

Epping Grundrechte

7. Auflage

Artikel 12 GG

(1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

Artikel 93 GG

.....
4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein;

EXTRAS ONLINE



Springer

Volker Epping

Grundrechte

7. Auflage

In Zusammenarbeit mit Sebastian Lenz und
Philipp Leydecker



Springer

Volker Epping
Juristische Fakultät
Gottfried Wilhelm Leibniz
Universität Hannover
Hannover, Deutschland

Zusätzliches Material zum Buch finden Sie unter <http://extras.springer.com/2017/978-3-662-54105-0>

ISSN 0937-7433

Springer-Lehrbuch

ISBN 978-3-662-54105-0

ISBN 978-3-662-54106-7 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-662-54106-7

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

© Springer-Verlag GmbH Deutschland 2004, 2005, 2007, 2010, 2012, 2015, 2017

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer ist Teil von Springer Nature

Die eingetragene Gesellschaft ist Springer-Verlag GmbH Deutschland

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Vorwort zur 7. Auflage

Für den großen Zuspruch, den unser Buch auch in sechster Auflage erfahren hat, bedanken wir uns sehr herzlich. Die vorliegende Neuauflage lässt die integrierte Konzeption des Buches ebenso unverändert bestehen wie den mittlerweile bewährten Einstieg mit Art. 8 GG. Aus unserer Sicht eignet sich gerade Art. 8 GG als vom Schutzbereich her anschauliches Grundrecht, um die generelle Struktur der Abwehrrechte, insbesondere die Schrankenproblematik, exemplarisch zu erläutern. Ähnliches gilt für den unmittelbar folgenden Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, in dessen Rahmen die leistungsrechtliche Seite der Grundrechte eingeführt wird.

Die Neuauflage berücksichtigt Neuerungen in Rechtsprechung und Literatur bis Februar 2017. Überarbeitet wurden insbesondere die Kapitel zum Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, zur Verfassungsbeschwerde sowie zum Europäischen Grundrechtsschutz.

Bedanken möchten wir uns erneut bei den zahlreichen Leserinnen und Lesern, die uns Berichtigungen und Hinweise übersandt haben. Danken möchten wir auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Leibniz Universität Hannover, namentlich Herrn Frederik Becker, Herrn Roni Deger, Frau Greetje Grove, Frau Karoline Haake und Herrn Dennis Peters.

Zum Schluss: Bitte schreiben Sie uns, wenn Sie Verbesserungs- oder Ergänzungsvorschläge haben. Sie tragen damit zur weiteren Verbesserung des Buches entscheidend bei.

Hannover/Hamburg im Februar 2017

Volker Epping
Sebastian Lenz
Philipp Leydecker

Vorwort zur 1. Auflage

Die Grundrechte haben eine zentrale Bedeutung für alle Bereiche des Rechts. Ein fundiertes Verständnis der systematischen Zusammenhänge dieser Materie ist deshalb nicht nur zur Bewältigung reiner Grundrechtsklausuren unerlässlich. Zu diesem Verständnis möchte das vorliegende Werk einen Beitrag leisten. Hervorgegangen ist das Lehrbuch aus einem Vorlesungsskript, das sich – wie das vorliegende Lehrbuch nun auch – nicht nur an den Bedürfnissen von Studienanfängern, sondern auch an denen von Examenskandidaten orientierte.

Das Lehrbuch verfolgt ein integriertes Konzept, d. h. die allgemeinen Grundrechtslehren werden den einzelnen Grundrechten nicht vorangestellt, sondern werden sukzessive in die prüfungsorientierte Darstellung der einzelnen Grundrechte eingebunden. So werden abstrakte Erörterungen vermieden und die Probleme in den Kontext gestellt, in dem sie üblicherweise relevant werden. Um gleichwohl einen zentralen Zugriff auf die allgemeinen Lehren zu erlauben, ist dem Inhaltsverzeichnis ein Verzeichnis der allgemeinen Lehren beigelegt, das einen ebenso direkten wie schnellen Zugriff ähnlich den herkömmlich aufgebauten Lehrbüchern ermöglicht. Weiterhin zeichnet sich das Werk dadurch aus, dass es sich streng am Prüfungsaufbau orientiert, eine Vielzahl von Schaubildern und Prüfungshinweisen ebenso wie ausgewählte Zitate aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Wortlaut enthält.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht bei der Entwicklung der Grundrechte eine zentrale Stellung eingenommen hat, sollen auch kritische Stimmen aus der Literatur nicht zu kurz kommen. Erst das Hinterfragen gängiger Ansichten führt jenseits des Auswendiglernens von Meinungen zu einem wirklichen Verstehen. Trotz der deshalb unumgänglichen dogmatischen Tiefe haben wir stets Wert darauf gelegt, die bedeutsame studentische Frage: „Wie bringe ich es in einer Klausur?“ nach Möglichkeit zu beantworten.

Das vorliegende Lehr- und Lernbuch ist schließlich auch als Übungsbuch konzipiert. Zu den zentralen Problembereichen enthält das Buch insgesamt 28 Klausuren, die sich im Niveau zwischen einer Anfängerklausur und einer Examensklausur bewegen. Die Fälle basieren zum Teil auf Klassikern des Bundesverfassungsgerichts, die jeder Studierende kennen sollte. Wollte man diese Fälle auch nur mit stichwort-

artigen Lösungen versehen, hätte dies den Umfang des Buches deutlich gesprengt. Daher haben wir uns entschlossen, die Lösungen der Fälle auf der Homepage des Springer-Verlages zugänglich zu machen. Dadurch haben wir zugleich die Möglichkeit zur ständigen Aktualisierung.

An diesem Lehrbuch haben mit großem Engagement die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Lehrgebietes für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Hannover mitgewirkt. Ohne die Mithilfe von Martin Böhnke, Erik Breves, Monika Bruss, Kathrin Mellech, Frauke Patzke, Alexander Schmiegel, Simone Staeglich und Julia Stock hätten wir das Buch nicht in der Zeit und in der vorliegenden Form fertig stellen können. Hierfür bedanken wir uns ganz herzlich.

Noch eines: Kein Werk ist perfekt. Bitte schreiben Sie uns, wenn sich Ungenauigkeiten oder Fehler eingeschlichen haben sollten oder wenn Sie Verbesserung- oder Ergänzungsvorschläge haben.

Hannover im August 2003

Volker Epping
Sebastian Lenz
Philipp Leydecker

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der allgemeinen Grundrechtslehren	XVI
Bibliographie und Recherche	XIX
Kapitel 1: Geschichte, Funktionen und Quellen der Grundrechte	1
I. Geschichtliche Entwicklung	1
II. Arten, Dimensionen und Funktionen der Grundrechte	4
1. Arten	4
2. Objektiv-rechtliche und subjektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte	4
3. Funktionen der Grundrechte	5
III. Quellen	9
Kapitel 2: Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)	11
I. Hintergrund	12
II. Versammlungsfreiheit unter freiem Himmel (Art. 8 Abs. 1, 2 GG)	12
1. Grundrechtsprüfung – „Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung“	13
2. Schutzbereich der Versammlungsfreiheit	14
3. Eingriffe	19
4. Rechtfertigung von Eingriffen	19
5. „Verfassungskonforme Auslegung“: Eil- und Spontanversammlungen	30
III. Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG)	32
IV. Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG)	33
V. Versammlungsfreiheit in geschlossenen Räumen (Art. 8 Abs. 1 GG)	34
1. Schutzbereich und Eingriff	35
2. Rechtfertigung von Eingriffen: „kollidierendes Verfassungsrecht“	35

Kapitel 3: Leben / Körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)	49
I. Hintergrund	50
II. Schutzbereich	50
1. Sachlicher Schutzbereich: Leben	51
2. Sachlicher Schutzbereich: Körperliche Unversehrtheit	53
3. Persönlicher Schutzbereich	53
III. Eingriffe	54
1. Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	54
2. Grundrechtsverzicht durch Einwilligung	54
IV. Rechtfertigung von Eingriffen	56
1. Schranken	56
2. Schranken-Schranken	56
V. Staatliche Schutzpflichten und Schutzrechte	58
1. Begründung staatlicher Schutzpflichten	59
2. Erfüllung von Schutzpflichten und verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab	61
3. Einzelfälle	65
4. Adressaten der Schutzpflicht	68
5. Objektive Schutzpflicht und subjektives Schutzrecht	68
6. Schutzrechte als Beispiele für Leistungsrechte in der Fallbearbeitung	70
Kapitel 4: Die Verfassungsbeschwerde im Überblick	73
I. Hintergrund	73
II. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde	75
1. Zuständigkeit des BVerfG	76
2. Beteiligtenfähigkeit	76
3. Prozess- und Postulationsfähigkeit	84
4. Beschwerdegegenstand	85
5. Beschwerdebefugnis	87
6. Erschöpfung des Rechtswegs und Grundsatz der Subsidiarität	91
7. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	96
8. Ordnungsgemäßer Antrag	97
9. Frist	99
III. Das Annahmeverfahren gemäß §§ 93a ff. BVerfGG	99
IV. Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde	100
V. Aufbaueschema: Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde	102
Kapitel 5: Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 Abs. 1, 2 GG)	103
I. Hintergrund	103
II. Schutzbereich	104
1. Persönliche Schutzbereiche	104
2. Sachliche Schutzbereiche	104
III. Eingriffe	118
IV. Rechtfertigung von Eingriffen	118

