

Die “gleiche Freiheit” der europäischen Bürger in Italien und Deutschland

Jörg Luther*

1. Sprachliche Variationen

Das Thema “gleiche Freiheit” des deutsch-italienischen Verfassungskolloquiums in Erfurt kombiniert zwei gemeinsame Verfassungsprinzipien, die Europa sowohl der englischen als auch der französischen Revolution (Art. 1 der Erklärung von 1789) verdankt und die spätestens seit 1948 weltweit beanspruchte inhaltliche Kerne des modernen Konstitutionalismus sind.

Die europäische Grundrechtecharta hat beide durch Menschenwürde und Solidarität zu einer Quadriga von Grundprinzipien und Grundwerten ausgeformt, die zugleich eine Ergänzung und Auslegung der allgemeinen Rechtsgrundsätze gem. Art. 6 TUE bedeuten und insofern auch auf die Auslegung der entsprechenden nationalen Grundrechtsgarantien zurückwirken können.¹ Art. 2 des Reformvertrags von Lissabon hat schließlich Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als gemeinsam geachtete Grundwerte der Verfassungsstaaten der Union ausgezeichnet.

Die synthetische Formel “gleiche Freiheit” kann freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Frage nach dem rechtlichen Verhältnis von Freiheit “und” Gleichheit stets spannend war und ihre Maßstäbe ideell konkurrieren, reell auch kollidieren können. Das zeigt sich schon in ihrer Übersetzung. Da in der italienischen Sprache die Adjektive dem Substantiv vorangestellt oder nachgestellt werden können, lässt sich “gleiche Freiheit” zunächst einmal zweifach mit “*eguale libertà*” oder mit “*libertà eguale*” übersetzen. Die Bedeutung variiert nicht unwesentlich, denn im ersten Fall liegt der Akzent auf dem Substantiv, im zweiten Fall liegt er auf dem Adjektiv. “Gleiche Freiheit” gestattet zwar beides zu akzentuieren, aber schreibt Freiheit im Substantiv groß und Gleichheit im Adjektiv klein, was eine *prima-facie*-Rangordnung andeuten kann. Die umgekehrte Kombination “freie Gleichheit” bzw. “*libera eguaglianza*” oder “*eguaglianza libera*” würde dagegen eher ungewohnt, freilich nicht sinnlos klingen.

Schon diese sprachlichen Variationen zeigen, dass es gelegentlich mehr auf das Eine als auf das Andere ankommt, dass dem einen oder dem anderen Prinzip und Wert sowohl in individuellen als auch in kollektiven Entscheidungen größeres oder geringeres Gewicht gegeben werden kann.

* Professor Dr. *iur.*, Universität Piemonte Orientale.

¹ Vgl. A. v. B o g d a n d y, Europäische Prinzipienlehre, in: Europäisches Verfassungsrecht, Berlin 2003, 164.

In unserer Sprache selbst klingen bereits kulturelle und politische Zuschreibungen, Identitäten und Unterscheidungen an. Wie wir Gleichheit und Freiheit kombinieren, hängt mit unseren Erfahrungen und Ideen von "bürgerlicher Gesellschaft" und "demokratischem Staat" zusammen.² Deshalb mag es auch nicht verwundern, dass sich sogar die Rechts-Links-Beschreibung des parteipolitischen Raumes an der Gewichtung und Relation der beiden Grundbegriffe ausrichten lässt.³

Aus rechtlicher Sicht können und sollten wir uns allerdings darüber verständigen, dass auch derartig "ausgesprochene" Unterschiede in den Formulierungen eine Verständigung über den Umgang miteinander und mit diesen Grundprinzipien und -werten nicht hindern. Man mag verschiedener Meinung sein, ob sie in verfassungsrechtliche Regelwerke aufgenommen werden sollten. Wenn sie erst einmal explizierter oder implizierter Bestandteil von Verfassungen werden, stellt sich allerdings die Frage, ob diese eher eine strenge Wert- und Prinzipienhierarchie oder eine prinzipielle Gleichwertigkeit der Prinzipien intendieren und gesetzgeberische oder einzelfallbezogene Abwägungen gebieten oder erlauben. Gerade auch hinsichtlich der "Verfassung" der europäischen Union ist die Frage zu stellen, ob ihre Institutionen einen abstrakten Vorrang der *liberté* vor der *égalité* und der *fraternité* bedeuten. Auch die Grundrechtecharta von Nizza hat schließlich eine textliche Ordnung der Grundprinzipien und Grundwerte, in der die Freiheit vor der Gleichheit steht. Bedeutet diese Ordnung einen Vorrang oder Mehrwert? Gibt es hierzu einen gemeineuropäischen Verfassungskonsens?

Die nachfolgenden Gedanken gehen von der Beobachtung aus, dass die geschichtlich gewachsenen (2.) Verfassungstexte Italiens und Deutschlands zum Thema der Freiheit (3.) und der Gleichheit (4.) einige Gemeinsamkeiten, aber auch heute noch erhebliche Unterschiede speziell im Hinblick auf die Garantien der Menschenwürde und die Bedeutung des Grundrechtssystems aufweisen (5.). Diese Textunterschiede werden im europäischen Kontext durch Grundrechtsdialoge (6.) relativiert, aber in der fortbestehenden Vielfalt der Grundrechtskulturen (7.) nicht aufgehoben. Eine Verständigung zwischen diesen Kulturen erfordert ein liberales und republikanisches Verständnis der europäischen Bürgerschaft (8.) und ihrer Grundwerte Freiheit und Gleichheit, deren Verkopplung erst Politik im demokratischen Verfassungsstaat weiter möglich macht (9.).

² Zur notwendigen kulturellen Kontextualisierung vgl. nur R. Zippelius/G. Müller, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1988), 7 ff., speziell Müller: "Den Gleichheitssatz" gibt es nicht. (38).

³ N. Bobbio, *Destra e sinistra*, Rom 1994, 72 ff. unterscheidet auf der Grundlage eines Kriteriums materieller Gleichheit eine Gleichheit und Freiheit fordernde "linke Mitte" von einer Freiheit und Ungleichheit verteidigenden "rechten Mitte" und grenzt damit die Gleichheit und Autorität fordernden extremen Linken von der Ungleichheit und Autorität fordernden extremen Rechten ab. Vgl. auch zur antithetischen Beziehung von Liberalismus und Egalitarismus ders., *Eguaglianza e libertà*, Turin 1995, 36 ff.

2. Textstufenvorgeschichte

Mit der Methode der Textstufenbauanalyse lässt sich zunächst zeigen, dass der französische Einfluss, speziell der jakobinischen Ideen, in Italien früher und direkter als in Deutschland zu spüren war. Schon die erste italienische Verfassung von Bologna 1796 "erklärt" die Rechte auf Freiheit, Gleichheit, Sicherheit und Eigentum in ihrer ursprünglichen Reihenfolge:

"II. *La libertà civile consiste nel poter fare tutto ciò che non è vietato dalla legge.*" (Die bürgerliche Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was nicht vom Gesetz verboten ist.)

"III. *L'uguaglianza consiste in questo, che la legge è uguale per tutti o punisca o protegga. L'uguaglianza non riconosce alcuna distinzione di nascita, e non ammette alcuna autorità ereditaria.*" (Die Gleichheit besteht darin, dass das Gesetz für alle gleich ist, sei es, dass es bestraft, sei es, dass es beschützt. Die Gleichheit erkennt keinerlei Unterschied in der Geburt an und lässt keinerlei vererbte Autorität zu.)"

In der neapolitanischen Verfassung von 1799 wird dagegen wie in der Virginia Bill of Rights die Gleichheit vorangestellt und die Freiheit zusätzlich moralphilosophisch begründet:

"Art. 1 – *Tutti gli uomini sono eguali, ed in conseguenza tutti gli uomini hanno diritti eguali. Quindi la legge nelle pene e ne' premi, senza altra distinzione salvo quella delle qualità morali, deve tutti egualmente considerarli.*" (Alle Menschen sind gleich und folglich haben sie gleiche Rechte. Daher soll das Gesetz in den Strafen und Prämien alle gleichmäßig bedenken, ohne andere Unterscheidungen als solche der moralischen Qualitäten.)

