigung nachzudenken“ (S. 422). Vieles spreche dafür, die Aufgabe einer Verfolgung schwerwiegender Verbrechen nach Völkerstrafrecht allein internationalen Strafgerichten zu überlassen. In der Tat: Ein Belang der internationalen Gemeinschaft wird am überzeugendsten durch das Handeln internationaler Institutionen verwirklicht. Das Behelfsregime des proaktiven Menschenrechtsschutzes kraft einzelstaatlicher Weltrechtspflege hat seine Legitimationsgrundlage eingebüßt. Gärditz hat ihm einen brillanten Abgesang gewidmet. Möchten die von ihrem eigenen Aktivismus geblendeten deutschen Rechtspolitiker seinen Ausführungen Gehör schenken!

Michael Pawlik, Regensburg

*Haller, Heiko Alexander, Die Verrechnung von Vor- und Nachteilen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG. Eine Untersuchung zur Kompensation von Grundrechtseingriffen (Schriften zum Öffentlichen Recht, 1053). Berlin 2007, Duncker & Humblot. 403 S.*

Eine der Ursachen der Komplexität moderner Rechtssysteme liegt in den mannigfaltigen Interdependenzen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten und Normgruppen. Hierzu trägt auch die Kompromisshaftigkeit gegenwärtiger Gesetzgebung bei, der es häufig nicht gelingt, Probleme dort zu lösen, wo ihre Ursachen liegen, sondern Kompensation auf anderem Gebiet in Aussicht stellt. Bringt der Bürger eine einzelne ihn belastende oder benachteiligende Norm vor das Bundesverfassungsgericht, ergibt sich hieraus die Frage, ob die verfassungsrechtliche Würdigung nur die einzelne Norm in den Blick nehmen muss bzw. darf oder ob die Norm in einem größeren Kontext gewürdigt werden muss. Kann sich der Einzelne darauf berufen, dass ihm hier genommen wird, wenn ihm dort gegeben wird? Und wo sind die Grenzen zu ziehen, wenn die strikt einzelnormbezogene Betrachtung verlassen wird?

Obleich keineswegs ein Randphänomen, ist die Bedeutung kompensierender Vorteile im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG bisher weitgehend unerforscht. Eine allgemeine Annäherung an den Gegenstand der Kompensation, jedoch ohne gleichheitsrechtliche Vertiefung, findet sich lediglich in der Habilitationsschrift von Voßkuhle. Diese Lücke versucht die vorliegende Arbeit von *Haller* zu schließen. Als zentrale Aufgabe benennt der Autor dabei die Einordnung des Kompensationsgedankens in den Prüfungsaufbau von Art. 3 Abs. 1 GG (§ 1, S. 30). Entfällt aufgrund des an anderer Stelle gewährten Vorteils bereits die Benachteiligung oder ist die Kompensation erst

auf der Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen? Ferner sollen Kriterien der Zulässigkeit der Kompensationsbetrachtung ermittelt werden.

In besonderer Weise stellt sich die Frage der Kompensation auf dem Gebiet des Steuer- und Sozialversicherungsrechts. Dies liegt nicht nur an der mathematischen Verrechenbarkeit von Geldleistungsansprüchen (S. 28), sondern auch daran, dass der Belastung mit Steuern, obwohl per definitionem nach § 3 Abs. 1 AO gegenleistungslos erhoben, staatliche Leistungen gegenüberstehen. Wie der Verfasser jedoch zutreffend bereits in der Einleitung deutlich macht, beschränken sich Kompensationen keineswegs auf Bereiche des öffentlichen Schuldrechts, sondern ziehen sich außer durch Zivil- und Strafrecht durch das gesamte öffentliche Recht. Im Rahmen der inhaltlichen Klärung des Begriffs der Kompensation (§ 2) legt der Verfasser dar, dass der Gedanke der Kompensation in nahezu allen Rechtsgebieten anzutreffen ist, so etwa im arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzip, im Rahmen kooperativen Verwaltungshandels sowie im Naturschutz- und Umweltrecht oder zum Ausgleich von Kompetenzverlusten im föderalen System.