1. Die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG	118
2. Schranken-Schranken: die Wechselwirkungslehre	123
3. Zensurverbot	127
V. Grundrechtskonkurrenzen	128
Kapitel 6: Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)	133
I. Hintergrund	133
II. Schutzbereich der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG)	134
1. Persönlicher Schutzbereich	135
2. Sachlicher Schutzbereich	135
III. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG)	138
1. Persönlicher Schutzbereich	138
2. Sachlicher Schutzbereich	139
IV. Eingriffe	141
V. Rechtfertigung von Eingriffen	141
VI. Konkurrenzen	143
Kapitel 7: Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG)	145
I. Hintergrund	146
II. Religions- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG)	146
1. Schutzbereich	147
2. Eingriffe	154
3. Rechtfertigung von Eingriffen	154
III. Exkurs: Staatskirchenrecht (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 ff. WRV)	157
IV. Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 3 GG)	159
1. Schutzbereich	160
2. Eingriffe	161
3. Rechtfertigung von Eingriffen	161
V. Grundrechtsverpflichtete	163
1. Der Staat als Grundrechtsverpflichteter	163
2. Grundrechte in Privatrechtsbeziehungen: „Drittwirkung“	166
Kapitel 8: Berufsfreiheit (Art. 12 GG)	183
I. Hintergrund	184
II. Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	184
1. Schutzbereich	185
2. Eingriffe	190
3. Rechtfertigung von Eingriffen	196
III. Schutz vor Arbeitszwang und Zwangsarbeit (Art. 12 Abs. 2, 3 GG)	207
Kapitel 9: Eigentum und Erbrecht (Art. 14 GG)	209
I. Hintergrund	209
II. Strukturelle Grundbegriffe	210
1. Art. 14 GG als Institutsgarantie	211

2. Art. 14 GG als Abwehrrecht	218
III. Schutzbereich	220
1. Persönliche Schutzbereiche der Freiheiten des Art. 14 GG	220
2. Sachliche Schutzbereiche der Freiheiten des Art. 14 GG	220
IV. Eingriffe	227
1. Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG)	227
2. Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG)	229
3. Sozialisierung (Art. 15 GG)	234
V. Rechtfertigung von Eingriffen	234
1. Rechtfertigung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen	234
2. Rechtfertigung von Enteignungen	241
3. Rechtfertigung von Sozialisierungen	246
Kapitel 10: Ehe, Familie, Schule (Art. 6, 7 GG)	249
I. Hintergrund	249
II. Die Grundrechte des Art. 6 GG	250
1. Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)	250
2. Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)	256
3. Mutterschutz (Art. 6 Abs. 4 GG)	265
4. Nichteheleiche Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG)	265
III. Die Grundrechte des Art. 7 GG	265
1. Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 2, 3 GG)	266
2. Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4, 5 GG)	267
Kapitel 11: Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	271
I. Hintergrund	271
II. Schutzbereich	272
1. Persönlicher Schutzbereich	273
2. Sachlicher Schutzbereich	273
3. Die Vertragsfreiheit als besondere Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit	280
III. Eingriffe	282
IV. Rechtfertigung von Eingriffen	283
1. Schranken	283
2. Schranken-Schranken	286
V. Konkurrenzen	286
1. Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG	286
2. „Betroffenheit“ eines Freiheitsrechts in sachlicher Hinsicht	287
3. „Betroffenheit“ eines Freiheitsrechts in persönlicher Hinsicht: Ausländer, EU-Bürger und Grundrechtsschutz	288
4. „Betroffenheit“ eines speziellen Freiheitsrechts ohne Eingriff?	290
Kapitel 12: Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	293
I. Hintergrund	293
II. Rechtliche Gehalte der Menschenwürdegarantie	295

III. Schutzbereich	297
1. Persönlicher Schutzbereich	298
2. Sachlicher Schutzbereich	300
IV. Eingriffe	305
V. Rechtfertigung von Eingriffen	306
VI. Konkurrenzen	307

Kapitel 13: Allg. Persönlichkeitsrecht

(Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)	309
I. Hintergrund	310
II. Schutzbereich	310
1. Persönlicher Schutzbereich	311
2. Sachlicher Schutzbereich	312
III. Eingriffe	321
IV. Rechtfertigung von Eingriffen	322
1. Schranken	322
2. Schranken-Schranken	322
V. Leistungsrechtlicher Gehalt des allg. Persönlichkeitsrechts	326
VI. Konkurrenzen	328

Kapitel 14: Schutz der Privatsphäre

I. Hintergrund	332
II. Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)	332
1. Schutzbereich	333
2. Eingriffe	337
3. Rechtfertigung von Eingriffen	340
III. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)	345
1. Schutzbereich	346
2. Eingriffe	353
3. Rechtfertigung von Eingriffen	354
IV. Exkurs: Staatliche Überwachungsmaßnahmen	356

Kapitel 15: Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104, 11 GG)

I. Hintergrund	361
II. Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 GG)	362
1. Schutzbereich	363
2. Eingriffe	368
3. Rechtfertigung von Eingriffen	369
III. Freizügigkeit (Art. 11 GG)	374
1. Schutzbereich	374
2. Eingriffe	376
3. Rechtfertigung von Eingriffen	377
4. Konkurrenzen	380
IV. Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)	380

Kapitel 16: Gleichheitsrechte	383
I. Hintergrund	383
II. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	384
1. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung	389
2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	395
III. Die besonderen Differenzierungsverbote (Art. 3 Abs. 2, 3 GG)	408
1. Ungleichbehandlung „wegen“ eines verbotenen Kriteriums	409
2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	413
3. Insbesondere: Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 GG)	415
IV. Weitere besondere Gleichheitssätze	419
V. Folgen eines Gleichheitsverstößes	420
Kapitel 17: Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG)	425
I. Hintergrund	425
II. Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)	426
1. Schutzbereich	427
2. Eingriffe	436
3. Rechtfertigung von Eingriffen	437
III. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)	438
1. Schutzbereich	439
2. Eingriffe	444
3. Rechtfertigung von Eingriffen	446
Kapitel 18: Justizielle Gewährleistungen	449
I. Allgemeines	450
II. Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG)	451
1. Hintergrund	451
2. Dogmatische Einordnung	451
3. Schutzbereich	452
4. Verletzung des Leistungsrechts	458
III. Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 GG)	459
1. Hintergrund	459
2. Schutzbereich	459
3. Beeinträchtigungen	461
4. Rechtfertigung von Eingriffen	464
IV. Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)	464
1. Hintergrund	464
2. Dogmatische Einordnung	465
3. Schutzbereich	465
4. Verletzung eines Leistungsrechts	468
V. Nulla poena sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG)	470
1. Hintergrund	470
2. Schutzbereich	471
3. Eingriffe	474

4. Rechtfertigung von Eingriffen	476
VI. Ne bis in idem (Art. 103 Abs. 3 GG)	476
1. Hintergrund	476
2. Schutzbereich	477
3. Eingriffe	479
4. Rechtfertigung von Eingriffen	479
Kapitel 19: Sonstige Gewährleistungen	481
I. Petitionsrecht (Art. 17 GG)	481
1. Hintergrund	481
2. Schutzbereich	482
3. Beeinträchtigungen	484
4. Rechtfertigung von Eingriffen	484
II. Schutz vor Ausbürgerung und Auslieferung (Art. 16 GG)	484
1. Schutz vor Ausbürgerung	485
2. Schutz vor Auslieferung	486
III. Asylrecht (Art. 16a GG)	487
1. Hintergrund	487
2. Schutzbereich	488
3. Beeinträchtigungen	490
4. Rechtfertigung von Eingriffen	490
IV. Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG)	490
1. Hintergrund	491
2. Regelungsgegenstand	491
3. Rechtsfolgen der Verwirkung	492
V. Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG)	492
Kapitel 20: Europäischer Grundrechtsschutz	493
I. Hintergrund	494
II. Europäische Menschenrechtskonvention	494
III. Unionsgrundrechte	500
1. Entwicklung und Begründung der Unionsgrundrechte	504
2. Europäische Grundrechtecharta	507
3. Funktionen und Struktur der Unionsgrundrechte	508
4. Rechtsschutz	510
IV. Europäische Grundfreiheiten	511
1. Struktur der Grundfreiheiten	513
2. Rechtsschutz	515
Sachverzeichnis	517

Verzeichnis der allgemeinen Grundrechtslehren

Die hier genannten Nummern sind Randnummern.

I.	Subjektive und objektive Grundrechtsgehalte	11 ff.
	Schutznormlehre	137
II.	Funktionen der Grundrechte	14 ff.
	Abwehrrechtliche Funktion	14
	Negative Freiheiten	313, 422, 720 ff., 880
	Leistungsrechtliche Funktion	15 ff., 58, 141 ff.
	Schutzpflichten	122 ff.
	Schutzpflichten aus Gleichheitsrechten	773
	Verfahrensrechte	134
	Einrichtungsgarantien/Institutsgarantien	429 ff.
	Normprägung von Grundrechten	433
	Recht auf den grundrechtlich gebotenen Mindeststandard	597
	Teilhaberechte (derivative Leistungsrechte)	18, 771
	Gestaltungsrechtliche Funktion	21
III.	Grundrechtsverpflichtete	
	Staat	338 ff.
	Private („Drittwirkung“)	343 ff.
IV.	Grundrechtsberechtigte	
	Natürliche Personen	154
	Grundrechtsmündigkeit	299
	Postmortaler Persönlichkeitsschutz	600
	Ausländer	583
	Grundrechte im Sonderstatusverhältnis	697
	Juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG)	157 ff.
	des Privatrecht	158
	des öffentlichen Rechts	161
	Doppelgrundrechte	304, 866

V.	Grundrechtsrelevantes Staatshandeln	
	Grundrechtseingriffe	392 ff.
	Grundrechtsverzicht	111 f.
	Privatrecht und Eingriffsabwehr	354 ff.
	Grundrechtsausgestaltung	433 ff.
	Verweigerung von Leistungen (insbesondere Schutz)	61, 126 ff.
VI.	Schranken	
	Einfacher Gesetzesvorbehalt	45
	Qualifizierter Gesetzesvorbehalt	239 ff.
	Kollidierendes Verfassungsrecht bei vorbehaltlosen Grundrechte	78
VII.	Schranken-Schranken	
	Vorbehalt des Gesetzes und Parlamentsvorbehalt	404
	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	
	allgemein	48 ff.
	bei vorbehaltlosen Freiheitsrechten	91 ff.
	bei Gleichheitsrechten	794 ff., 801, 820
	Wechselwirkungslehre	249
	Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG)	69 ff.
	Zitiergebot (Art. 19 Abs. 2 GG)	759 ff.
	Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG)	71 ff.
VIII.	Grundrechtskonkurrenzen	258 ff.
IX.	Grundrechtsinterpretation	
	Methoden der Grundrechtsauslegung (Beispiele)	344 ff., 551 f.
	Verfassungskonforme Auslegung	66 ff.
	Unionsrechtskonforme Auslegung	584 f.
X.	Aufbauschemata	
	Freiheitsrechte als Abwehrrechte	17
	Rechtfertigung von Eingriffen	42
	Freiheitsrechte als Leistungsrechte	143
	Gleichheitsrechte	783, 784, 808, 818, 860 f.
	Grundfreiheiten	1046
	Art. 14 GG	501 f.
	Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde	207

Bibliographie und Recherche

1. Lehrbücher

- Badura, Peter*, Staatsrecht, 6. Aufl. 2015.
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999.
- Hufen, Friedhelm*, Staatsrecht II – Grundrechte, 5. Aufl. 2016.
- Ipsen, Jörn*, Staatsrecht II – Grundrechte, 18. Aufl. 2015.
- Manssen, Gerrit*, Staatsrecht II – Grundrechte, 13. Aufl. 2016.
- Michael, Lothar/Morlok, Martin*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Grundrechte – Staatsrecht II, 32. Aufl. 2016.
- Sachs, Michael*, Verfassungsrecht II/Grundrechte, 3. Aufl. 2017.