"Art. 2 – *Ogni uomo ha dritto di conservare e migliorare il suo essere, e perciò tutte le sue facoltà fisiche e morali.*" (Jeder Mensch hat das Recht, sein Sein und folglich alle seine physischen und moralischen Fähigkeiten zu erhalten und zu verbessern.)

"Art. 3 – *Ogni uomo ha dritto di esercitare tutte le sue facoltà fisiche e morali, come più gli aggrada, colla sola limitazione di non impedir gli altri a far lo stesso né disorganizzare il corpo politico cui appartiene. Quindi la libertà, che è per appunto l'anzidetta facoltà di adoperare tutte le sue forze come gli piace, coll'enunciata limitazione, è il secondo dritto dell'uomo. Questa distrutta, è distrutto l'uomo morale, poiché le facoltà che non si possono esercitare, divengono nulle.*" (Jeder Mensch hat das Recht alle seine physischen und moralischen Fähigkeiten so auszuüben, wie es ihm am genehmsten ist, mit der alleinigen Schranke, die anderen nicht daran zu hindern, ebenso zu tun, und den politischen Körper zu zersetzen, dem er angehört. Daher ist die Freiheit, die vorgenannte Fähigkeit alle eigenen Kräfte nach eigenem Belieben einzusetzen, mit der angegebenen Einschränkung das zweite Menschenrecht. Ist sie zerstört, ist der sittliche Mensch zerstört, denn die Fähigkeiten, die nicht ausgeübt werden können, werden nichtig.)⁴

⁴ Daraufhin folgen die Meinungs- und die Willensfreiheit: Art. 4 – *La libertà di opinione è un diritto dell'uomo. La principale delle sue facoltà è la ragionatrice. Quindi ha il dritto di svilupparla in tutte*

Diese neue Reihenfolge von Gleichheit und Freiheit, die sich seit 1814 auch in den französischen Verfassungen, 1849 in der Paulskirchenverfassung und noch 1919 in der Weimarer Verfassung wieder findet, wurde in den späteren italienischen Verfassungstexten bis zum Statuto Albertino von 1848 beibehalten. Die demokratische Verfassung der römischen Republik von 1849 erklärte gar, dass das demokratische Regiment (*regime democratico*) Gleichheit, Freiheit und Brüderlichkeit zur Regel habe. Die Verfassung der Sozialen Republik von 1943 sprach dagegen nur noch von einer zu erwerbenden und zu bewahrenden kollektiven "Freiheit Italiens in der Welt" und einer "gerechten Verteilung" des Reichtums des Landes.

3. Freiheitsdispositive

Die Verfassungen Italiens von 1947 und Deutschlands von 1949 beziehen sich beide auf postautoritäre Konstellationen, reflektieren jedoch nicht unerhebliche Unterschiede in den kulturellen und sozialen Ausgangspositionen der beiden Länder am Ende des zweiten Weltkrieges.⁵

Beide Verfassungen stellen die Grundrechte zunächst auf eine menschenrechtliche Grundlage (Art. 2 itVerf, Art. 1 Abs. 2 GG). Die italienische Verfassung erklärt in ihren "Grundprinzipien", dass die Republik die unverletzlichen Rechte des Menschen "sei es als Person, sei es in den sozialen Gebilden (*formazioni*), in denen sich seine Persönlichkeit herausbildet (*svolge*)", anerkennt und garantiert. Das Grundgesetz statuiert dagegen eine allgemeine Handlungsfreiheit, deren Schutzbereichsbeschreibung ("freie Entfaltung der Persönlichkeit") wie eine Übersetzung der italienischen Formel klingt und deren dreifache Schrankenbestimmung auf die Textvorbilder der älteren Rechteerklärungen zurückgreift, was auch die Naturrechtsrenaissance der republikanischen Gründerjahre angeregt haben mag.

Roosevelt hatte schon 1941 gemahnt: "*We Americans are vitally concerned in your defense of freedom.*" Die italienische Verfassung hat allerdings ein stärkeres Gewicht auf die von ihm gepriesenen "sozialen" Freiheiten von Not und Angst ge-

le possibili forme; e però di nutrire tutte le opinioni che gli sembrano vere. (Die Meinungsfreiheit ist ein Menschenrecht. Die erste ihrer Fähigkeiten ist die Vernunft. Daher hat sie das Recht, sie in allen möglichen Formen zu entwickeln; und zwar alle Meinungen zu nähren, die ihr wahr erscheinen.) Art. 5 – *La libertà delle volizioni è la conseguenza del libero dritto di opinare. La sola limitazione della volontà sono le regole del vero che prescrive la ragione.* (Die Freiheit des Willens ist die Folge des freien Rechtes, zu meinen. Die einzige Schranke des Willens sind die von der Vernunft vorgeschriebenen Regeln des Wahren.)

⁵ Vergleiche aus italienischer Sicht finden sich z.B. bei P. Biscaretti di Ruffia, *Le scelte costituzionali fondamentali dell'Italia e della Germania nel 1947-49 considerate dopo un quarantennio di attuazione*, Riv. trim. dir. Pub. 1990, 3 ff.; G. Bognetti, *La rinascita di due democrazie: convergenze e divergenze nelle costituzioni italiana e tedesca*, in: G.E. Rusconi/H. Woller (Hrsg.), *Italia e Germania 1945-2000: la costruzione dell'Europa*, Bologna 2005, 259 ff. Aus deutscher Sicht nun K. Stern, *Die italienische und die deutsche Verfassung am Vorabend ihres 60-jährigen Jubiläums*, in: *Festschrift C. Starck*, Tübingen 2007, 1005 ff.

legt als das Grundgesetz mit seiner allgemeinen Freiheitsgarantie. Eine dem Gleichheitssatz nachfolgende allgemeine Freiheitsgarantie enthielt freilich die in der amerikanischen Besatzungszone entstandene hessische Verfassung von 1946 und die bremische Verfassung von 1947. Vor dem Gleichheitssatz und gleich nach der Menschenwürdegarantie hatte sie als "Handlungsfreiheit" auch in Art. 101 der bayerischen Verfassung von 1946 Einzug gehalten. Die aus der Bremer Verfassung entlehnte erste Formulierung des Herrenchiemsee Entwurfs ("Alle Menschen sind frei") war damals mit dem Argument kritisiert worden, es sei "für uns zurzeit nicht angemessen, einen solchen Satz auszusprechen, der nur in das Verfassungsprogramm eines mächtigen und zum Einsatz seiner Macht für die Befreiung des Menschen entschlossenen Staates passe".⁶ Das Kriegsende ließ wohl auch nicht die Wiederholung der Formulierung von 1776 zu, dass jeder sich seines Lebens und seiner Freiheit schlicht "erfreuen" solle. Der schon in die rheinland-pfälzische Verfassung von 1947 eingefügte Zusatz zur Bremer Formel ("freie Entfaltung seiner Persönlichkeit"), vermutlich von dem Katholiken Adolf Susterhenn vermittelt, war insofern wohl eher mit religiös inspirierten Ideen einer "geschöpften Freiheit" (Maritain,⁷ Guardini) verknüpft.

Die Formulierung des Art. 2 der italienischen Verfassung führte dazu, dass in der Lehre der "Personalismus" als Grundprinzip der Grundrechte anerkannt wurde, während man in Deutschland eine derartige Auszeichnung eines philosophisch besetzten Begriffs eher vermied. In Italien wurde die öffentlichrechtliche Freiheit traditionell nur als eine Gesamtwirkung der Institutionenordnung begriffen. In der Republik wurden im Plural der Freiheitsrechte Teile dieser Freiheit besonders garantiert und ihr Gesamtwert durch das Prinzip des sozialen Pluralismus neu bestimmt.⁸ In Deutschland wurde stattdessen ein allgemeines Freiheitsgrundrecht geschaffen, dessen Auslegung der Schrankentrias und des Schutzbereichs mit den Formeln "allgemeines Persönlichkeitsrecht" und "allgemeine Handlungsfreiheit" eine Synthese liberaler und sozialer Ideologien versuchte.