Die Analyse der Gemeinsamkeiten der verschiedenen Kompensationsfiguren erlaubt dem Verfasser eine erste Annäherung an die Struktur der Kompensation (S. 63 ff.). Er unterscheidet zwischen der Kompensationslage und der Kompensationszulässigkeit. Die Kompensationslage setze sich zusammen aus einem anhand eines normativen Bezugspunktes zu ermittelnden defizitären Rechtszustand (Nachteil) und einem Kompensationsmittel (Vorteil). Sodann sei die Zulässigkeit der Kompensation zu prüfen, indem defizitärer Rechtszustand und Kompensationsmittel einer wertenden Gesamtbetrachtung zugeführt werden. Beide Maßnahmen müssten in einem *inneren Zusammenhang* stehen, Vor- und Nachteile dürfen also nicht beliebig zusammengezogen werden. Schließlich müssten beide Maßnahmen äquivalent sein.

Bedeutung erlangt der Kompensationsgedanke als Instrument der Flexibilisierung von Interessenkonflikten. Dies belegt der Verfasser freiheitsrechtlich anhand der Kompensation von Einschränkungen des Eigentumsrechts (Aufopferung, Enteignungsentschädigung, ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen, enteignungsgleiche und enteignende Eingriffe). Den Bezug zum Gleichheitssatz stellt er dahingehend her, dass sämtliche eigentumsrechtlichen Kompensationstatbestände das Ziel des Ausgleichs einer unverhältnismäßigen Sonderlast verfolgen (S. 85 ff.). Dabei sei die Kompensation jedoch subsidiäres Mittel, ultima ratio, „Notkompetenz“. Vorrangig müsse der Grundrechtseingriff selbst vermieden werden. Zudem seien – anders als im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG – die eigentumsrechtlichen Kompensationstatbestände auf der Sekundärebene angesiedelt. Die Kompensation im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG betreffe dagegen die Primärebene, die Verhinderung der Grundrechtsbeeinträchtigung an sich.

Breiten Raum nimmt die sich anschließende dogmatische Einordnung der Kompensation ein (§ 3, S. 91 – 177). Dabei geht es dem Verfasser insbesondere um das Verhältnis von Kompensation und Abwägung. Lässt die Kompensation bereits den Rechtsgüterkonflikt entfallen, so dass es einer Abwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips gar nicht mehr bedarf? Oder ist sie Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung? Der Verfasser nähert sich dieser Fragestellung über sehr grundsätzliche Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (S. 92 – 142), als deren Ergebnis er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als ein „formelles Konfliktlösungsprinzip“ identifiziert, das ohne eigenen Wertgehalt ein rationales Verfahren der Abwägung und Auflösung von Prinzipienkonflikten liefere. Auch die Kompensation sei rein formale Argumentationsfigur ohne eigene Gerechtigkeitsqualität. Trotz der strukturellen Ähnlichkeit – sowohl Verhältnismäßigkeitsprüfung als auch Kompen-

sationsbetrachtung stellen formale Problemlösungsverfahren dar – begründet der Verfasser überzeugend, dass die Kompensation eine eigenständige, nicht in die Verhältnismäßigkeitsprüfung integrierbare Argumentationsfigur darstellt. Infolge der Kompensation entfällt der Rechtsgüterkonflikt. Damit ist sie der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vorgelagert und auch kein Element einer Zumutbarkeitsprüfung. Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bleibt nur insoweit Raum, als kein vollständiger Ausgleich erreicht wird.

Nach diesen allgemeinen dogmatischen Ausführungen bettet der Verfasser die Rechtsfigur der Kompensation in die Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes ein (§ 4, S. 179–279). Wiederum holt er mit seiner Betrachtung zur Rechtsidee der Gleichheit sowie der dogmengeschichtlichen Darstellung des Gleichheitssatzes weit aus. Tief steigt der Verfasser auch in die Dogmatik der Feststellung und Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen ein. Ausgehend von einer Kritik an Willkürformel und neuer Formel entwickelt er einen „eigenen Ansatz“ (S. 243–262). Statt schematischer Gleichheit sei Art. 3 Abs. 1 GG auf „wesentliche Gleichheit“ gerichtet. Deutlich spricht er sich dabei dagegen aus, Gleichheit und Gerechtigkeit gleichzusetzen. Die Frage der Vergleichbarkeit sei nicht anhand allgemeiner Gerechtigkeitsüberlegungen zu beantworten, sondern anhand verfassungsrechtlicher Wertungen. Auf der Rechtfertigungsebene hält der Verfasser den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für stets anwendbar, soweit es um die Abwägung zwischen der Verfolgung externer Zwecke und dem Gebot der Gleichbehandlung von wesentlich Gleichem geht (S. 273–278).