2. Fall- und Entscheidungssammlungen

- Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts*, BVerfGE, amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zurzeit 140 Bände.
- Verein der Richter des BVerfG e. V.*, BVerfGK, Sammlung ausgewählter Entscheidungen der Kammern des Bundesverfassungsgerichts, zurzeit 20 Bände.
- Brinktrine, Ralf/Šarčević, Edin*, Fallsammlung zum Staatsrecht, 2. Aufl. 2015.
- Degenhart, Christoph*, Klausurenkurs im Staatsrecht I, 3. Aufl. 2013 und Klausurenkurs im Staatsrecht II, 7. Aufl. 2015.
- Grimm, Dieter/Kirchhof, Paul/Eichberger, Michael (Hrsg.)*, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zwei Bände, 3. Aufl. 2007.
- Höfling, Wolfram*, Fälle zu den Grundrechten, 2. Aufl. 2014.
- Pieroth, Bodo/Görsch, Christoph/Hartmann, Bernd*, Hausarbeit im Staatsrecht, 3. Aufl. 2015.
- Volkman, Uwe*, Staatsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl. 2011.
- Bumke, Christian/Voßkuhle, Andreas*, Casebook Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2015.

3. Kommentare und Handbücher

- Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen*, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, zwei Bände, 2. Aufl. 1995.
- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Eckehart (Hrsg.)*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG), Loseblattwerk, drei Bände, 3. Aufl. 2001.
- Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo*, EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl. 2013, zwei Bände.
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.)*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz (BK), Loseblattwerk, 21 Bände.
- Dreier, Horst (Hrsg.)*, Grundgesetz: Kommentar, drei Bände, I: 3. Aufl. 2013, II: 3. Aufl. 2013, III: 2. Aufl. 2008.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)*, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2013.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 28. Edit. 2016, zugänglich über www.beck-online.de.
- Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram (Hrsg.)*, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattwerk, zurzeit vier Bände.
- Gröpel, Christoph/Windthorst, Kay/von Coelln, Christian*, Studienkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl. 2015.
- Heun, Werner/Honecker, Martin/Morlok, Martin/Wieland, Joachim*, Evangelisches Staatslexikon, 2006.
- Hömig, Dieter/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.)*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Taschenkommentar, 11. Aufl. 2016.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts (HStR), elf Bände, 3. Aufl., I: 2003, II: 2004, III: 2005, IV: 2006, V: 2007, VI: 2009, VII: 2009, VIII: 2010, IX: 2011, X: 2012, XI: 2013.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 2016.
- Leibholz, Gerhard/Rinck, Hans-Justus/Hesselberger, Dieter*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Loseblatt-Kommentar, Loseblattwerk, drei Bände.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)*, Das Bonner Grundgesetz: Kommentar, drei Bände, 6. Aufl. 2010.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattwerk, zurzeit sieben Bände.
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.)*, Handbuch der Grundrechte (HGR), neun Bände, Band I: 2004, Band II: 2006, Band III: 2009, Band IV: 2011, Band V: 2013, Band VI/1: 2010, Band VI/2: 2009, Band VII/1: 2009, Band VII/2: 2007, Band IX: 2016.
- Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.)*, Grundgesetz-Kommentar, zwei Bände, 6. Aufl. 2012.
- Sachs, Michael (Hrsg.)*, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2014.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hoffmann, Hans/Henneke, Hans-Günter*, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014.

- Sodan, Helge*, Grundgesetz: Beck'scher Kompakt-Kommentar, 3. Aufl. 2015.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, zurzeit sechs Bände, I: 2. Aufl. 1984, II: 1980, III/1: 1988, III/2: 1994, IV/1: 2006, VI/2: 2011; V: 2000.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.)*, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, zwei Bände, 2002.

4. Entstehung des Verfassungsrechts

- Deutscher Bundestag/Bundesarchiv*, Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, zurzeit 14 Bände, ab 1981.
- Doemming, Klaus-Berto von/Füsslein, Rudolf Werner/Matz, Werner*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts (JöR) n. F. 1 (1951), zitiert JöR 1 (1951).
- Sach- und Sprechregister zu den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates und seines Hauptausschusses, gebunden/Kopiensammlung, 1948/1949.
- Schneider, Hans-Peter (Hrsg.)*, Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, zurzeit 26 Bände, ab 1995.
- Verhandlungen des Hauptausschusses, gebunden/Kopiensammlung, 1948/1949.

5. Arbeitstechnik und Falllösung

- Butzer, Hermann/Epping, Volker*, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006.

6. Internet

- Die Recherche von Dokumenten im Internet ist über eine Vielzahl von Adressen möglich. Wichtig ist die genaue Zitierung einer Fundstelle. Da sich die Adressen schnell ändern können, hat immer das entsprechende Printmedium Vorrang. Zu Details der Materialerschließung und -verarbeitung siehe *Butzer/Epping*, S. 109 ff.
- BVerfG, www.bverfg.de: Über „Entscheidungen“ gelangt man zu allen veröffentlichten Entscheidungen nach verschiedenen Suchkriterien seit dem 1.1.1998.
- EGMR, www.egmr.org: Fundstellenverzeichnis der Entscheidungen des EGMR.
- EuGH, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/: Sammlung der Rechtsprechung des EuGH.
- HRRS, www.hrr-strafrecht.de: Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht: Rechtsprechung und Aufsätze zum Strafrecht und Strafrechtsverfahrensrecht unter besonderer Berücksichtigung von Entscheidungen des EGMR und des BVerfG.
- JURIS, www.juris.de: Rechtsprechung und Schrifttum nach thematischen Feldern. Verschiedene Suchfunktionen je nach Zugang zu der Datenbank. Sehr umfang-

reiche Entscheidungsdatenbank auch mit sonst nicht veröffentlichten Entscheidungen.

Universität Bern, http://www.servat.unibe.ch/dfr/dfr_bvbaende.html: Linksammlung zu allen wichtigen Gerichten und eine in der Testphase befindliche Leitsatz- und Schlagwortsuche. Außerdem sind auf dieser Seite zitierfähige Druckversionen (Seitenangabe im Dokument) auch von Bundesverfassungsgerichtsurteilen zu finden, die bislang nicht veröffentlicht wurden.

Dokumentarchiv, www.document-archiv.de: Dokumenten- und Quellensammlung (Frankfurter Reichsverfassung, WRV etc.) zur deutschen Geschichte.

7. Zitierweise und Falllösungen

Die in den Text aufgenommenen Auszüge aus Entscheidungen des BVerfG sind um die darin enthaltenen Zitate und Verweise gekürzt; dies wurde aus Platzgründen nicht kenntlich gemacht. Die Lösungen zu den in diesem Buch enthaltenen Fällen sind im Internet abrufbar unter:

<http://www.jura.uni-hannover.de/687.html>
<http://extras.springer.com>

Kapitel 1: Geschichte, Funktionen und Quellen der Grundrechte

Literatur:

Zur Geschichte der Grundrechte: *Hammer, Felix*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Reichsverfassung, Jura 2000, 57 ff.; *Hofmann, Hasso*, Die Grundrechte 1789 – 1949 – 1989, NJW 1989, 3177 ff.; *Hufen, Friedhelm*, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte, NJW 1999, 1504 ff.; *Kahl, Wolfgang*, Die Entstehung des Grundgesetzes, JuS 1997, 1083 ff.; *von Lewinski, Kai*, Weimarer Reichsverfassung und Grundgesetz als Gesellen- und Meisterstück, JuS 2009, 505 ff.; zur Geschichte einzelner GG-Artikel und den jeweiligen Vorgängernormen siehe z. B. die einzelnen Kommentierungen bei v. *Mangoldt/Klein/Starck*. Ausführliche Darstellung der Verfassungsgeschichte ab 1495 bei *Kotulla, Michael*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2008; Zur Funktion der Grundrechte: *Graf von Kielmannsegg, Sebastian*, Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren, JuS 2009, 118 ff.; *Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina*, Funktionen der Grundrechte, JuS 2011, 411 ff.

I. Geschichtliche Entwicklung

Der Grundrechtskatalog des Grundgesetzes ist das Ergebnis einer historischen Entwicklung, deren Beginn bis ins Mittelalter zurückreicht. Prägend für diese Entwicklung war der Gegensatz zwischen den Rechten des Individuums und der Herrschaftsgewalt des Staates, also die Frage, ob Herrschaftsgewalt im Hinblick auf individuelle Menschen- und Bürgerrechte rechtlichen Bindungen unterliegt. **1**

Als erstes Dokument mit Grundrechtscharakter wird heute die **Magna Carta Libertatum** von 1215 genannt. Darin garantierte der englische König Johann Ohneland (1199–1216) seinen Vasallen im Wesentlichen die Unantastbarkeit ihrer überkommenen Feudalrechte. Auch wenn dies vom heutigen Grundrechtsverständnis weit entfernt ist, so war die Magna Carta dennoch ein Dokument, das die Freiheiten Einzelner gegenüber der Herrschaftsmacht sicherte. Außerdem enthielt die Magna Carta bereits einen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Einzelnen, also eine klassische Freiheitsgarantie. **2**

Ebenfalls aus England stammen der **Act of Habeas Corpus** (1679) und die **Bill of Rights** (1689). Die Habeas-Corpus-Akte enthielt vor allem detaillierte Garantien gegen willkürliche Verhaftungen, also ein wesentliches Element der Freiheit **3**

der Person. Die Bill of Rights sicherte hingegen nach Abschluss der Glorious Revolution in erster Linie die Rechte des Parlaments, enthielt aber neben weiteren justiziellen Garantien auch ein jedermann zustehendes Petitionsrecht.