Sein praktischer Wert als "Auffanggrundrecht" hat sich bekanntlich vor allem in der Zivilrechtsprechung und im Verfassungsbeschwerdeverfahren erwiesen.⁹ Eine als "Freiheit von gesetzwidrigen Eingriffen" verstandene allgemeine Handlungsfreiheitsgarantie in der italienischen Verfassung hätte dagegen die traditionelle Unterscheidung von subjektiven Rechten und berechtigten Interessen (*interessi legittimi*)¹⁰ erschwert, auf der die traditionelle Abgrenzung von Zivil- und Verwal-

⁶ JöR 1 (1951), 54.

⁷ Von einer aus San Tommaso erneuerten "*libertà creata*" spricht J. Maritain, *Umanesimo integrale*, Rom 1946, 66.

⁸ P. Grossi, *I diritti di libertà nella costituzione italiana*, Rom 1978, 75 ff.; C. Morati, *Istituzioni di diritto pubblico*, ult. ed. Padua 1976, Bd. II, 1036; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Mailand 1967, 123 ff.; G. Lombardi, *Libertà (Diritto costituzionale)*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, Bd. IX, Turin 1963, 845 ff.

⁹ BVerfGE 6, 32 (26 ff.).

¹⁰ Das "berechtigte Interesse" ist nicht nur Rechtsschutzbedürfnis, sondern die zu verteidigende Rechtsposition. Zur Genealogie S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Turin 1989, 333 ff.

tungsgerichtsbarkeit (Art. 24 itVerf) und die in der Lehre dominierende Konzeption der inzidenten verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle als eines objektiven Rechtsschutzverfahrens beruht.

Das Fehlen eines allgemeinen Freiheitsrechts wurde auf verschiedenen Wegen teilweise kompensiert. Hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte erfüllte Art. 2 der italienischen Verfassung eine vergleichbare Auffangfunktion, soweit er als eine "offene" Verweisung auch auf solche Menschenrechte gelesen wurde, die außerhalb der Verfassung in der Rechtsordnung gesetzliche Anerkennung gefunden hatten.¹¹ In der Lehre wurde zudem angeboten, einerseits Art. 13 ("Die Freiheit der Person ist unverletzlich") im Sinne einer Freiheit zu selbst bestimmtem persönlichen Handeln, andererseits Art. 23 ("Persönliche Leistungen und Vermögensleistungen können nur aufgrund eines Gesetzes auferlegt werden") im Sinne einer Freiheit von solchen Leistungs-, Unterlassungs- und Duldungspflichten, die keine gesetzliche Grundlage haben, extensiv auszulegen.¹² Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Komponente¹³ der Handlungsfreiheit hatte besonders Art. 41 (Freiheit der wirtschaftlichen Initiative)¹⁴ bedacht, der die Entwicklung eines sozialistischen Wirtschaftssystems nicht von vornherein auszuschließen beabsichtigte und als Schranke der besonderen wirtschaftlichen Freiheit nicht nur die Menschenwürde, sondern auch die "soziale Nützlichkeit" anführte. Auch die Einsetzung einer allgemeinen "Freiheit" als besondere Schranke der Wirtschaftsfreiheit verführte die Lehre dazu, letztere als ein Freiheitsrecht minderen Ranges einzustufen und auch den Marktwettbewerb eher als objektives wirtschaftspolitisches Prinzip denn als Grundrechtskonkurrenz zu begreifen.¹⁵

Die Freiheitsdispositive der beiden Verfassungen divergieren somit vor allem in der Grundrechtssystematik und in der Schrankensystematik. Dem in Deutschland eher "negativen", staatszentrierten und marktwirtschaftsfreundlichen Freiheitsverständnis steht in Italien ein auch "positiv" um soziale und politische Grundrechte angereicherter und in seinen wirtschaftlichen Bezügen schwächerer Freiheitsbegriff gegenüber. Der Frage der Schrankensystematik der Freiheitsrechte hat sich die

¹¹ Hierzu A. Barbera, in: G. Branca (Hrsg.), *Commentario alla costituzione*, Bologna 1975, Art. 2, 66; G. Zagrebelsky, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle italienne*, *Revue internationale de droit comparé* XXXIII, 1981, 511 ff.; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, *Enciclopedia giuridica*, Bd. XI, Rom 1989, 10 ff.; F. Modugno, *I nuovi diritti nella Giurisprudenza costituzionale*, Turin 1995.

¹² G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale*, in: *Studi in memoria di F. Vassalli*, Turin 1960, Bd. II, 1629 ff.

¹³ Vgl. T. Nipperdey, *Freie Entfaltung der Persönlichkeit*, in: F.L. Neumann/H.C. Nipperdey/U. Scheuner, *Die Grundrechte*, 1954, 768 ff.

¹⁴ "Die private wirtschaftliche Initiative ist frei. Sie darf sich nicht im Gegensatz zum Gemeinnutzen entfalten oder der Sicherheit, Freiheit oder Menschenwürde schaden. Das Gesetz bestimmt die Programme und zweckmäßige Kontrollen, um die öffentliche und private Wirtschaftstätigkeit auf soziale Ziele auszurichten und zu koordinieren."

¹⁵ M. Luciani, *La produzione economica nel sistema costituzionale*, Padua 1983, 582 ff.; A. Pace, *Libertà del mercato e nel mercato*, *Politica del diritto* 1993, 257 ff.

Corte costituzionale schon in ihrem ersten Urteil mit einer philosophischen Wendung entzogen:

“Eine Regelung der Formen der Ausübung eines Rechtes zu dem Zweck, die Tätigkeit eines Individuums zur Verfolgung der eigenen Ziele mit der Verfolgung der Ziele der Anderen zu vereinbaren, wäre als solche keine Verletzung oder Verneinung des Rechts. Auch wenn man bedenken wollte, dass sich aus einer Ausübungsregelung indirekt eine gewisse Begrenzung (*limite*) des Rechts selbst ergeben könnte, so wäre doch daran zu erinnern, dass der Begriff der Begrenzung im Rechtsbegriff selbst eingesetzt ist und sich innerhalb der Rechtsordnung die verschiedenen Rechtssphären notwendigerweise gegenseitig begrenzen, um in einem geordneten zivilen Zusammenleben ko-existieren zu können.”¹⁶

Auf der anderen Seite kennt die italienische Verfassung auch nicht eine Freiheitsgrundrechtsverwirkung zum Schutz der “freiheitlichen demokratischen Grundordnung” und bewahrt nur die “republikanische Staatsform” vor Verfassungsänderungen.

4. Gleichheitsdispositive

Die italienische Verfassung unterscheidet sich vom deutschen Grundgesetz auch in ihrer Formulierung der Gleichheitsgarantien. Sie verknüpft zunächst den allgemeinen Gleichheitssatz in einem langen Satz mit einer Reihe von Diskriminierungsverboten, die mit Art. 3 Abs. 3 GG weitgehend übereinstimmen, aber mit einem allgemeiner gehaltenen Verbot von Unterscheidungen aufgrund “sozialer und persönlicher Bedingungen” enden. Lehre und Rechtsprechung¹⁷ haben hieraus auch einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz abgeleitet, dessen textliche Fixierung auf die “Bürger” (*cittadini*) erst durch einen Rückgriff auf die Menschenrechtsgarantiepflicht des Art. 2 (und Art. 10 Abs. 2) überwunden wurde. Die “*cittadinanza*” stellt insofern nur eine Differenzierungserlaubnis dar, aber Sonderregelungen für Ausländer bedürfen stets einer besonderen Rechtfertigung.¹⁸

Der Gleichheitssatz erfährt sodann durch Art. 3 Abs. 2 itVerf eine deutliche Materialisierung, die das Grundgesetz bewusst vermieden hat. Auch diese Divergenz, die durch eine eher zurückhaltende Anwendung in der Verfassungsrechtsprechung nur teilweise kompensiert wurde, hat im Wesentlichen entstehungsgeschichtliche Gründe. Während Deutschland die im Bismarck’schen Kaiserreich und in der Weimarer Republik angelegten Institutionen eines “sozialen Rechtsstaates” wieder

¹⁶ Urteil Nr. 1/1956: “*Una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l’attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto. E se pure si pensasse che dalla disciplina dell’esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell’ambito dell’ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell’ordinata convivenza civile.*”

¹⁷ Corte costituzionale Urteil Nr. 25/1966.