Ohne der Dogmatik von Art. 3 GG wesentlich neue Erkenntnisse hinzugefügt zu haben, lässt der Verfasser den Leser an einer sehr gründlichen Bestimmung seines Verständnisses des allgemeinen Gleichheitssatz teilhaben und schafft damit ein solides Fundament für die sich anschließende eigentliche Aufgabenstellung der Arbeit, die Entwicklung einer Dogmatik gleichheitsrechtlicher Kompensationsbetrachtungen (§ 5, S. 281–328). Die Frage, ob die Kompensation bereits die Ungleichbehandlung entfallen lässt, benennt der Verfasser als ein Problem des Garantiegehalts von Art. 3 Abs. 1 GG (S. 283). Fordert der Gleichheitssatz *rechtliche* oder *tatsächliche* Gleichbehandlung? Diese Frage ist, wie der Verfasser überzeugend herausarbeitet, tief verwoben mit dem zugrundeliegenden Gleichheits- und Staatsverständnis. Geht es Art. 3 Abs. 1 GG um den Schutz gleichmäßiger Wahrnehmung von Freiheit (Chancengleichheit), um die Herstellung faktischer Gleichheit im Wege der Umverteilung durch den modernen Sozialstaat (Gleichverteilung) oder schlicht um die Vermeidung von Ungleichbehandlungen durch den Gesetzgeber (rechtliche Gleichbehandlung). Der moderne Steuer- und Sozialstaat nimmt und gibt dem Bürger häufig mit gleicher Hand. Je weiter man die Pflichten des Staates zur Nivellierung von Unterschieden zieht, desto mehr spricht für wertende Gesamtbetrachtungen. Dem Versuch, den Gleichheitssatz selbst in den Dienst der Umverteilung zu stellen, erteilt der Verfasser dennoch und zu Recht eine Absage. Ein Anspruch auf Herstellung tatsächlicher Gleichheit sei nicht aus dem Gleichheitssatz selbst abzuleiten, sondern vielmehr im Sozialstaatsprinzip angesiedelt (S. 291 ff.). Hieraus ergibt sich die überzeugende Schlussfolgerung, dass rechtliche Ungleichbehandlungen zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit nicht bereits auf Tatbestands-, sondern erst auf Rechtfertigungsebene Berücksichtigung finden können. Die Kompensation führt nicht per se zu einer Gleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte. Das Ziel der Herstellung faktischer Gleichheit vermag aber die rechtliche Ungleichbehandlung zu rechtfertigen (S. 298).

Etwas farblos bleiben die sich anschließenden Überlegungen zur Zulässigkeit wertender Gesamtbetrachtungen (S. 298–303). Gesamtbetrachtungen seien – dem ist oh-

ne weiteres zuzustimmen – geradezu zwingend, wenn mehrere Akte einen Zweck verfolgen, logisch zusammenhängen. Des Weiteren fordert der Verfasser, allerdings ohne dies näher zu konkretisieren, ein zeitliches Moment, die verschiedenen Ungleichbehandlungen dürften „nicht abgeschlossen sein“. Was man sich hierunter vorzustellen hat, bleibt offen.

Die Arbeit schließt mit dem Bemühen um Konkretisierung der Voraussetzungen zulässiger Kompensation im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG (S. 303–329). Gemessen an den tiefgründigen Ausführungen zur allgemeinen Dogmatik von Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz fällt die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Kompensation im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG bemerkenswert kurz aus (S. 304–309). Im Ergebnis ist dem Verfasser in seiner Kritik an der Systemlosigkeit der Kompensationsrechtsprechung jedoch Recht zu geben. Obwohl das Bundesverfassungsgericht häufig mit ergebnisrelevanter Wirkung Kompensationsbetrachtungen anstellt, sind die Maßstäbe unklar. Kurze Erwähnung findet ferner die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (S. 309–311). Leider bleiben die Ausführungen zum Kohärenzprinzips, in dem der Verfasser lediglich eine Ausformung des Kompensationsgedankens sieht, an der Oberfläche, obwohl gerade die neue Figur der Vermeidung doppelter Vorteile – vom Gerichtshof effektiv eingesetzt in der richtungsweisenden Entscheidung in der Rechtssache Marks & Spencer – unter dem Gesichtspunkt der Kompensation nähere Betrachtung verdient hätte.