- 4 Während diese frühen Texte noch keine umfassenden Gewährleistungen der Menschen- und Bürgerrechte enthielten, entstanden derartige Garantien vor allem im Zusammenhang mit der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776 und der französischen Revolution. Die **Virginia Bill of Rights** vom 12.6.1776 kann dabei für sich in Anspruch nehmen, die erste umfassende, in aufklärerischem Denken begründete Verfassungsurkunde darzustellen. Die **amerikanische Bundesverfassung** hingegen erhielt einen Grundrechtskatalog erst 1791 mit dem ersten Zusatzartikel. In Frankreich war es die „**Déclaration des droits de l'homme et du citoyen**“ vom 26.8.1789, die eine umfassende Freiheitsgewähr beinhaltete.

- 5 **Deutschland** konnte mit dieser Entwicklung über lange Jahre nicht Schritt halten. Zwar enthielt die auf dem Wiener Kongress 1815 vereinbarte Deutsche Bundesakte einzelne Freiheitsgarantien; diese blieben jedoch singulär und waren als Zugeständnisse der Reichsfürsten und freien Städte formuliert. Lediglich die **frühkonstitutionellen Verfassungen** einiger (süd)deutscher Einzelstaaten ab 1818 enthielten unter dem Einfluss der französischen Entwicklung weit reichende Freiheitsrechte, die auch heute in ähnlicher Form im Grundgesetz zu finden sind. Erst die **Paulskirchenverfassung** (1849)¹ enthielt für ganz Deutschland einen Grundrechtsteil, der mit „Die Grundrechte des deutschen Volkes“ betitelt war. Dieser Grundrechtsteil galt von Dezember 1848 bis August 1851 als Reichsgesetz², während die Paulskirchenverfassung selbst nie in Kraft trat. Über diesen bescheidenen Geltungszeitraum des Grundrechtsteils hinaus hat die Paulskirchenverfassung jedoch maßgeblichen Einfluss auf die deutsche Verfassungsentwicklung ausgeübt. Alle folgenden Verfassungen, auch das Grundgesetz, lehnen sich in vielerlei Hinsicht an die Paulskirchenverfassung an, sodass noch heute einzelne Artikel des Grundgesetzes mit denen der Paulskirchenverfassung wortgleich sind.

- 6 Keine Neuerungen für die Grundrechtsentwicklung brachten hingegen die **Verfassung des Norddeutschen Bundes** (1867)³ und die **Reichsverfassung** von 1871⁴. Beide Verfassungen verzichteten gänzlich auf einen Grundrechtsteil. Die staatliche Einheit wurde als vorrangig vor der Freiheit angesehen; während hinsichtlich einer Einigung Deutschlands noch Konsens herrschte, waren die Parteien bei der Frage der Grundrechte zerstritten. Erst die **Weimarer Reichsverfassung** (WRV) von 1919⁵ enthielt für ganz Deutschland geltende und teilweise sehr weit gehende Grundrechte. Neben den Abwehrrechten finden sich auch Leistungs- und Teilhaberechte. Die Wirksamkeit der Grundrechte wurde jedoch durch den Streit über deren Rechtscharakter und das Fehlen eines Verfassungsgerichts gehemmt. Die nachrangige Bedeutung, die die WRV den Grundrechten eingeräumt hat, wird

¹ RGBl. 1849, S. 101 ff. Vgl. Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 2. Aufl. 1998.

² RGBl. 1848, S. 49 ff.

³ BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867, S. 1 ff.

⁴ RGBl. 1871, S. 63 ff.

⁵ RGBl. 1919, S. 1383 ff. Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933.

insbesondere an ihrer systematischen Stellung innerhalb der Verfassung deutlich. Während im Grundgesetz die Grundrechte an der Spitze zu finden sind, wurden sie in der WRV erst im zweiten Hauptteil in den Art. 109 ff. platziert. Nicht zuletzt wegen der zahlreichen Staatsziele sowie der sozialen Grundrechte – beispielsweise das Recht (und auch die Pflicht) zur Arbeit in Art. 163 WRV –, die bloße Aufträge an den Gesetzgeber ohne subjektiv-rechtlichen Gehalt waren, wird von den Grundrechten der WRV als „bloßen Programmsätzen“ gesprochen.⁶

Vorläufiger Abschluss der deutschen Verfassungsentwicklung ist das **Grundgesetz**⁷, das seit der Wiedervereinigung am 3.10.1990 erneut die Grundrechte für alle Deutschen garantiert. Seit seiner Entstehung hat der Grundrechtsteil relativ wenige substanzielle Veränderungen erfahren. Vor allem im Rahmen der Wiederbewaffnung (Wehrverfassung, 1956), der Notstandsverfassung (1968), des Vertrags von Maastricht zur Gründung einer Europäischen Union (1992, v. a. Art. 23 GG) und erneut nach 1993 (Verfassungsreform nach der Wiedervereinigung 1994, Neues Asylrecht, Abhören von Wohnungen) kam es zu größeren, eher restriktiv motivierten Änderungen. Die Föderalismusreformen von 2006 und 2009 haben demgegenüber keine Veränderungen im Grundrechtsbereich bewirkt.

Der **Grundrechtsschutz in Deutschland** beruht in zunehmendem Maße ergänzend auf **Regelungen außerhalb des Grundgesetzes**. Zu nennen sind dabei die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), ein völkerrechtlicher Vertrag, der in Deutschland im Rang eines einfachen Bundesgesetzes gilt,⁸ sowie der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).⁹ Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta)¹⁰ ist nicht Teil der vorgenannten Verträge. Allerdings erkennt Art. 6 Abs. 1 EUV die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Charta an und stellt diese den Verträgen rechtlich gleich. Die Charta bindet gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GR-Charta sowohl die Organe und Einrichtungen der Europäischen Union als auch die Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht durchführen.¹¹ Im europäischen **Mehr-
ebenensystem** setzt sich der Grundrechtsschutz daher aus verschiedenen Bausteinen auf den verschiedenen Ebenen zusammen,¹² von denen dem Grundgesetz für die Bindung der deutschen Staatsgewalt aber nach wie vor die entscheidende Bedeutung zukommt.

⁶ Vgl. *Hammer*, Jura 2000, 57 (62).

⁷ Materialien des Parlamentarischen Rates finden sich zusammengestellt in JöR 1 (1951).

⁸ Vgl. Rn. 1021.

⁹ BGBl. II 2008, S. 1038; in Kraft getreten am 01.12.2009, BGBl. II 2009, S. 1223.

¹⁰ ABl. EU 2010/C 83/02 v. 30.03.2010, S. 389 ff.

¹¹ Vgl. Rn. 1034.

¹² Vgl. *Lindner*, Jura 2008, 401 ff.

II. Arten, Dimensionen und Funktionen der Grundrechte

1. Arten

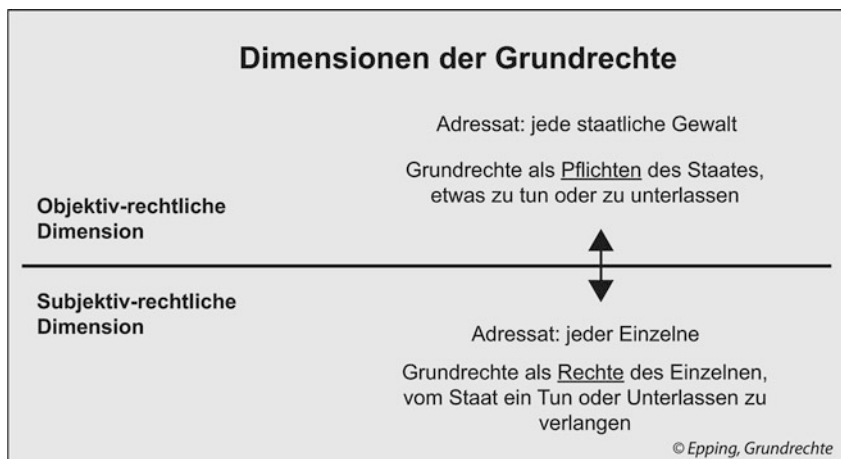
- 9 Unterschieden werden klassischerweise **Freiheits- und Gleichheitsrechte**. Freiheitsrechte schützen den Bürger vor der Verkürzung seiner Freiheit. Gleichheitsrechte verbieten es dem Staat, seine Bürger ohne Grund unterschiedlich zu behandeln. Die meisten Grundrechte des Grundgesetzes sind Freiheitsrechte. Gleichheitsrechte sind dagegen hauptsächlich in Art. 3 GG zu finden.
- 10 Unterschieden wird ferner zwischen den **Grundrechten** der Art. 1–19 GG und den „**grundrechtsgleichen Rechten**“. Letztere sind die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ausdrücklich genannten und damit ebenfalls verfassungsbeschwerdefähigen Normen des Grundgesetzes. Auch die Beachtung dieser Normen kann daher vom Bürger vor dem BVerfG eingefordert werden. Diese sind zwar keine Grundrechte, werden aber in der Praxis (und in der Fallbearbeitung) ebenso behandelt.