¹⁸ Urteil Nr. 120/1967.

aufbauen konnte, war in Italien die Republik nach dem spanischen Vorbild von 1931 neu auf "Arbeit" zu gründen und ihrer Demokratie die Verwirklichung materieller Gleichheit aufzugeben.¹⁹ In diesem Zusammenhang wurden Freiheit und Gleichheit zu gesellschaftspolitischen Staatszielen:

"Es ist Aufgabe der Republik, die Hindernisse wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Art zu beseitigen, die die Freiheit und Gleichheit der Bürger tatsächlich beschränken und die volle Entwicklung der menschlichen Person und die wirksame Teilhabe aller Arbeiter an der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Organisation des Landes hemmen."

(Art. 3, Abs. 2). Diese Vorschrift hat nicht nur Durchbrechungen der formalen Gleichheit und sog. "*azioni positive*" gerechtfertigt, sondern auch die verfassungsgerichtliche Auslegung der sozialen Grundrechte der Verfassung angeleitet, insbesondere eine Eliminierung verfassungswidriger Ungleichbehandlungen bei sozialen Grundrechten durch entsprechende gesetzesergänzende Verfassungsgerichtsurteile (*sentenze additive*) gerechtfertigt.²⁰

Die Unfreiheit und Ungleichheit des faschistischen Korporativismus sollte in Italien durch besondere Freiheitsrechte der Gewerkschaften (einschließlich Streik, Art. 39) und durch vielgestaltige soziale Grundrechte, z.B. auf geschützte Arbeit (Art. 4, 35 ff.), auf Rechtsbeistand (Art. 24 Abs. 3), Mutterschaftsschutz (Art. 31), Gesundheitsdienste (Art. 32), Schulbesuch (Art. 34), gerechte Entlohnung (Art. 36), soziale Hilfe und Vorsorge (Art. 38), überwunden werden.²¹ Damit verknüpfen sich auch die unter die einzelnen Freiheitsrechtsgarantien gestreuten besonderen Gleichheitsgarantien, z.B. der "moralischen und rechtlichen Parität der Ehegatten" (Art. 29 Abs. 2), der Gleichwertigkeit öffentlicher und staatlicher Schulbildung (Art. 33 Abs. 3), der Lohngleichheit der Geschlechter (Art. 37), der erst nach dem zweiten Weltkrieg realisierten Wahlrechtsgleichheit (Art. 48) und der durch eine Verfassungsreform betonten "Chancengleichheit" (*pari opportunità*) im Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 51).

Ein besonderes Gewicht hat die Gleichheit nicht zuletzt auch bei der Verteilung der Kompetenzen zwischen dem Staat und den Regionen erhalten. Der Staat hat insofern die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Festlegung der "wesentlichen Standards (*livelli essenziali*) solcher Leistungen, die die bürgerlichen und sozialen Grundrechte betreffen" (Art. 117 Abs 2 *lit. m*). Bei der Auslegung dieser neueren Vorschrift ist freilich unklar, ob es sich dabei um ein unabdingbares Mi-

¹⁹ Die Zurechnung der Gleichheit zum Rechtsstaatsprinzip betont daher auch P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, Heidelberg, 2. Aufl. 2000, § 124. In Italien L. Palain, Il principio costituzionale d'eguaglianza, Mailand 1962; divergierend C. Rossano, Neapel 1966.

²⁰ Grundlegend B. Caravita, Oltre l'eguaglianza formale, Padua 1984; A. Giorgis, La costituzionalizzazione di diritti all'eguaglianza sostanziale, Neapel 1999; A. D'Alòia, Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale, Padua 2002.

²¹ Zu ihrer verfassungsgerichtlichen Justiziabilität vgl. A. Baldassarre, Die sozialen Grundrechte in Italien, in: Festschrift W. Leisner, Berlin 2000, 485 ff.

nimum oder eine angemessene Grundausrüstung handelt, auf der die Regionen zusätzliche Leistungen aufsatteln können.²²

5. Menschenwürdegarantien und Grundrechtssystem

Die Konvergenzen und Divergenzen in den Konzeptionen von Freiheit und Gleichheit werden auch in der Thematisierung der Menschenwürde in beiden Verfassungen deutlich. Was in Deutschland als Befreiung aus nationalsozialistischer Unterdrückung und gewissermaßen als Vorwort zur allgemeinen Handlungsfreiheitsgarantie gedacht war, wurde in Italien als Erhebung aus materieller Misere verstanden und in einem Begriff der "gleichen sozialen Würde" (*pari dignità sociale*) ausgedrückt (Art. 3, Abs. 1). Sie sollte bei der Bemessung des Lohns dem Arbeiter "und seiner Familie eine freie und würdige (*dignitosa*) Existenz" sichern (Art. 36, Abs. 1) und – in Anlehnung an Art. 151 der Weimarer Reichsverfassung – der Ausübung der Freiheit der wirtschaftlichen Initiative (Art. 41 Abs. 2) eine unmittelbare Schranke ziehen. Eine biologische Komponente hat diese "Personenwürde" freilich auch insofern, als die Todesstrafe in Friedenszeiten verboten (Art. 27 Abs. 4), der "Respekt der menschlichen Person" auch bei Heilbehandlungen geboten (Art. 32 Satz 2) und "physische oder moralische Gewalt" auch bei Freiheitsentzug zu bestrafen sind (Art. 13 Abs. 4).

Die Charta von Nizza hat durch ihre Spezifizierung von mit der Menschenwürde enger verknüpften Grundrechten und durch ihre Systematik die unterschiedlichen Thematisierungen der Menschenwürde überbrückt und einen Ruhepunkt in den Spannungen von Gleichheit und Freiheit aufgezeigt. Das ermöglicht auch eine Verständigung der Interpreten dahingehend, dass die in der Charta aufgezeigte Ordnung der Grundwerte nur der Menschenwürde einen Mehrwert zuerkennt, nicht aber eine Rangordnung unter den übrigen Grundprinzipien und -werten aufstellt, zumal diese an die "unteilbaren" Menschenrechte gekoppelt sind.

Auch auf nationaler Ebene kann die Menschenwürdegarantie nur im Kontext des jeweiligen Grundrechtssystems verstanden und verbindlich werden.²³ Unterschiede zwischen Deutschland und Italien ergeben sich insofern schon daraus, dass die von der italienischen Verfassung "anerkannten" und garantierten Menschenrechte nicht explizit als "Grundrechte" ausgezeichnet werden. Als "fundamental" wird vor allem das soziale Recht auf Gesundheit qualifiziert, das nicht nur als grundlegend für die menschliche Person, sondern auch als ein "Interesse der Gemeinschaft" geschützt wird (Art. 32). Die in dem längeren ersten Teil der italienischen Verfassung enthaltenen Rechte garantieren die menschliche "Person" zuerst

²² Vgl. die Kommentierung zu Art. 3 co. 2 von A. G i o r g i s, in: R. Bifulco/A. Celotto/M. Olivetti, *Commentario alla costituzione*, Bd. I, Turin 2006, 101 ff.

²³ Vgl. K. S t e r n, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, in: *Handbuch des Staatsrechts* (Anm. 19), § 109. Vergleichend J. L u t h e r, *Ragionevolezza e dignità umana*, in: A. Cerri/O. Pfersmann (Hrsg.), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Rom 2007, 185 ff.

in ihren "zivilen Verhältnissen" (*rapporti civili*), sodann in ihren "ethisch-sozialen", "wirtschaftlichen" und "politischen Verhältnissen". Die "politischen" Rechte der Verfassung sind nicht lediglich "grundrechtsgleiche" Rechte, sondern prinzipiell gleichwertige und voll einklagbare Rechte, auch wenn der Rechtsschutz gegenüber Parlament und Regierung in Ermangelung der Verfassungsbeschwerde weniger effektiv ausfallen mag.