Im Rahmen seines eigenen Ansatzes (S. 319–329) wiederholt der Verfasser im Wesentlichen die bereits eingangs der Arbeit (§ 2) dargelegten Strukturüberlegungen. Auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG sei zwischen Kompensationslage und Kompensationszulässigkeit zu unterscheiden. Die Kompensationslage bestehe in der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, ohne dass sich hier Besonderheiten gegenüber der allgemeinen Feststellung einer Ungleichbehandlung ergäben. Aus der punktuellen Wirkung von Art. 3 Abs. 1 GG folgert der Verfasser die Notwendigkeit eines „inneren Funktionszusammenhangs“ zwischen Belastung und Begünstigung. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit von Personen- und Sachverhaltsidentität. Ferner müsse die Kompensation Ausdruck einer bewussten und gewollten Systemtrennung des Gesetzgebers sein. Sehr weitgehend ist die Folgerung, eine Kompensation durch einen anderen Normgeber scheidet schon deshalb aus, weil der andere Normgeber die Regelung jederzeit ändern könne. Auch ein nachträgliches Hinzutreten des Kompensationsmittels soll wegen mangelnder zeitlicher Identität keine zulässige Kompensation begründen. Dies ist zumindest ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der kompensierenden Begünstigung nicht zwingend, mag jedoch als Parallele zur Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG seine Berechtigung haben.

Ohne Zweifel trägt die Arbeit von Haller zur Dogmatik von Art. 3 Abs. 1 GG bei. Der Verfasser bleibt nicht an der Oberfläche, sondern gibt sich viel Mühe, seine Erkenntnisse zur Rechtsfigur der Kompensation gründlich zu fundieren. In schnörkelloser, stets auf Präzision bedachter Sprache gelingt es ihm dabei, die verschiedenen dogmatischen Stränge immer wieder aufzugreifen und zum Schluss zusammenzuführen, so dass es sich durchaus lohnt, bei der Lektüre der sehr weit ausgreifenden hinführenden Betrachtungen zu Verhältnismäßigkeitsprinzip und allgemeinem Gleichheitssatz Geduld aufzubringen. Etwas zu kurz kommt dabei jedoch der eigentliche Untersuchungsgegenstand der Kompensation im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG. Hier bleibt die Arbeit teilweise etwas blass. Insbesondere hätte man sich gewünscht, dass zumindest einzelne der zu Recht als unsystematisch kritisierten Judikate des Bundesverfassungsgerichts anhand des von Haller entwickelten eigenen Ansatzes exemplarisch durchgespielt werden. Auf diese Weise hätte sich der Leser ein besseres

Bild davon machen können, inwieweit es aufgrund des von Haller dargelegten Ansatzes zu Ergebnisverschiebungen kommt. Es bleibt damit abzuwarten, ob das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidungspraxis auf den – in der Sache durchaus überzeugenden – Ansatz Hallers zurückgreifen wird. Zu empfehlen ist die Lektüre der Arbeit in jedem Fall.

Johanna Hey, Köln

*Helg, Felix*, Die schweizerischen Landsgemeinden. Ihre staatsrechtliche Ausgestaltung in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Glarus, Nidwalden und Obwalden (Zürcher Studien öffentlichen Recht, 175). Zürich 2007, Schulthess Juristische Medien. 331 S.