2. Objektiv-rechtliche und subjektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte

- 11 Wie andere Rechtsnormen auch haben die Grundrechte des Grundgesetzes zumeist zwei Seiten: In ihrer **objektiv-rechtlichen Dimension** wenden sich die Grundrechte an den Staat, indem sie ihm Eingriffe in bestimmte Rechte des Bürgers verbieten bzw. erschweren oder ihn zum Schutz bestimmter Rechte und Interessen seiner Bürger verpflichten. Diese objektiv-rechtliche Dimension kommt deutlich in Art. 1 Abs. 3 GG zum Ausdruck: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“¹³
- 12 Während sich die Grundrechte in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension also an den Staat richten und ihn zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, wenden sich die Grundrechte in ihrer **subjektiv-rechtlichen Dimension** an den Bürger. Gestützt auf Grundrechte kann der Bürger vom Staat ein bestimmtes Verhalten einfordern und Eingriffe des Staates in seine Freiheiten abwehren. Was aus der Sicht des Staates als Pflicht zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen erscheint, ist aus der Sicht des Bürgers also ein Recht, genau dieses Tun oder Unterlassen zu verlangen und nötigenfalls vor Gericht auch durchzusetzen. Objektive Pflicht und subjektives Recht korrespondieren.¹⁴

¹³ Vgl. Rn. 337 ff.

¹⁴ Diese Korrespondenz ist ein typisches Merkmal eines Grundrechts. Gleichwohl gibt es im Grundrechtsteil des Grundgesetzes Normen wie etwa Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 7 Abs. 3 GG, deren subjektiv-rechtlicher Gehalt umstritten ist. Zum Verhältnis von objektivem Recht und subjektiven Rechten vgl. Rn. 137 f.



3. Funktionen der Grundrechte

Mit der Funktion der Grundrechte als an den Staat adressierte Unterlassenspflichten ist deren klassische Zielrichtung angesprochen: Grundrechte sind **Eingriffsabwehrrechte** des Einzelnen gegenüber dem Staat (status negativus¹⁵): Dem Staat sind ungerechtfertigte Eingriffe in Freiheit und Eigentum bzw. Ungleichbehandlungen seiner Bürger verboten. Umgekehrt soll der Einzelne eine Möglichkeit haben, sich gegen ungerechtfertigte Eingriffe in seine Freiheit und sein Eigentum bzw. gegen ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen zur Wehr zu setzen; die Abwehrfunktion der Grundrechte verwirklicht insofern die staatstheoretische Idee der „Freiheit vom Staat“.¹⁶ Manchen Grundrechten – wie etwa Art. 3 Abs. 3, Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 GG – kann man diese Abwehrfunktion bereits dem Wortlaut nach entnehmen, wenn bestimmte individuelle Rechte positiv gewährleistet werden („Alle Deutschen haben das Recht ...“). Andere Grundrechte bringen die Abwehrfunktion mittels einer negativen Formulierung zum Ausdruck, wenn – wie in Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 GG – bestimmte Schutzgüter als „unverletzlich“ bezeichnet werden. Zuweilen werden dem Staat auch gezielt einzelne Eingriffe wie die Zensur (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG) oder die Zwangsarbeit (Art. 12 Abs. 2 GG) verboten. Im Grundrechtsteil finden sich aber auch Normen, deren Abwehrcharakter dem Wortlaut nicht so eindeutig zu entnehmen ist. Art. 6 Abs. 1 GG etwa stellt Ehe und Familie unter den „besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“. Auch dieser Norm wird im Wege der Auslegung ein Grundrecht auf Eheschließung und Familiengründung, also ein klassisches Abwehrrecht, entnommen. Grenze jedes Grundrechtseingriffs ist das Übermaßverbot.¹⁷

¹⁵ Zur von Georg Jellinek entwickelten Status-Lehre vgl. ders., System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 81 ff.

¹⁶ Voßkuhle/Kaiser, JuS 2011, 411 (411).

¹⁷ Vgl. Rn. 48 ff.

15 Neben der Funktion als Unterlassensgebote kommt den Grundrechten darüber hinaus die Funktion von Handlungspflichten zu. In dieser Funktion verpflichten die Grundrechte den Staat positiv zu einem bestimmten Handeln (status positivus); dieser Handlungspflicht korrespondiert ein entsprechendes **Leistungsrecht** des Einzelnen. Mit der Funktion der Grundrechte als Leistungsrechte soll die „Freiheit durch den Staat“ gewährleistet werden, da der Gebrauch verfassungsrechtlich garantierter Freiheiten häufig ohne staatliches Zutun nicht möglich ist.¹⁸ Bei einigen Grundrechten wie Art. 6 Abs. 1 und 4, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG enthält schon der Wortlaut einen eindeutigen Hinweis darauf, dass der Einzelne nicht nur Eingriffe abwehren, sondern vom Staat auch etwas fordern kann. Bei weiteren Grundrechten wird ein solcher Gehalt im Wege der Auslegung ermittelt, wobei Ausgangspunkt des BVerfG die aus den Grundrechten folgende „**objektive Wertordnung**“ darstellt.¹⁹ Diese von den Grundrechten aufgestellte Ordnung gilt als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts und verpflichtet den Staat zum Schutz und zur Förderung der tatsächlichen Verwirklichung dieser Grundentscheidung. Damit ist ein leistungsrechtlicher Gehalt der Grundrechte angesprochen. Grundrechte als Leistungsrechte können in verschiedenen Formen²⁰ auftreten, wobei einige dieser Formen jeweils exklusiv den Freiheits- bzw. Gleichheitsrechten vorbehalten sind.

16 Als **originäre Leistungsrechte**, also als Rechte auf zusätzliches staatliches Handeln, wirken die Grundrechte in unterschiedlichen Formen: In der Praxis bedeutsam sind vor allem grundrechtliche Ansprüche auf staatlichen Schutz vor nicht vom Staat ausgehenden Bedrohungen (Grundrechte als **Schutzrechte**).²¹ Dieser Schutz kann sich vielfach auch in verfahrensrechtlichen Vorkehrungen ausdrücken (Grundrechte als **Verfahrensrechte**).²² In sehr seltenen Ausnahmefällen wirken zudem Freiheitsrechte als Rechte auf einzelne konkrete Leistungen, z. B. Geldleistungen, die der Staat bislang niemandem gewährt („Recht auf den grundrechtlich gebotenen Mindeststandard“, „Existenzminimum“).²³ Zu den originären Leistungsrechten gehören schließlich auch die freiheitsrechtlichen **Einrichtungsgarantien** in Gestalt der Institutsgarantien.²⁴ Alle originären Leistungsrechte haben gemein, dass sie vom Staat zwar ein Handeln verlangen und dem Einzelnen einen entsprechenden Anspruch gewähren. Bei der Erfüllung seiner Leistungspflicht kommt dem Staat ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Ein Verstoß gegen eine Leistungspflicht kann daher nur angenommen werden, wenn der vom Grundrecht vorbezeichnete Leistungs- bzw. Schutzzweck grundlegend und evident verfehlt wird und der Staat daher

¹⁸ Voßkuhle/Kaiser, JuS 2011, 411 (412).

¹⁹ BVerfGE 39, 1 (41) (Schwangerschaftsabbruch I); 35, 79 (113) (Hochschul-Urteil). Vgl. der Sache nach schon BVerfGE 7, 198 (205) (Lüth). Vgl. Rn. 348.

²⁰ Terminologie und Systematisierung sind hier uneinheitlich; in der Sache sind die unterschiedlichen Formen von Leistungsrechten anerkannt.

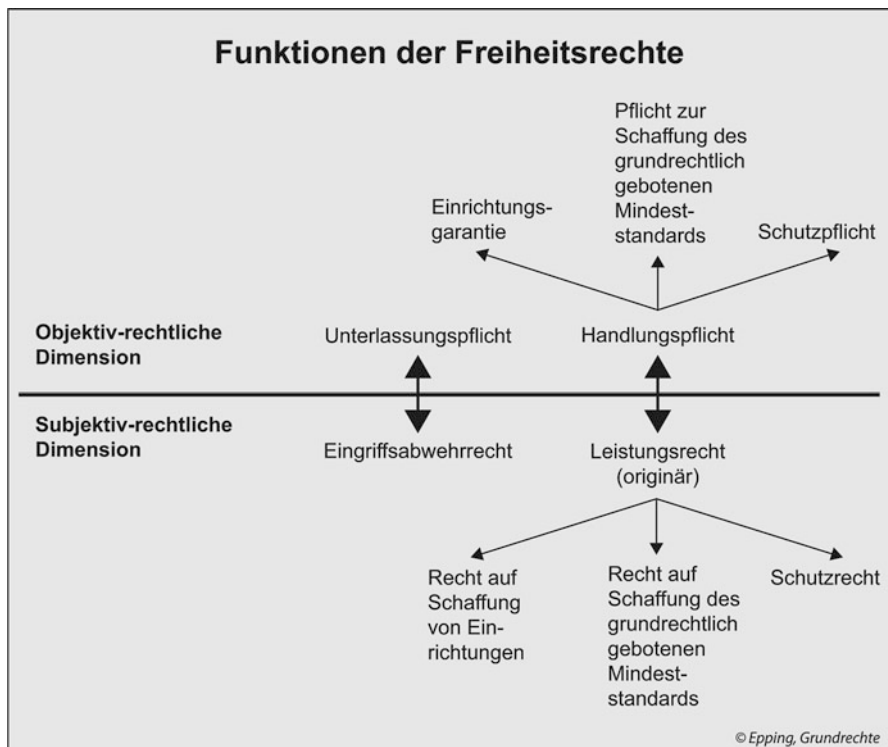
²¹ Vgl. Rn. 122 ff.

²² Vgl. Rn. 134.

²³ Vgl. Rn. 597.

²⁴ Vgl. Rn. 429 ff.

das Untermaßverbot²⁵ verletzt. Noch seltener wird eine Verurteilung des Staates zu einer konkreten Handlung in Betracht kommen, nämlich nur, wenn ausschließlich diese eine Handlung zur Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustands in Frage kommt.



17

Bedeutsam ist ferner die Funktion der **Gleichheitsrechte** als **derivative (abgeleitete) Leistungsrechte** (= Teilhaberechte) auf Teilhabe an bereits bestehenden Leistungen.²⁶ Im Unterschied zu den originären Leistungsrechten kommt hier dem Staat regelmäßig kein weiter Gestaltungsspielraum zu. Gewährt der Staat Leistungen, muss er sich strikt an die Gleichheitsrechte halten und die „Verteilungsgerechtigkeit“ beachten.