In diesem umfassender konzipierten System werden die italienischen Grundrechtsgarantien grundsätzlich als Rechte auf Abwehr nicht nur staatlicher "Eingriffe"²⁴, sondern auch privater Behinderungen verstanden. Die sog. Drittwirkung der Grundrechte ergibt sich grundsätzlich, unbeschadet restriktiver Auslegungen einzelner Grundrechtsbestimmungen, aus einer Interpretation der Art. 2 und 3 der italienischen Verfassung, die sich auf die Vorstaatlichkeit der "unverletzlichen Menschenrechte" und die in den Grundprinzipien und in den einzelnen Verfassungsbestimmungen intendierte Überwindung der alten liberalen Staatsform bezieht. Daraus folgt im Gegensatz zur deutschen Theorie der nur mittelbaren Drittwirkung eine unmittelbare Einklagbarkeit z.B. des Grundrechts auf Gesundheit und der Arbeitnehmerrechte, gemildert freilich durch die Befugnis des Gesetzgebers, auch ohne spezielle Ermächtigungen in besonderen Gesetzesvorbehalten die Ausübung selbst der Freiheitsgrundrechte zu regeln (sog. "*conformazione legislativa*"). Lediglich die allgemeinen Verfassungsprinzipien der Gleichheit und Freiheit entfalten eine nur mittelbare, ggf. durch besondere gesetzliche Vorschriften oder Generalklauseln vermittelte Drittwirkung gegenüber privaten Verträgen.²⁵ Die persönlichen Freiheitsrechte sind anders als die nur wirtschaftlichen Freiheitsrechte auch zivilrechtlich unverfügbar, ihre Verletzung ebenso wie diejenige der Freiheitsrechte eine zivilrechtliche Verantwortung auslösende, u.U. auch strafrechtliche Sanktionen rechtfertigende unerlaubte Handlung (*illecito*).

Entscheidend ist weiter, dass nicht nur die Gesetzgebung der Republik auf staatliche Herstellung von Freiheit und Gleichheit in der Gesellschaft programmiert ist. Die Verfassungsgarantien der Grundrechte der Personen und der sozialen Organisationen erschöpfen sich nicht in Schutzaufträgen an den Staat, sondern können sich gegebenenfalls auch direkt gegen die private gesellschaftliche Macht (z.B. eines Arbeitgebers, eines Medienunternehmens oder in gewerblichem Umfang Vermietungen betreibenden Eigentümers) richten.²⁶

Private Macht wird nicht nur durch das Zivilrecht "zivilisiert", sondern kann auch unmittelbar verfassungsrechtlichen Normierungen unterliegen. Das gilt in der italienischen Verfassung des Pluralismus besonders für die Konfessionen, die Gewerkschaften und die politischen Parteien. Wiederum fallen hier einige Unter-

²⁴ Die Suche nach einem vergleichbaren Begriff im italienischen öffentlichen Recht führt ins Leere, Übersetzungen greifen zu nicht im engeren Sinne rechtstechnischen Begriffen wie "*intervento*" (Einschreiten), "*incisione*" (Einschnitt), "*ingerenza*" (Einmischung) oder "*intromissione*" (Eindringen).

²⁵ Siehe die Hinweise in M. M a n e t t i, *La libertà eguale nella costituzione italiana*, Vortrag gehalten beim XIII Deutsch-Italienischen Verfassungskolloquium 2007.

²⁶ Grundlegend G. L o m b a r d i, *Poteri privati e diritti fondamentali*, Turin 1970, 94 ff. Zusammenfassend P. R i d o l a, in: ders./R. Nania, *I diritti costituzionali*, Turin 2001, Bd. I, 43 ff.

schiede zum Grundgesetz ins Auge, insbesondere hinsichtlich der Differenzierung der Rechtsstellung dieser "sozialen Gebilde" untereinander.

Zunächst einmal ist die gesonderte Behandlung der katholischen Religion zu beachten. Ihr wird in der Verfassung Unabhängigkeit und eine kulturelle Souveränität zuerkannt sowie die Wahrung der in den Lateranverträgen festgeschriebenen Privilegien garantiert (Art. 7). Die nichtkatholischen Konfessionen dürfen sich nur eigene Statuten geben, "soweit sie nicht der italienischen Rechtsordnung widersprechen", und eine gesetzliche Regelung ihrer Beziehungen zum Staat vereinbaren (Art. 8). Trotz dieser rechtsquellentechnischen Differenzierungen sollen jedoch alle Konfessionen "vor dem Gesetz gleichermaßen frei" sein (Art. 8), was in der Rechtsprechung schließlich als Verbot verstanden wurde, Unterscheidungen an die rein quantitative Verbreitung einer Religion zu knüpfen.²⁷

Hinsichtlich der Freiheit der Gewerkschaften (Art. 39) ist bemerkenswert, dass sie auch ohne Registrierung stärker als die Arbeitgeberverbände geschützt wurden, aber ihr Pluralismus mit einer Privilegierung der "repräsentativeren" großen Gewerkschaften einherging. Die von der Verfassung geforderte "demokratische Basis" als Gleichheits- und Freiheitsanspruch an ihre innere Ordnung erhielt keine besonderen gesetzlichen Garantien.

Letzteres gilt auch für die Betonung der "demokratischen Methode" der Parteien (Art. 49), der vor allem das verfassungskräftige Verbot der Reorganisation der faschistischen Einheitspartei diente, nicht aber ein Parteienverbotsverfahren zum Schutz der "freiheitlichen demokratischen Grundordnung". Für ihren kulturellen Wettbewerb speziell bei Wahlen hat der Gesetzgeber allerdings besondere Garantien der Chancengleichheit ("*par condicio*") geschaffen. Das Bundesverfassungsgericht hat dagegen die Parteien und ihre Vertretungen im Parlament sogar als Verfassungsorgane anerkannt, während das italienische Verfassungsprozessrecht ihnen eine Qualifikation als zum Streit berechtigte "Staatsgewalt" verwehrt.

6. Der europäische Grundrechte-Dialog zu den Diskriminierungsverboten

Deutschland und Italien haben an der Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 mitgeschrieben, sind Gründungsmitglieder der Europäischen Gemeinschaften und waren an der Vorbereitung und Ausarbeitung der Grundrechtecharta von Nizza maßgeblich beteiligt. Diese europäischen Rechtsquellen enthalten zusätzliche, z. T. auch völkerrechtlich begründete Diskriminierungsverbote hinsichtlich des Vermögens, der nationalen Herkunft bzw. Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit (Art. 14 EMRK), des Alters, der Behinderung und der sexuellen Orientierung (Art. 21 Grundrechte-Charta). Weder Deutschland noch Italien haben freilich bisher das 2005 in Kraft getretene 12. Zu-

²⁷ Urteile Nr. 925/1988 und 440/1995. Vgl. B. R a n d a z z o, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Mailand 2003.

satzprotokoll ratifiziert, das die Akzessorietät der Diskriminierungsverbote zu den übrigen Konventionsrechten aufhebt und erstmals einen allgemeinen Gleichheitssatz²⁸ oder genauer genommen ein verallgemeinertes Diskriminierungsverbot etabliert. Die neue Bestimmung beunruhigt nicht nur nationale Verfassungsrichter,²⁹ sondern vor allem die Gegner jeglicher Bindung auch nur von machtvollen Privatrechtssubjekten an das Diskriminierungsverbot.³⁰

Letztlich versucht der Europarat aber wohl nur mit der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts und speziell der Rechtsprechung des EuGH zu seinen allgemeinen Rechtsgrundsätzen Schritt zu halten.³¹ Diese Entwicklung hat in der Grundrechtecharta paradoxerweise zur Formulierung einer allgemeinen Personengleichheit "vor dem Gesetz" in einer Rechtsquellenordnung geführt, der der Reformvertrag gerade das nunmehr demokratische Markenzeichen "Gesetz" versagt. In der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 119 EGV (aF) besonders bedeutsam war dabei jedoch die Entwicklung des Begriffs der "indirekten Diskriminierung", durch die auch Elemente einer substantiellen Gleichheit Eingang in das Gemeinschaftsrecht fanden.³²

Liest man die europäischen Grundrechtstexte im gemeineuropäischen Verfassungskontext, so konvergiert der Vertrag von Amsterdam mit seinem Auftrag zur Beseitigung materieller Ungleichheiten (Art. 3.2 EG-V) und mit seiner Ermächtigung zu konkreten Antidiskriminierungspolitiken (Art. 13, 141 EG-V) deutlicher zur italienischen Verfassung. Aus europäischer Sicht konvergieren dagegen zur Gemeinschaftsgrundordnung sowohl die deutschen Grundgesetzreformen der Jahre 1994 (Art. 3) und 2000 (Art. 12 a) als auch die italienischen Verfassungsreformen der Jahre 2001 (Art. 117) und 2003 (Art. 51).