*Felix Helg* arbeitet in seiner unter Betreuung von Tobias Jaag an der Universität Zürich entstandenen Dissertation erstmals die rechtlichen Grundlagen der Landsgemeinden im Wege einer vergleichenden Analyse auf. Die Landsgemeinden in der Schweiz bilden eine viel beachtete Eigentümlichkeit im schweizerischen Staatswesen. Dabei versammeln sich die Stimmberechtigten eines Kantons in der Regel einmal pro Jahr unter freiem Himmel, um durch offene Stimmabgabe Wahlen in die kantonalen Behörden vorzunehmen und vor allem über alle relativ wichtigen Sachgeschäfte in kantonalen Angelegenheiten zu beschließen (S. 51). Die Abstimmung erfolgt dabei durch Handerheben und in einem feierlichen Rahmen. Die Institution Landsgemeinde ist in den letzten Jahren großen Veränderungen ausgesetzt. Lediglich die Kantone Appenzell Innerrhoden und Glarus haben sie noch beibehalten, während sie in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden (1997), Nidwalden (1996) und Obwalden (1998) abgeschafft wurde (S. 24 ff.). Der Verfasser leistet einen wertvollen Beitrag zur rechtlichen Durchdringung der Landsgemeinden jenseits jeder volkswirtschaftlichen Betrachtung. Es gelingt ihm dabei in überzeugender Weise, die oft als archaisch empfundene und nicht nur im Ausland, sondern auch in der Schweiz belächelte Landsgemeindedemokratie auf eine rechtlich fundierte Basis zu stellen.

Die Überzeugungskraft der Arbeit dürfte ihren Ausgangspunkt bereits in der Überlegung finden, dass der Landsgemeinde kein institutioneller Charakter im Sinne einer gesonderten Behörde neben Parlament und Regierung, sondern eine organisatorische Natur, verstanden als staatsrechtliches Willensbildungsverfahren in einem offenen Versammlungssystem, zugeschrieben wird (S. 8 f.). Damit entzieht der Verfasser die Diskussion über die rechtliche Zulässigkeit und die rechtspolitische Wünschbarkeit einer oft oberflächlichen und von emotionalen Aversionen gegen die Landsgemeinde geprägten Diskussion. Er bereitet das Feld für die im Folgenden sehr differenziert und nüchtern am konkreten Einzelfall vorgenommene Untersuchung, die auch die tatsächlichen wirtschaftlichen und demographischen Verhältnisse in den fünf Landsgemeindekantonen der jüngeren Zeit nicht außer Acht lässt. Bereits hier werden markante faktische Unterschiede zwischen den Kantonen herausgestellt (S. 17 ff.), die das Argument, eine Versammlungsdemokratie sei von vornherein nur in kleinsten politischen Einheiten mit homogener Bevölkerungsstruktur praktikabel, entkräften.

Der Verfasser beschränkt seine Darstellung völlig zu Recht auf die rechtlichen Entwicklungen in den betreffenden Kantonen seit 1965 (S. 24 ff.), ein Zeitraum, in dem deren Verfassungen nach und nach total revidiert oder doch maßgeblich geändert wurden. Er enthält sich darüber hinaus jeder historischen Betrachtung, die schon häufiger geleistet wurde, insbesondere im Zusammenhang mit der Erforschung der Ursprünge der direktdemokratischen Institutionen in der Schweiz. Ein großes Ver-

dienst der Arbeit besteht darin, alle einschlägigen Rechtsvorschriften, die ja infolge der Abschaffung von drei Landsgemeinden kein geltendes Recht mehr darstellen, ermittelt sowie in Übersichten und Synopsen aufbereitet zu haben. Gleichzeitig erfolgt eine rechtliche Systematisierung aller Normen in verschiedenen Kapiteln nach Sach Gesichtspunkten wie der Zuständigkeit der verschiedenen Landsgemeinden für Wahlen, für die Rechtsetzung und für Verwaltungsgeschäfte sowie das Verfahren an der jeweiligen Landsgemeinde. Dabei arbeitet der Verfasser interessante Unterschiede hinsichtlich der Normierungsdichte zwischen den Ostschweizer Kantonen einerseits und den Innerschweizer Kantonen andererseits heraus (S. 45 f.). Überhaupt besticht die Dissertation durch ihre in jedem Kapitel vorgenommenen differenzierten Würdigungen. Nie neigt der Verfasser zu Übertreibungen oder Abwertungen der traditionellen Institution Landsgemeinde um ihrer selbst willen, stets erfolgt eine sorgfältige Abwägung aller Vorzüge und Nachteile.