18

Den Gleichheitsrechten können nur in Ausnahmefällen **Schutzpflichten** entnommen werden.²⁷ Eine Verpflichtung des Staates, Private zur gegenseitigen Gleichbehandlung anzuhalten und damit ein bestimmtes Maß an Gleichheit innerhalb der Gesellschaft zu verwirklichen, begründet Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht. Nur soweit Art. 3 Abs. 2 GG hinsichtlich der Gleichbehandlung von Mann und Frau weitere Vorgaben macht, bestehen entsprechende Schutz- und Gewährleis-

19

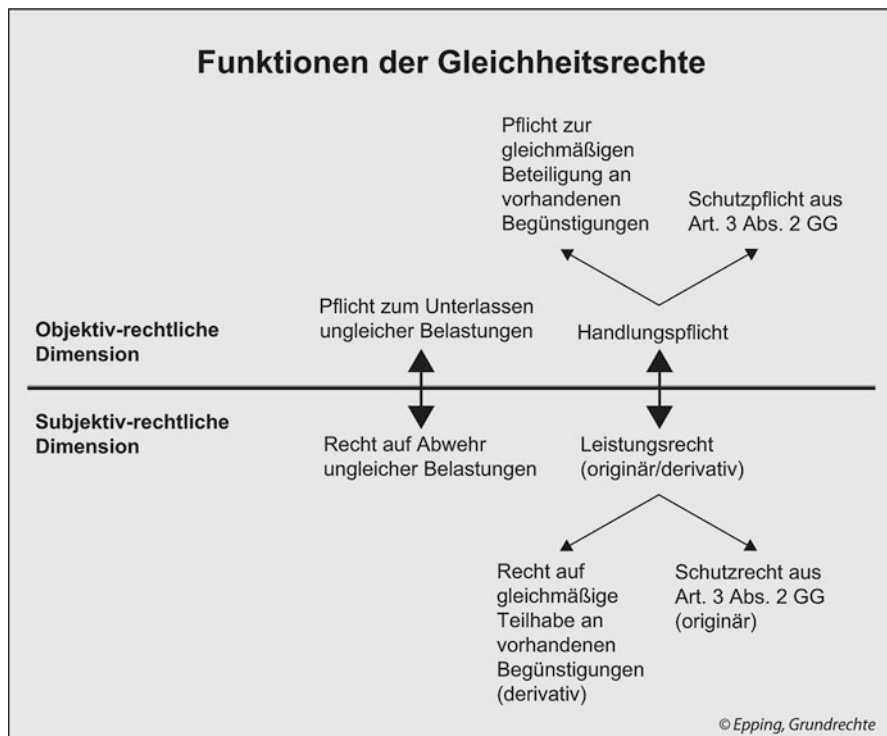
²⁵ Vgl. Rn. 126 ff.

²⁶ Vgl. Rn. 771 f.

²⁷ Vgl. Rn. 773.

tungspflichten des Staates. Schutz vor diskriminierenden Ungleichbehandlungen kann allerdings gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) geboten sein.²⁸

20



21 Schließlich wirken die Grundrechte als **Gestaltungsrechte** (status activus). Gestaltung meint das Recht auf Teilhabe am Gemeinwesen und betrifft damit die „Freiheit im Staat“ bzw. die „Freiheit für den Staat“.²⁹ Klassische Beispiele dafür sind das aktive und passive Wahlrecht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als grundrechtsgleiche Rechte.

22

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Die unterschiedlichen Arten und Funktionen der Grundrechte bringen unterschiedliche Anforderungen an den Fallaufbau in Klausuren und Hausarbeiten mit sich. Dabei sind drei Varianten zu unterscheiden:

- Der klassische und bei weitem häufigste Fall ist die Prüfung eines Freiheitsrechts in der Funktion des Eingriffsabwehrrechts immer dann, wenn

²⁸ Vgl. Rn. 657.

²⁹ Voßkuhle/Kaiser, JuS 2011, 411 (412).

der Staat die Freiheiten seiner Bürger beschneidet. In diesen Fällen wird allgemein eine dreistufige Prüfung „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung“ vorgenommen.³⁰

- Freiheitsrechte können aber auch als Leistungsrechte Relevanz gewinnen. In der Fallbearbeitung spielen besonders die grundrechtlichen Schutzpflichten eine Rolle. Hier sollte eine zweistufige Prüfung „Schutzbereich – Verstoß gegen eine Schutzpflicht“ vorgenommen werden.³¹
- Nur ein Schema existiert für die Gleichheitsrechte: Diese werden sowohl in ihrer abwehr- als auch in ihrer leistungrechtlichen Funktion anhand eines einheitlichen zweistufigen Schemas geprüft.³²

III. Quellen

Grundrechte sind nicht bloß im Grundgesetz enthalten. Gleichwohl spielen die Grundrechte des Grundgesetzes in Deutschland die zentrale Rolle. Neben diesen existieren allerdings auch in Deutschland weitere Grundrechte in den **Verfassungen der Bundesländer**.³³ Beispielsweise übernimmt Art. 3 Abs. 2 NV die Grundrechte des Grundgesetzes in das Landesverfassungsrecht. Die Art. 4 ff. NV enthalten einige weitere Grundrechte. Nach der Normenhierarchie sind die Landesverfassungen und deren Grundrechte Landesrecht, das zwar unter dem Rang jedes Bundesrechts steht, den Landesgesetzgeber – ausgenommen im Kollisionsfall (Art. 31 GG) – aber unmittelbar bindet. Dennoch kommt den Landesgrundrechten in der Praxis keine große Bedeutung zu. Ein wesentlicher Grund liegt darin, dass in den meisten Bundesländern keine Individualverfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht möglich ist. Grundrechtsverstöße müssten also vor dem BVerfG gerügt werden, das aber gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG Landesverfassungsrecht nicht als Prüfungsmaßstab heranziehen kann. Lediglich in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und der Oberverwaltungsgerichte werden die Landesgrundrechte vereinzelt fruchtbar gemacht.

23

³⁰ Vgl. Rn. 27.

³¹ Vgl. Rn. 141 ff.

³² Vgl. Rn. 775.

³³ Vgl. zum Verhältnis von Landesgrundrechten und Bundesrecht *Grawert*, in: HGR III, § 81; *Maurer*, HGR III, § 82.

Kapitel 2: Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)

Literatur zur Versammlungsfreiheit:

v. Alemann, Florian/Scheffczyk, Fabian, Aktuelle Fragen der Gestaltungsfreiheit von Versammlungen, JA 2013, 407 ff.; Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 42 (2003), 165 ff.; Enders, Christoph, Der Schutz der Versammlungsfreiheit, Jura 2003, 34 ff. (Teil I), 103 ff. (Teil II); Höfling, Wolfram/Krohne, Gesine, Versammlungsrecht in Bewegung, JA 2012, 734 ff.; Hoffmann-Riem, Wolfgang, Neue Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit, NVwZ 2002, 257 ff.; ders., Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? – Grundsatzüberlegungen zum Gebot rechtsstaatlicher Toleranz, NJW 2004, 2777 ff.; Lenz, Sebastian/Leydecker, Philipp, Kollidierendes Verfassungsrecht, DÖV 2005, 841 ff.; Neskovic, Wolfgang/Uhlig, Daniel, Übersichtsaufnahmen von Versammlungen – Bloßes „Polizeiführerfernsehen“ oder verfassungswidriges Abfilmen?, NVwZ 2014, 335 ff.; Papier, Hans-Jürgen, Das Versammlungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 2010, 225 ff.; Schulenberg, Sebastian, Der „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“: Zu Versammlungen auf Grundstücken im Eigentum Privater, DÖV 2016, 55 ff.; Stern, Klaus, Übermaßverbot und Abwägungsgebot, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/2, § 84 (S. 761 ff.); Wendt, Henning, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?, NVwZ 2012, 606 ff.

Literatur zur Wesensgehaltsgarantie:

Middendorf, Max, Zur Wesensgehaltsgarantie der Grundrechte, Jura 2003, 232 ff.; Schaks, Nils, Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG, JuS 2015, 407 ff.

Fallbearbeitungen:

Bews, James/Greve, Holger, Versammlungsfreiheit am Flughafen, Jura 2012, 723 ff.; Brinktrine, Ralf/Šarčević, Edin, Klausur Nr. 5 (S. 101 ff.); Degenhart, Christoph, I, Fall 18 (S. 260 ff.), II, Fall 15 (S. 375 ff.); Droge, Michael, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Militärische Beobachtung freier Versammlungen – „Tornados im Tiefflug“, JuS 2008, 135 ff.; Enders, Christoph, Der praktische Fall – „Frühling für Deutschland“, JuS 2000, 883 ff.; Höfling, Wolfram, Fall 1 (S. 3 ff.); Kahl, Wolfgang, Der praktische Fall – „Kurzenschlossener Protest“, JuS 2000, 1090 ff.; Krausnick, Daniel, Grundfälle zu Art. 19 I und II GG, JuS 2007, 991 ff.; Lembke, Ulrike, Grundfälle zu Art. 8 GG, JuS 2005, 984 ff.; Otto, Martin R., Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Versammlungsfreiheit, JuS 2011, 143 ff.; Rozek, Jochen/Lehr, Marc, Vermummte Weihnachtsmänner, JA 2004, 900 ff.; Stein, Katharina/Janson, Nils J./Pötzsch, Urs, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte und Verfassungsprozessrecht – Sitzblockade im Hauptbahnhof, JuS 2014, 708 ff.; Trunit, Christoph, Grundfälle zum Versammlungsrecht, Jura 2014, 486 ff.; Volkmann, Uwe, Fall 8 (S. 216 ff.).