Die vielfältige Vernetzung dieser Reformen und der in den nationalen und europäischen Arenen ablaufenden Diskussionen und Streitigkeiten um die Diskriminierungsverbote wird vor allem an ihren gerichtlichen Vor- und Nachspielen, beispielsweise an den Urteilen *Tanja Kreil* und *Kalanke* deutlich.

Antonio La Pergola, Generalanwalt im Verfahren *Tanja Kreil* (Urteil v. 11.1.2000, Rs. 255/98), war bereits Berichterstatter jenes grundlegenden Urteils des

²⁸ Vgl. C. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., München 2007, 431 ff.

²⁹ V. Onida, L'eguaglianza e il principio di non discriminazione, in: S. Panunzio (Hrsg.), I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee, Padua 2007, 279 ff.

³⁰ Vgl. aus deutscher Sicht M. Jestaedt/G. Britz, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), 298 ff.

³¹ Aus italienischer Sicht G. Tesaro, Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario, Il Diritto dell'Unione europea 4 (1999), 2 ff.; F. Sorrentino, Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità Europee, Politica del diritto 2001, 179 ff.; F. Ghera, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario, Padua 2003; G. Braga, Il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo, in: S. Mangiameli (Hrsg.), L'ordinamento europeo: i principi dell'Unione, Mailand 2006, 299 ff.

³² Grundlegend Urteil vom 31.3.1981, Rs. 96/80, *Jenkins vs. Kingsgate*. Vgl. T. Loenen, Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution, in: T. Loenen/P.R. Rodrigues, Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, Den Haag 1999, 195 ff.

italienischen Verfassungsgerichtshofs (Nr. 170/1984), mit dem das Grundprinzip der Trennung und Koordination der nationalen und supranationalen Rechtsordnung verkündet und die unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts auf "Notwendigkeiten der Gleichheit und Gewissheit" (*esigenze di eguaglianza e certezza*) gegründet worden war. Nur der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts garantiere "Bedingungen der Gleichheit sowohl der Staaten als auch der Bürger" im gemeinsamen Markt.³³ Dieses in der Sicht des Berichterstatters föderalistisch gefärbte Konzept der Staaten- und Bürgergleichheit diene weniger der Vermarktung der Militärdienstleistung, eher als Vorspiel der "Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik (...), die zu einer gemeinsamen Verteidigung führen könnte, und so die Identität und Unabhängigkeit Europas zu stärken, um Frieden, Sicherheit und Fortschritt in Europa und in der Welt zu fördern" (Präambel des Reformvertrags).

Das Urteil *Kalanke*³⁴ erging einen Monat nach einem Urteil der Corte costituzionale, das eine Regelung für verfassungswidrig erklärt hatte, nach der auf den Kandidatenlisten für die Gemeinde- und Kreiswahlen kein Geschlecht mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit vertreten sein durfte (Urteil Nr. 422/1995).³⁵ Die Urteilsbegründung hatte hervorgehoben, dass Art. 3 Abs. 2 der Verfassung nur "*azioni positive*" wirtschaftlicher und sozialer Art rechtfertige, nicht aber einen Verstoß gegen die "absolute Gleichheit" der politischen Rechte, wobei "die zur Prüfung gestellten Maßnahmen sich in einem unheilbaren Widerspruch zu den Prinzipien der politischen Repräsentation stellen, auf deren System sich die pluralistische Demokratie gründet, wesentliches Kennzeichen und oberstes Prinzip unserer Republik".³⁶ Der Wink mit dem Zaunpfahl der Schranken einer Verfassungsänderung half freilich auch deswegen nicht, weil nach dem Amsterdam-Vertrag der EuGH mit dem Urteil *Badeck*³⁷ eine Öffnung für Quotenregelungen im Zugang zu befristeten öffentlichen Ämtern (in der Universität) signalisierte. Die dem französischen Modell der Verfassungsänderung von 1999³⁸ folgenden Verfassungsgesetze Nr. 2 und 3 des Jahres 2001 geboten den Regionen in ihren Wahlgesetzen Bedingungen der Gleichheit im Zugang zu den Wahlkonsultationen ("*condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali*"), auch mit dem Ziel einer ausgeglichenen Ver-

³³ "... che esso serve a stabilire e garantire condizioni di parità, sia degli Stati membri, sia dei loro cittadini, di fronte al modo come funziona la disciplina e la stessa organizzazione, del Mercato Comune."

³⁴ EuGH, Urteil vom 17.10.1995, Rs. 450/1993, Berichterstatter G. T e s a u r o .

³⁵ Berichterstatter A. B a l d a s s a r r e .

³⁶ "... misure quali quella in esame si pongono irrimediabilmente in contrasto con i principi che regolano la rappresentanza politica, quali si configurano in un sistema fondato sulla democrazia pluralistica, connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica."

³⁷ EuGH, Urteil vom 28.3.2000, Rs. 157/1997 (Prozessvertreter E. D e n n i n g e r).

³⁸ Art. 3 Abs. 5: "La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives". Vgl. zuvor die restriktiven Urteile vom 18.11.1982, Nr. 82/146 und 14.1.1999, Nr. 98/407. L. F a v o r e u, Principe d'égalité et représentation politique des femmes: la France et les exemples étrangers, in: Conseil d'Etat, Rapport public 1996 sur le principe d'égalité, Etudes et documents, Paris 1996, 395 ff.

tretung der Geschlechter (*“equilibrio della rappresentanza dei sessi”*) zu sichern. Noch drei Monate vor dem Inkrafttreten eines Zusatzes zur besonderen Gleichheitsgarantie des Art. 51 (*“Zu diesem Ziel fördert die Republik mit besonderen Maßnahmen die Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern.”*) entschied das Verfassungsgericht (Urteil Nr. 49/2003), dass die Nichtzulassung von reinen Männer- oder Frauenlisten im Wahlrecht der französischsprachigen Region Aostatal verfassungsmäßig sei. Eine Förderung der Ausgeglichenheit der Vertretungen sei nicht verboten, der Gesetzgeber habe dabei jedoch die Bürgerrechte, die Wahlfreiheit der Wähler, die Chancengleichheit der Listen und Kandidaten/innen und den gebotenen *“einheitlichen Charakter der gewählten Vertretung”* zu gewährleisten.³⁹

7. Differenzierte Grundrechtskulturen

Armin von Bogdandy hat einmal die Befürchtung geäußert, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot als *“Schwungräder”* der Grundrechtejudikatur des EuGH könnten ihre Kopplung an die Marktfreiheiten verlieren und langsam die nationalen Grundrechtskulturen zu einer *“Grundrechtsgemeinschaft”* zermahlen, wenn sie nicht an die Freizügigkeit angebunden werden.⁴⁰ Vergleichbare Befürchtungen, die Grundrechtecharta führe trotz ihres Art. 53 zu einer *“Verstrahlung”* der nationalen Grundrechtskultur, speziell zu einer Schwächung der sozialen Grundrechte, hatte in Italien beispielsweise auch der heutige Verfassungsrichter Ugo de Siervo geäußert.⁴¹

Wenn wir die europäischen Grundrechtskulturen als jene Sicherungen verstehen, ohne die weder die nationalen Gesellschaften, noch die europäische Gesellschaft eine Verfassung haben können (Art. 16 frMRErkl), dann kann *“Grundrechtspolitik”* nicht nur als gubernative Verfügung über die institutionellen Sicherungen, angefangen von der *“Erklärung”* der Rechte konzipiert werden. Auch die Petitionen von Freiheit und Gleichheit in der öffentlichen Meinung, speziell die Kultur des Grundrechtejournalismus oder die literarische Verarbeitung von Grundrechtsdilemmata, die Streitkultur der Bürger, die Verwaltungskultur der Behörden und der richterliche Umgang mit Grundrechten haben insofern Anspruch auf Gehör und Kritik.⁴²

Die Grundrechtskulturen reproduzieren sich zudem in der Gesetzgebungs- und Institutionenkultur. Hinsichtlich der Antidiskriminierungsgesetzgebung hat schon

³⁹ Vgl. G. Brunelli, *Divieto di discriminazioni e diritti di cittadinanza*, in: C. Calmieri (Hrsg.), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Turin 2006, 3 ff.