Der Verfasser setzt sich durchgängig mit den von der Rechtslehre mitunter gegen die Landsgemeinde geltend gemachten Erwägungen auseinander. Ausführlich geht er auf die Einwände, die sich auf die beschränkte Teilnahmemöglichkeit der Stimmberechtigten, auf die offen durchgeführten Wahlen und Abstimmungen sowie die Ergebnisermittlung durch Abschätzung beziehen, ein (S. 81 ff.). Durchgreifende rechtliche Bedenken aus Gesichtspunkten des übergeordneten Rechts kann er dabei vollständig entkräften. Art. 25 lit. b des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II), der geheime Wahlen verlangt, steht der Landsgemeinde nicht entgegen, da die Schweiz hier einen entsprechenden Vorbehalt angebracht hat (S. 59 ff., 115 f.). Der ähnlich lautende Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (ZP EMRK) wurde von der Schweiz bisher nicht ratifiziert (S. 63 ff., 116 f.). Schwerwiegender sind die sich aus Art. 34 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) ergebenden Einwände, wonach die politischen Rechte gewährleistet sind und die Garantie der politischen Rechte die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe schützt. Insbesondere die naturgemäß mit vielen Unsicherheiten behaftete Ergebnisermittlung durch Abschätzung, wie sie etwa im Kanton Glarus ohne die Möglichkeit einer exakten Auszählung besteht, ist unter diesem Gesichtspunkt bedenklich. Der Verfasser stellt dabei in Rechnung, dass die Wahl- und Abstimmungsfreiheit mit ihren einzelnen, in der Rechtsprechung des Bundesgerichts entwickelten Elementen bei Landsgemeinden nicht vollumfänglich zur Anwendung kommen kann (S. 96). Dieses Kernproblem der Versammlungsdemokratie überwindet er jedoch mit Hilfe von zwei zutreffenden Argumenten. Zum einen wendet er bezüglich Abstimmungen an der Urne und solchen an der Landsgemeinde ein jeweils unterschiedliches Schutzniveau an (S. 121). Bezüglich Abstimmungen an der Landsgemeinde soll ein reduziertes Schutzniveau gelten, das den Besonderheiten des Versammlungssystems Rechnung trägt und diejenigen Gesichtspunkte der Garantie der politischen Rechte ausklammert, die von vornherein nicht mit einer versammlungsdemokratischen Wahrnehmung der politischen Rechte vereinbar sind. Zum anderen sind die Landsgemeindekantone aber einem Optimierungsgebot unterworfen, wonach sie das versammlungsdemokratische System stets zu hinterfragen und das Potenzial einer Effektivierung der politischen Rechte auszuloten haben (S. 123 ff.). Weiterführend sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen zur Ergebnisermittlung im Einzelnen (S. 201 ff.). Interessant ist die aufgrund der Auswertung aller Stimmenverhältnisse bei Auszählungen getroffene Feststellung, dass eine Abschätzung bei einem Unterschied zwischen Ja- und Nein-Stimmen von 8,4 Prozent und kleiner nicht mehr die Ermittlung eines zuverlässigen Wahl- oder Abstimmungsergebnisses gewährleistet (S. 216 f.).

Wie lebendig die Tradition der Landsgemeinde auch heute noch ist, zeigt die Tatsache, dass die Feststellung des Verfassers, wonach „von der in einigen Landsgemein-

## Inhalt

### Abhandlungen und Aufsätze

Volker Neumann, Theologie als staatsrechtswissenschaftliches Argument: Hans Kelsen und Carl Schmitt .....	163
Hinnerk Wißmann, Verfassungsrechtsprechung im Übergang. Die Judikatur des StGH zu Notverordnungsrecht und Diktaturgewalt 1925–1932 .....	187
Andreas Glaser, Die Studierfreiheit. Analyse eines ungeklärten „Grundrechts“ in historischer und europäischer Perspektive .....	213

### Berichte und Kritik

Reinhard Mehring, Der menschenrechtliche Einwand: Hasso Hofmanns Antwort an Carl Schmitt .....	241
Toru Mori, Die Geschichte des Begriffs „Schmähekritik“. Zur Wechselwirkung zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof .....	258