Leitentscheidungen zur Versammlungsfreiheit:

BVerfGE 69, 315 ff. (Brokdorf); 85, 69 ff. (Eilversammlungen); 111, 147 ff. (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot); BVerfG, NJW 2001, 1409 ff. (Holocaust-Gedenktag); NJW 2001, 2459 ff. (Love Parade); BVerfGE 128, 226 ff. (Fraport).

Leitentscheidungen zu kollidierendem Verfassungsrecht:

BVerfGE 28, 243 ff. (Dienstpflichtverweigerung); 30, 173 ff. (Mephisto); 69, 1 ff. (Kriegsdienstverweigerung II); 81, 278 ff. (Bundesflagge).

I. Hintergrund

- 24** Die Versammlungsfreiheit („Demonstrationsgrundrecht“) ist seit der Paulskirchenverfassung (dort § 161) fester Bestandteil der deutschen Verfassungstexte. Die Versammlungsfreiheit als primär politisches Grundrecht soll den Bürgern das Recht garantieren, ihren Protest gegen die „Obrigkeit“ in Form von öffentlichen Demonstrationen kund zu tun. In der Bundesrepublik war die Versammlungsfreiheit vor allem Anfang der 80er-Jahre während der Friedens- und Anti-Atomkraft-Demonstrationen und erneut seit Ende der 90er-Jahre im Zusammenhang mit Aufmärschen von Rechtsradikalen und auch von links orientierten Gruppen – wie den sog. Globalisierungsgegnern – Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen. Auf europäischer Ebene finden sich in Art. 11 EMRK und Art. 12 Abs. 1 GR-Charta vergleichbare Gewährleistungen.

II. Versammlungsfreiheit unter freiem Himmel (Art. 8 Abs. 1, 2 GG)

25 **Fall 1: Nazi-Demo**

Der Vorsitzende der vom Verfassungsschutz als rechtsextremistisch eingestuften N-Partei (V) meldete bei der Versammlungsbehörde für den 1. Mai eine Demonstration mit Kundgebung zum Thema „Gegen Sozialdumping und Massenarbeitslosigkeit“ an. Die Versammlung sollte in der Innenstadt von Potsdam stattfinden. Es werden etwa 500 Teilnehmer erwartet. Daraufhin verfügte die Versammlungsbehörde gemäß § 15 Abs. 1 Versammlungsgesetz des Bundes (VersG) ein Verbot der angemeldeten Versammlung sowie aller gleich gelagerten Ersatzveranstaltungen im Stadtgebiet. Zur Begründung führte die Versammlungsbehörde aus, dass die Durchführung der angemeldeten Versammlung zu einer Gefahr für die öffentliche Ordnung führen würde. Dem 1. Mai komme ein in der Gesellschaft eindeutiger Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zu. Sein Charakter beruhe auf dem historischen Engagement der sozialistisch orientierten Arbeiterbewegung. Mit seiner Anerkennung als gesetzlicher Feiertag würdige der Gesetzgeber den Beitrag der Arbeiterbewegung zur Begründung einer freiheitlichen Demokratie. Eine Demonstration der N-Partei, die sich des Symbolcharakters des 1. Mai bediene,

rufe zwangsläufig Assoziationen an die Pervertierung und Instrumentalisierung des Feiertags der Arbeiterbewegung durch das nationalsozialistische Regime hervor. Sie erinnere damit gleichzeitig an die Niederlage und Unterdrückung der Arbeiterbewegung im Dritten Reich. Zwischen der Denk- und Redeweise sowie den politischen Konzepten der N-Partei einerseits und dem Nationalsozialismus des Dritten Reichs andererseits bestehe eine auffallende Ähnlichkeit. Die N-Partei und die frühere NSDAP seien nach jüngerer Einschätzung der Bundesregierung wesensverwandt. Eine Demonstration von Mitgliedern der N-Partei am 1. Mai in Potsdam wäre daher geeignet, die Empfindungen vieler Menschen zu verletzen, die in der Tradition der Arbeiterbewegung stehen. Sie würde als Provokation empfunden und liefe damit darauf hinaus, den öffentlichen Frieden bewusst zu stören. V sieht sich durch das Verbot in seinem Grundrecht aus Art. 8 GG verletzt. Trifft diese Auffassung zu?

§ 15 Abs. 1 VersG: Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet ist.

Gehen Sie davon aus, dass Brandenburg noch kein eigenes Versammlungsrecht geschaffen hat.

Fall leicht abgewandelt nach BVerfG, NJW 2001, 2076 ff.

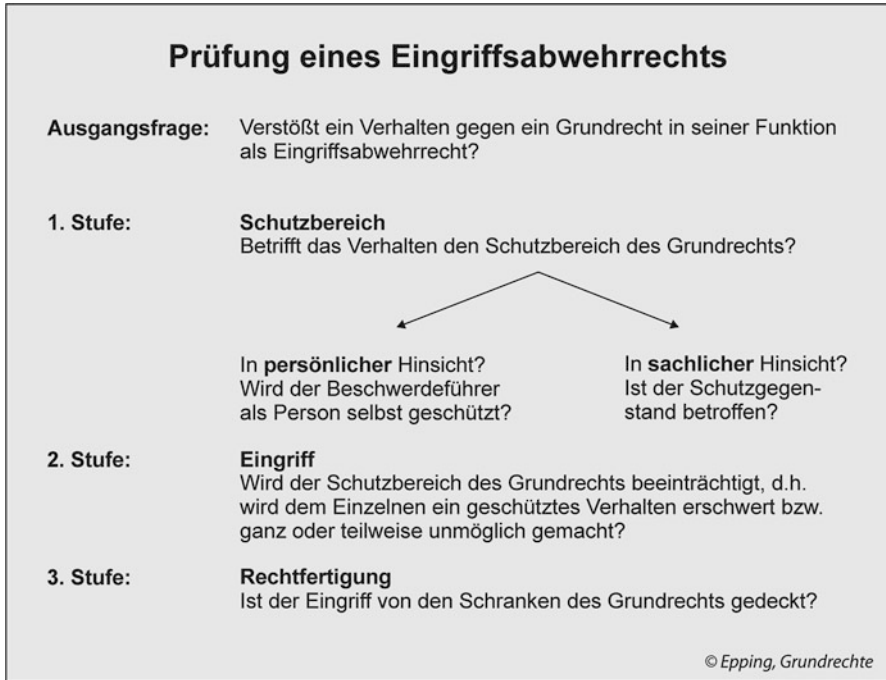
1. Grundrechtsprüfung – „Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung“

In der Fallbearbeitung stellt sich zumeist die Frage, ob ein bestimmtes staatliches Handeln gegen Grundrechte in ihrer Funktion als Eingriffsabwehrrechte verstößt. Jedes in Frage kommende Grundrecht wird dann üblicherweise mittels eines dreistufigen Schemas geprüft. Ein anderes Prüfungsschema gilt für die Gleichheitsrechte sowie für die Freiheitsrechte in ihrer leistungsrechtlichen Funktion.¹

26

¹ Näher zu den Leistungsrechten Rn. 141 ff. und zu den Gleichheitsrechten Rn. 776.

27



2. Schutzbereich der Versammlungsfreiheit

- 28** Erster Prüfungspunkt einer abwehrrechtlichen Prüfung ist der Schutzbereich des in Betracht kommenden Grundrechts. An dieser Stelle geht es um die Feststellung, ob ein Grundrecht nach seinem Schutzzumfang durch das untersuchte staatliche Handeln betroffen wird. Der Schutzzumfang ist in persönlicher und in sachlicher Hinsicht zu untersuchen.

a) Persönlicher Schutzbereich: „Alle Deutschen ...“

- 29** In persönlicher Hinsicht erfasst Art. 8 GG alle Deutschen. Als Deutsche gelten die deutschen Staatsbürger i. S. v. Art. 116 Abs. 1 GG. Anders als bei anderen Grundrechten, die als Menschenrechte für jedermann gelten (vgl. Art. 2, 5 GG), können sich Ausländer daher nicht auf den Schutz von Art. 8 Abs. 1 GG berufen. Sie erhalten aber einen Grundrechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG.²
- 30** Art. 8 GG gilt gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch für inländische juristische Personen des Privatrechts unabhängig von ihrer Rechtsform.³ Vereinigungen wie z. B. Parteien, Bürgerinitiativen oder Gewerkschaften stehen häufig als Veranstalter oder Organisatoren hinter Versammlungen. Die Versammlung selbst kann nicht Trägerin

² Vgl. Rn. 583 ff.

³ Vgl. Rn. 156 ff.

der Rechte aus Art. 8 GG sein, da sie nicht die für den Grundrechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 3 GG erforderliche organisatorische Verfestigung besitzt.⁴

b) Sachlicher Schutzbereich:

„haben das Recht (...), sich zu versammeln“

Art. 8 GG schützt das Recht, sich zu „versammeln“. Er erfasst nicht nur die „klassische Versammlungen“, sondern z. B. auch Mahnwachen, Schweigemärsche, Menschenketten und Protestcamps. Die Demonstration ist ein Unterfall der politischen Versammlung. Das Bundesverfassungsgericht hat den Demonstrationsbegriff wie folgt definiert: „In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, bei der die Teilnehmer in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen.“⁵ Der **Versammlungs-begriff** hat zwei Voraussetzungen:

Erstens muss es sich um eine körperliche Zusammenkunft **mehrerer Personen** handeln. Rein virtuelle Zusammenkünfte z. B. in Chatrooms stellen demnach keine Versammlung dar. Bei der „Ein-Mann-Demonstration“ liegt schon nach dem Wortsinn keine Versammlung vor. Nicht abschließend geklärt ist, die in der Praxis bedeutungslose Frage, wie viele Menschen für eine Versammlung erforderlich sind: Vorgeschlagen wird in Anlehnung an das BGB-Vereinsrecht eine Mindestzahl von sieben (§ 56 BGB) oder drei Personen (§ 73 BGB). Unklar bleibt aber, welcher Zusammenhang zwischen dem BGB-Vereinsrecht und dem grundrechtlichen Versammlungs-begriff bestehen soll. Zudem erfasst nicht nur der Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 GG eine aus zwei Personen bestehende „Versammlung“. Auch eine an Sinn und Zweck des Art. 8 GG orientierte Betrachtung spricht gegen eine höhere Mindestteilnehmerzahl, denn „systematische Isolierung (...) macht vor der Isolierung vom letzten Freund nicht Halt“.⁶ Aus diesen Gründen geht die große Mehrheit in der Literatur⁷ davon aus, dass bereits zwei Personen eine Versammlung bilden können.