⁴⁰ A. v. Bogdandy/S. Bitter, *Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot*, in: *Europa und seine Verfassung*, Festschrift für M. Zuleeg, 2005, 309 ff.

⁴¹ U. De Siervo, *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani* (in Bezug auf die Grundrechtecharta), in: G. Zagrebelsky/S. Dellavalle/J. Luther (Hrsg.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Rom 2003, 258 ff.

⁴² Grundlegend P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein 1979, 88 ff.

Mark Bell rechtsvergleichend herausgearbeitet, welche verschiedenen Ansätze es in Europa gibt.⁴³ Abgesehen von solchen Ländern, die noch keine spezifischen Rechtsinstrumente gegen Diskriminierungen entwickelt haben, gibt es ein französisches Modell individueller Rechtsschutzmittel gegen manifeste Diskriminierungen, mit besonderer Aufmerksamkeit für den Diskriminierungsbegriff, effektiven Zugang zu Gericht, Beweislastregeln, Opferschutz usw. Damit konkurriert ein "Anglo-American"- Approach, der zur Schaffung detaillierter gesetzlicher Regelungen, besonderer unabhängiger Verwaltungsbehörden, kollektiver Rechtsschutzinstrumente und Positive-Actions neigt. Deutschland habe sich bis dato (2002) zurückhaltend eher am ersten, Italien vorsichtig eher am zweiten Modell orientiert.⁴⁴ Das deutsche "Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz" vom 14.8.2006 hat den Abstand zwischen beiden Modellen verringert, aber nicht aufgehoben.

Ein weiteres Beispiel für fortbestehende Differenzierungen ergibt sich aus den Erfahrungen der Verfassungsjustiz. Aus institutioneller Sicht ist hierzu zunächst festzustellen, dass die Institution der Verfassungsbeschwerde dem Bundesverfassungsgericht einen schnelleren Zugriff auf freiheits- und gleichheitswidrige Rechtsnormen ermöglicht, als die inzidente Normenkontrolle der Corte costituzionale, die insofern mehr mit dem Luxemburger als mit dem Straßburger Gerichtshof gemein hat. Zudem hat der Verfassungsrichter Valerio Onida aus italienischer Sicht darauf aufmerksam gemacht, dass es den europäischen Gerichten eher darauf ankommt, die einzelnen Diskriminierungsverbote durchzusetzen, während sich die Corte costituzionale auch um den Wert der Gleichheit im gesamten Rechtssystem sorgt, insbesondere um Diskriminierungen und Disharmonien als Folgen der eigenen Urteile zu vermeiden.⁴⁵ In der italienischen Verfassungsgerichtspraxis werden daher auch Fragen der Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz häufig der Prüfung besonderer Grundrechtsbestimmungen vorgezogen, vielleicht auch um eine zu weit gehende richterliche Festlegung der leistungsrechtlichen Aspekte speziell der sozialen Grundrechte zu vermeiden. Hierin könnte schließlich auch eine der Ursachen dafür liegen, dass der italienische Verfassungsgerichtshof lieber nach der "*ragionevolezza*" eines Gesetzes als nach der "Verhältnismäßigkeit" fragt. Überspitzt könnte man sagen, dass Verfassungsprobleme in Italien eher als Gleichheitsprobleme denn als Freiheitsprobleme abgearbeitet werden.

8. *Multiple Citizenship*

Mit den Diskriminierungsverboten kann Europa nicht nur versuchen, sein soziales Gewissen zu beruhigen, sondern auch seine Integrationspolitik voranzutrei-

⁴³ M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002, 145 ff.

⁴⁴ Vgl. z.B. zur Ausländerdiskriminierung Art. 42 Gesetzesdekret Nr. 40/1988, der eine besondere zivilrechtliche Schadensersatzklage einführt und im Falle einer Verurteilung eines Unternehmens bestimmt, dass an es vergebene öffentliche Aufträge widerrufen werden und es, in schweren Fällen, für die Dauer von zwei Jahren von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen bleibt.

⁴⁵ Onida (Anm. 29), 284 ff.

ben. Die Unionsbürgerschaft bietet insofern Freizügigkeit und räumlich erweiterte Freiheit und Gleichheit, freilich nicht kostenlos. Solidarität wird mindestens moralisch erwartet, eine zivile (und in Zukunft wohl auch militärische) Verteidigung der Freiheit und Gleichheit der anderen Unionsbürger gefordert. Die Diskriminierungsverbote sind insofern auch Seismographen der Stabilität der Unionsgrundordnung. Die jüngsten römischen Erfahrungen mit der sprunghaft angestiegenen Zuwanderung von Rumänen und "Rom" zeigen ebenso wie zuvor die Diskussion um den Beitritt der Türkei zur Union, dass die Osterweiterung Europas insofern neue Integrationsprobleme gestellt und die auch in Westeuropa bereits bearbeiteten Probleme verschärft hat.

Republikanisch gedacht sind Diskriminierungen Ungleich- oder Gleichbehandlungen, deren einseitig benachteiligende Wirkungen von den Bürgern als willkürlich, unverhältnismäßig oder schlicht unvernünftig (*irragionevole*) erfahren werden. Sie können als Akte der Ausgrenzung aus Gemeinschaften oder auch nur als solche der Reproduktion und Konsolidierung gesellschaftlicher Ungerechtigkeiten dargestellt und mit kulturellen und rechtlichen Mitteln angegangen werden. Wenn Migration Diskriminierung erzeugt, rücken auch die verbleibenden, aber abnehmenden nationalen Unterschiede im Umgang mit der Staatsbürgerschaft und in der Ausländergesetzgebung in den Blick.⁴⁶

Der Erwerb einer doppelten Bindung, beispielsweise der italienischen "*cittadinanza*" und der deutschen Staatsangehörigkeit, war bis 2005 nur nach italienischem, nicht aber nach deutschem Recht möglich und wird in Deutschland auch nur für die Unionsbürger "hingenommen". Die multinationale Unionsbürgerschaft hat eine neue Form europäischer Mehrfachstaatsangehörigkeit, jedenfalls bei effektiven doppelten Bindungen legitimiert.

Das italienische Ausländerrecht hat einerseits versucht, soweit wie möglich Diskriminierungen zulasten von Nicht-EU-Bürgern auszuräumen und Statusdifferenzen zu beseitigen. Art. 2 des "Testo Unico der Bestimmungen zur Regelung der Einwanderung und der Normen zum Status des Ausländers" garantiert Letzteren grundsätzlich sämtliche Grundrechte der menschlichen Person, alle bürgerlichen Rechte, volle arbeitsrechtliche Gleichstellung, Teilnahme am örtlichen öffentlichen Leben und volle Gleichstellung im Rechtsschutz und in den Beziehungen zur öffentlichen Verwaltung, einschließlich des Zugangs zu öffentlichen Dienstleistungen.⁴⁷ Dasselbe Gesetz gebietet freilich auch die Ausweisung bei unberechtigtem Aufenthalt und zu ihrer sofortigen Vollziehung grundsätzlich eine – anders als bei der deutschen Abschiebehaft – nicht richterlich angeordnete Unterbringung in einem "Zentrum für vorübergehendes Verbleiben und Hilfe" ("*centro temporaneo di permanenza ed assistenza*") (Art. 12, 14).⁴⁸

⁴⁶ Richtungweisend P. Häberle, Europäische Verfassungslehre, Baden Baden, 4.Aufl. 2006, 357 ff.