### Buchbesprechungen und Buchanzeigen

Bollmeyer, Heiko, Der steinige Weg zur Demokratie. Die Weimarer Nationalversammlung zwischen Kaiserreich und Republik (Walter Pauly) .....	277
Cornils, Matthias, Die Ausgestaltung der Grundrechte – Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers (Gabriele Britz) .....	279
Gärditz, Klaus Ferdinand, Weltrechtspflege. Eine Untersuchung über die Entgrenzung staatlicher Strafgewalt (Michael Pawlik) .....	283
Haller, Heiko Alexander, Die Verrechnung von Vor- und Nachteilen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG. Eine Untersuchung zur Kompensation von Grundrechtseingriffen (Johanna Hey) .....	286
Helg, Felix, Die schweizerischen Landgemeinden. Ihre staatsrechtliche Ausgestaltung in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden, Glarus, Nidwalden und Obwalden (Andreas Glaser) .....	290
Khan, Daniel-Erasmus, Die deutschen Staatsgrenzen (Michael Kilian) .....	293
Lenski, Sophie-Charlotte, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft (Helge Rossen-Stadtfeld) .....	295
Metz, Andreas, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa. Eine Untersuchung aus kompetenzrechtlicher Sicht – mit Erläuterungen zu den Außenkompetenzen nach dem Vertrag von Nizza (Wolfgang Dürner) .....	301
Müller, Jan-Werner, Ein gefährlicher Geist. Carl Schmitts Wirkung in Europa (Reinhard Mehring) .....	303

(Fortsetzung 4. Umschlagseite)

Reinthal, Angela / Mußnug, Reinhard / Mußnug, Dorothee (Hrsg.), Briefwechsel Ernst Forsthoﬀ – Carl Schmitt (1926–1974) (Gerd Roellecke) .....	305
Röben, Volker, Außenverfassungsrecht. Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates (Markus Heintzen) .....	307
Schmidt, Jörg, Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung über Grundlage, Gegenstand und Grenzen der parlamentarischen Kontrolle unter besonderer Berücksichtigung der ministerialfreien Räume und der Privatisierung (Christian Waldhoﬀ) .....	311
Teuber, Christian, Parlamentarische Informationsrechte. Eine Untersuchung an den Beispielen des Bundestages und des Landtages Nordrhein-Westfalen (Christian Waldhoﬀ) .....	311
Schoch, Friedrich, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87 d GG (Jürgen Jekewitz) .....	314
Schorkopf, Frank, Grundgesetz und Überstaatlichkeit (Christian Seiler) .....	317
Szente, Zoltán, Európai alkotmány- és parlamentarizmustörténet 1945–2005 (András Jakab) .....	319
Trapp, Rainer, Folter oder selbstverschuldete Rettungsbefragung? (Christian Starck) .....	320

### Anschriften der Mitarbeiter

- Dr. Andreas Glaser, Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Öffentliches Recht (Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M. A.), Universitätsstraße 30/B9, 95477 Bayreuth  
Andreas.Glaser@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. Reinhard Mehring, Pädagogische Hochschule Heidelberg, Institut für Gesellschaftswissenschaften, Im Neuenheimer Feld 581, 69120 Heidelberg  
mehring@ph-heidelberg.de
- Prof. Dr. Toru Mori, Kyoto University, Faculty of Law, Sakyo-ku, Kyoto, Kyoto-fu 606–801, Japan  
mouri@law.kyoto-u.ac.jp
- Prof. Dr. Volker Neumann, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Staatstheorie, Unter den Linden 6, 10099 Berlin  
neumann@rewi.hu-berlin.de
- PD Dr. Hinnerk Wißmann, Ludwig-Maximilians-Universität München, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Politik, Ludwigstraße 28/Rückgebäude, 80539 München  
hinnerk.wissmann@jura.uni-augsburg.de

### Berichtigte Anschriften

- Heft 4 / 2007: Dr. Stephan Bredt, Swinemünderstraße 126, 10435 Berlin  
StephanBredt@gmx.de
- Heft 1 / 2008: Prof. Dr. Jan Wiktor Tkaczynski, Lehrstuhl für Europastudien, Jagiellonen-Universität Krakau, Jodłowa 13, 30–252 Kraków, Polen  
jan.tkaczynski@wp.pl

Sonderdruck aus:

# DER STAAT

ZEITSCHRIFT FÜR STAATSLEHRE UND VERFASSUNGSGESCHICHTE,  
DEUTSCHES UND EUROPÄISCHES ÖFFENTLICHES RECHT

Herausgegeben von

Ernst-Wolfgang Böckenförde,  
Armin von Bogdandy, Winfried Brugger,  
Rolf Grawert, Johannes Kunisch, Christoph Möllers,  
Fritz Ossenbühl, Walter Pauly, Helmut Quaritsch,  
Barbara Stollberg-Rilinger, Andreas Voßkuhle, Rainer Wahl



47. Band 2008 Heft 2

DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

## DER STAAT

Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte,  
deutsches und europäisches öffentliches Recht

Gegründet von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Johannes Broermann, Gerhard Oestreich, Roman Schnur, Werner Weber, Hans J. Wolff.

Herausgegeben von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Freiburg / Armin von Bogdandy, Heidelberg / Winfried Brugger, Heidelberg / Rolf Grawert, Bochum / Johannes Kunisch, Köln / Christoph Möllers, Göttingen / Fritz Ossenbühl, Bonn / Walter Pauly, Jena / Helmut Quaritsch, Speyer / Barbara Stollberg-Rilinger, Münster / Andreas Voßkuhle, Freiburg / Rainer Wahl, Freiburg.

*Redaktion:* Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Im Neuenheimer Feld 535, 69120 Heidelberg / Prof. Dr. Winfried Brugger, Friedrich-Ebert-Anlage 6 - 10, 69117 Heidelberg / Prof. Dr. Walter Pauly, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena / Prof. Dr. Barbara Stollberg-Rilinger, Domplatz 20-22, 48143 Münster / Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, Platz der Alten Synagoge 1, 79085 Freiburg.

*Geschäftsführender Redakteur:* Prof. Dr. Christoph Möllers, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, E-mail: lehrstuhl.moellers@jura.uni-goettingen.de.

Alle Beiträge und Abbildungen in dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages. Dies gilt auch für Übertragungen in eine von Maschinen verwendbare Sprache.

Keine Haftung für unverlangt eingereichte Manuskripte; Rückgabe erfolgt nur, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Einreichung des Manuskripts stellt ein Angebot zur Übertragung des ausschließlichen Verlagsrechts für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts dar. Die Annahmeerklärung kann förmlich erfolgen bzw. implizit durch Abdruck des Manuskripts ausgesprochen werden. Das übertragene Verlagsrecht schließt auch die Befugnisse zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie zu weiteren Vervielfältigungen zu gewerblichen Zwecken in jedem möglichen Verfahren ein. Dem Autor verbleibt die Befugnis, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; ein eventuelles Honorar hieraus steht dem Autor zu.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich im Gesamtumfang von ca. 648 Seiten/Jahrgang. Beginnend mit Heft 1/2008 ist die Zeitschrift auch als Online-Ausgabe erhältlich. Der **Abonnementpreis (inkl. Online-Zugang)** beträgt jährlich € 168,- für Institutionen mit Online-Zugang für eine unbegrenzte Nutzerzahl, € 98,- für Privatpersonen und Institutionen mit einem personengebundenen Einzelzugang und € 60,- für Studenten. Einzelhefte (ohne Online-Zugang) kosten € 26,-. Alle Preisangaben sind unverbindliche Preisempfehlungen und verstehen sich zzgl. Versandkosten.

Bestellungen können über jede Buchhandlung oder direkt an den Verlag gerichtet werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresende erfolgen.

Einzelne Artikel werden unter [www.atypon-link.com/DH/loi/staa](http://www.atypon-link.com/DH/loi/staa) (ab Jg. 2008) zum Download angeboten.

Weitere Hinweise zur Zeitschrift (auch Inhaltsverzeichnisse ab 2003) finden Sie unter: [www.duncker-humblot.de/zeitschriften/staa](http://www.duncker-humblot.de/zeitschriften/staa)

Verlag Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9, 12165 Berlin  
Tel.: +49 (0)30/79 00 06 - 0, Fax: +49 (0)30/79 00 06 - 31  
[www.duncker-humblot.de](http://www.duncker-humblot.de)

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

ISSN 0038-884X (Print-Ausgabe)/ISSN 1865-5203 (Online-Ausgabe)