⁴⁷ Gesetzesdekret vom 25.7.1998, Nr. 286.

⁴⁸ Grundsätzlich als verfassungsmäßig beurteilt vom Corte costituzionale Urteil Nr. 105/2001.

Die Voraussetzungen für die Antragseinbürgerung in Italien sind zuletzt nicht durch ein Gesetz sondern durch einen Erlass des Innenministers Giuliano Amato geregelt worden, in dem es heißt:

“Der Einwanderer kann zu den vom Gesetz vorgesehenen Bedingungen italienischer Bürger werden. Um die Bürgerschaft in den vom Gesetz bestimmten Fristen zu erhalten, hat er die italienische Sprache und die wesentlichen Elemente der nationalen Geschichte und Kultur zu kennen und die Prinzipien zu teilen, die unsere Gesellschaft regeln. Auf derselben Erde zu leben, bedeutet in vollem Sinne gemeinsam Bürger sein zu können und sich mit Loyalität und Kohärenz Werte und gemeinsame Verantwortung anzueignen.”⁴⁹

Durch Europa inspiriert nähert sich Italien hier nicht nur dem französischen Modell des Einwanderungsvertrags, sondern auch dem reformierten § 10 Abs. 1 StAG. Distanz bleibt aber zur Idee einer besonderen, das Gewissen in Anspruch nehmenden Bekenntnispflicht zu den Grundprinzipien der Verfassung ebenso wie von einer Vereidigung auf die Fahne, die auch von eingeborenen Bürgern nur bei der Übernahme öffentlicher Ämter verlangt werden kann.

Der in dem Erlass anklingende Begriff einer Zivilbürgerschaft (*civic citizenship*), von der EU-Kommission bereits im Jahre 2000 lanciert,⁵⁰ ist bereits in einer Entscheidung der italienischen Corte costituzionale aus dem Jahr 1999 antizipiert worden. Sie hatte die Einbeziehung der Staatenlosen (*apolide*) in die Wehrpflicht damit begründet, sie seien “als Teilnehmer einer Gemeinschaft von Rechten zu betrachten, eine Teilnahme, die durchaus die Unterstellung unter Pflichten zu ihrer Verteidigung zu rechtfertigen vermag. Diese Gemeinschaft in Rechten und Pflichten ist weiter und umfassender als die auf die Staatsbürgerschaft im engeren Sinn (*cittadinanza*) gegründete Gemeinschaft; sie nimmt auf und vereint all jene, die quasi in einer zweiten Bürgerschaft (*cittadinanza*), Rechte empfangen und dafür Pflichten übernehmen, wie sich aus Art. 2 der Verfassung ergibt, der von unveräußerlichen Menschenrechten und der Erfüllung der entsprechenden Solidaritätspflichten spricht und genau betrachtet auf die enge Bindung der Staatsbürgerschaft ganz verzichtet.”⁵¹

Wohin diese Entwicklungen gehen, bleibt abzuwarten. Eine entscheidende Bedeutung hat jedenfalls aus italienischer Sicht der Streit um die Ausweitung des kommunalen Ausländerwahlrechts, auch zum Vollzug von Art. 6 des Straßburger Übereinkommens über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentli-

⁴⁹ Ministerialdekret vom 23. April 2007, Charta der Werte der Staatsbürgerschaft und Integration (Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione), G.U. 15 Juni 2007, Nr. 137: “*L'immigrato può, alle condizioni previste dalla legge, diventare cittadino italiano. Per ottenere la cittadinanza nei tempi previsti dalla legge occorre conoscere la lingua italiana e gli elementi essenziali della storia e della cultura nazionali, e condividere i principi che regolano la nostra società. Vivere sulla stessa terra vuol dire poter essere pienamente cittadini insieme e far propri con lealtà e coerenza valori e responsabilità comuni.*”

⁵⁰ COM (2000) 757; (2003) 336. Nach dem European Civic Citizenship and Inclusion Index 2004 der Migration Policy Group lag Italien bei den Kriterien Labour Market Inclusion, Anti-discrimination und Nationality, Deutschland bei Long-Term-Residence und Family Reunion vorne.

⁵¹ Urteil Nr. 172/1999.

chen Leben vom 5.2.1992, das Frankreich und Deutschland anders als das Vereinigte Königreich auch wegen der abschlägigen Urteile des Bundesverfassungsgerichts nicht unterzeichnet haben. Die politische Freiheit und Gleichheit der Einwanderer bleibt auch ein europäisches Problem.

9. Gleiche Freiheit und freie Gleichheit

Diese Skizze der Konvergenzen und Divergenzen zwischen italienischem und deutschem Recht mag genügen, um zu zeigen, wie spannend das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit in Europa bleibt und wie um seine Gestaltung liberale mit republikanischen Konzepten konkurrieren. Der Europäische Bürger kann diese Spannung und Konkurrenz ertragen, auch ohne seine Verfassungen und den Reformvertrag wie einen Katechismus lesen zu müssen. Die Verfassung relativiert Freiheit und Gleichheit, auch ohne eine Zivilreligion des Relativismus zu erwarten. Als Zivilbürger soll er seine kulturellen und politischen Akzente gleichermaßen frei setzen können, als Staatsbürger darf er sich aber weder der Gleichheit noch der Freiheit selbst entäußern. Daher darf er aber auch von der Union seiner Staaten keine Einseitigkeit beanspruchen. Kein Grundprinzip ist so radikal und ausschließlich zu verwirklichen, dass die anderen "vergewaltigt" (*forzature*) oder ihnen evidenten Unrecht angetan werden darf.

In diesem Sinne gebietet die europäische Verfassungsstaatlichkeit, das Recht der Bürger von den extremen Ideologien eines totalen "Egalitarismus" ("alle sind oder seien in allem gleich"), oder "Liberismus" ("alle sind oder seien in allem frei"), ebenso wie von ihren zumeist reaktionären Gegenteilen eines totalen "Disegalitarismus" ("alle sind oder seien ungleich") und "Autoritarismus" ("alle sind oder seien in allem durch Gebote oder Verbote gesteuert") gleichermaßen zu distanzieren. Gerade auch die Unrechtserfahrungen des Totalitarismus lehren Europa, dass Gleichheit nicht ohne private Differenzierungsfreiheit, Freiheit nicht ohne öffentliche Diskriminierungsverbote und Gleichstellungsgebote zu haben ist. Gleiche Freiheit und freie Gleichheit sind nicht Synonyme, sondern abstrakt gehaltene Kopplungsformeln, die unseren gemeinschaftlichen Umgang mit diesen Prinzipien und ihre Verwirklichung möglich und unsere nationalen und supranationalen Gesellschaften erträglich machen.

Das Verbot, Freiheit oder Gleichheit zu vereinseitigen und im Namen des einen Prinzips zynisch die Minimierung des anderen zu betreiben, bedeutet freilich nicht, dem Bürger bei seinen öffentlichen Entscheidungen ständig Abwägung und Mäßigung oder gar Optimierungskalküle zuzumuten. Er hat nur den Fortbestand der Verfassung und des durch sie ermöglichten Zusammenhalts zu verantworten, kann das Auswiegen und Maßhalten der Politik und den Institutionen überlassen. Diese Konzeption lässt daher auch dem demokratischen Gesetzgeber politische Freiheit, verbietet ihm aber evident ungerechte Ungleichgewichtungen oder Freiheitsbeschränkungen. Ausgewogene Gleichheit vor dem Gesetz ist gleichzeitig eine Verwaltungsaufgabe und eine Anweisung an die Institutionen der *Justitia*, das

Schwert erst nach der Waage zu gebrauchen. Dieses bewusst nur noch schwach konzipierte, von religiösen Flammen und revolutionären Hoffnungen oder Ängsten gleichermaßen distanzierte Gerechtigkeitsideal des europäischen Verfassungsstaates verweist auf ein umfassenderes, kaum fassbares "*aequilibrium*", das nur sozialer Pluralismus und geschichtliche Offenheit ermöglichen.

ZaöRV 68 (2008)