Zweitens ist für eine Versammlung ein **gemeinsamer Zweck** der Teilnehmer erforderlich. Dadurch unterscheidet sich die Versammlung von „bloßen Ansammlungen oder Volksbelustigungen“.⁸ Der gemeinsame Zweck bewirkt eine innere Verbindung der Versammlungsteilnehmer, die in der gemeinschaftlichen Verfolgung eines Zieles liegt. Es genügt für Art. 8 GG daher nicht, wenn die Teilnehmer etwa eines Konzertes zwar alle den gleichen, aber dennoch keinen gemeinsamen, verbindenden Zweck verfolgen, sie also für die Zweckverfolgung nicht aufeinander angewiesen sind.

⁴ Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 8 Rn. 40.

⁵ BVerfGE 128, 226 (250) (Fraport).

⁶ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 8 Rn. 48 (Erstbearbeitung).

⁷ Depenheuer, in: Maunz/Dürig, Art. 8 Rn. 44; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 8 Rn. 24.

⁸ BVerfGE 69, 315 (343) (Brokdorf).

31

32

33

34 Nach der Rechtsprechung des BVerfG genügt nicht jeder beliebige Zweck⁹, um die Teilnehmer zu einer Versammlung i. S. v. Art. 8 Abs. 1 GG zu verbinden. Erforderlich ist vielmehr, dass die Zusammenkunft auf die **Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung** – auch durch nonverbale Kommunikation wie bei einem Schweigemarsch¹⁰ – gerichtet ist.¹¹ Diese Einschränkung folgt vor allem aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Historisch ist Art. 8 GG als politisches Kommunikationsgrundrecht zu verstehen, denn gerade politische Versammlungen waren (und sind) staatlichen Eingriffen besonders ausgesetzt. Wesentliches Element der Demokratie ist es aber, dass sich die Bürger ihre Meinung frei bilden und diese öffentlich und öffentlichkeitswirksam kundgeben können („Komplementärfunktion der Versammlungsfreiheit“). Im Hinblick darauf ist die Versammlungsfreiheit erkämpft worden. Betont man diese politische Funktion des Art. 8 GG, ist es konsequent, die gemeinsame Meinungsbildung und -kundgabe in öffentlichen Angelegenheiten als gemeinsamen Zweck zu fordern und – wie es das BVerfG in einer Kammerentscheidung getan hat¹² – Spaßveranstaltungen wie die Love Parade aus dem Schutzbereich auszuschließen. Stellt man hingegen darauf ab, dass Art. 8 GG der Persönlichkeitsentfaltung in der Gruppe dienen und die Isolierung des Einzelnen generell verhindern soll, so muss man jeden gemeinsamen Zweck ausreichen lassen.¹³

BVerfG, NJW 2001, 2459 (2460) (Love Parade): „Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, den Begriff der Versammlung im Sinne des Versammlungsgesetzes in Anlehnung an den verfassungsrechtlichen Versammlungsbegriff zu deuten und auf Veranstaltungen zu begrenzen, die durch eine gemeinschaftliche, auf Kommunikation angelegte Entfaltung mehrerer Personen gekennzeichnet sind. **Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit erhält seine besondere verfassungsrechtliche Bedeutung in der freiheitlichen demokratischen Ordnung des Grundgesetzes wegen des Bezugs auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung.** Namentlich in Demokratien mit parlamentarischem Repräsentativsystem und geringen plebiszitären Mitwirkungsrechten hat die Freiheit kollektiver Meinungskundgabe die Bedeutung eines grundlegenden Funktionselements. Das Grundrecht gewährleistet insbesondere Minderheitenschutz und verschafft auch denen Möglichkeiten zur Äußerung in einer größeren Öffentlichkeit, denen der direkte Zugang zu den Medien versperrt ist. **Dementsprechend sind Versammlungen im Sinne des Art. 8 GG örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zwecks gemeinschaftlicher Erörterung und Kundgebung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.** Die darauf bezogene Versammlungsfreiheit genießt einen gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG gesteigerten Schutz. Insbesondere unterliegt die Versammlungsfreiheit wegen der konstitutiven Bedeutung des Grundrechts für die Demokratie nur den in Art. 8 Abs. 2 GG vorgesehenen Schranken. Für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 8 GG reicht es nicht aus, dass die Teilnehmer bei ihrem gemeinschaftlichen Verhalten durch irgendeinen Zweck miteinander verbunden sind.“

⁹ Vgl. zu den Anforderungen an den Zweck *Brecht*, NVwZ 2007, 1358 ff.

¹⁰ BVerfG, NVwZ 2011, 422 (423 f.).

¹¹ BVerfGE 104, 92 (104) (Sitzblockaden III); 111, 147 (154) (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot); 128, 226 (250) (Fraport).

¹² BVerfG, NJW 2001, 2459 ff. (Love Parade) mit Bespr. *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274 ff.

¹³ So *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 8 Rn. 17 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 8 Rn. 26 f.

Die **sachliche Reichweite** des Schutzes von Versammlungen umfasst neben der Durchführung der eigentlichen Versammlung auch das Bestimmungsrecht des Veranstalters über Gegenstand der Versammlung, Ort und Zeit sowie Vorbereitung und Organisation.¹⁴ Art. 8 GG gewährt allerdings kein Recht, sich auf einem fremden Grundstück ohne Zustimmung des Eigentümers oder an Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind, zu versammeln.¹⁵ Nur dort, wo – wie etwa in einem Einkaufszentrum oder Flughafen – ein allgemeiner öffentlicher Verkehr bereits eröffnet ist, greift die Versammlungsfreiheit ein. In Bezug auf die Durchführung der Versammlung schützt Art. 8 GG nur die vorgenannten **versammlungs-spezifischen** Betätigungen, nicht aber sog. unspezifische Verhaltensweisen wie etwa Meinungsäußerungen bei Gelegenheit einer Versammlung.¹⁶ Für unspezifische Verhaltensweisen gilt der Schutz anderer Grundrechte wie z. B. der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.¹⁷ Aus Art. 8 GG soll außerdem das Recht folgen, einer Versammlung fern zu bleiben (sog. negative Freiheit¹⁸).

35

c) Sachlicher Schutzbereich: „friedlich und ohne Waffen“

Keinen Grundrechtsschutz aus Art. 8 GG genießen Versammlungen, die nicht friedlich und nicht ohne Waffen stattfinden. Bereits der **Schutzbereich** der Versammlungsfreiheit ist sachlich entsprechend **begrenzt**.

36

Relativ unproblematisch ist der **Waffenbegriff**: Darunter fallen jedenfalls alle Waffen im technischen Sinne, wie sie § 1 WaffG definiert. Waffen sind nach verbreiteter Auffassung aber auch diejenigen Gegenstände, die objektiv gefährlich sind und zum Zweck der Gewaltanwendung mitgeführt werden (etwa Baseballschläger und Eisenketten).¹⁹ In diesen Fällen ist die Versammlung aber auch meist bereits unfriedlich. Keine Waffe stellt die sog. „passive Bewaffnung“, also die Ausrüstung von Versammlungsteilnehmern mit Helmen und Schutzkleidung, dar.²⁰ Ebenso ist eine Vermummung keine Bewaffnung. In diesen Fällen kann aber der Rückschluss auf die Unfriedlichkeit zulässig sein.

37

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Der Verweis auf § 1 WaffG ist nur als eine Merkhilfe zu verstehen, da unter Beachtung der Normenhierarchie eine einfachrechtliche Definition nicht den Inhalt des Verfassungsrechts bestimmen kann.²¹ Der Begriff der Waffe ist

¹⁴ BVerfGE 69, 315 (343) (Brokdorf); 84, 203 (209) (Republikaner); 104, 92 (108) (Sitzblockaden III); 128, 226 (250 f.) (Fraport).

¹⁵ BVerfGE 128, 226 (251) (Fraport); BVerfG, NJW 2015, 2485 (Bierdosenflashmob); dazu *Schulenberg*, DÖV 2016, 55 ff.

¹⁶ BVerfGE 90, 241 (246) (Auschwitzlüge); 111, 147 (155) (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot).

¹⁷ Vgl. Rn. 258 ff.

¹⁸ Vgl. Rn. 313 f., 880 ff.

¹⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 8 Rn. 45 f. m. w. N.

²⁰ *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 8 Rn. 27; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 8 Rn. 47 m. w. N.

eigenständig aus der Verfassung zu gewinnen. Aus diesem Grund darf in einer Klausur zur Definition des Waffenbegriffs des Art. 8 Abs. 1 GG nicht auf § 1 WaffG abgestellt werden.

- 38** Schwieriger zu bestimmen ist, wann eine Versammlung **unfriedlich** ist. Unfriedlich ist eine Versammlung, wenn die Versammlung als Ganzes zu Gewalttätigkeiten und Aufruhr führt und damit kollektive Unfriedlichkeit gegeben ist. Rechtsverstöße und auch die Verwirklichung von Straftatbeständen genügen nicht, solange diese nicht zur Anwendung von Gewalt gegen Personen oder Sachen führt. Bloße Behinderungen Dritter führen daher auch dann nicht zur Unfriedlichkeit einer Versammlung, wenn sie gezielt erfolgen.²² Andernfalls könnte der Gesetzgeber mit den Vorschriften des einfachen Rechts den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit bestimmen und das Grundrecht im Ergebnis aushöhlen. Schließlich genügt die Unfriedlichkeit einzelner Teilnehmer nicht, um die gesamte Versammlung vom Schutz des Art. 8 GG auszuschließen. Andernfalls hätte es jeder Einzelne in der Hand, eine Versammlung zu sprengen und das Grundrecht der anderen Versammlungsteilnehmer leer laufen zu lassen.²³

BVerfGE 69, 315 (359 ff.) (Brokdorf): „Die Verfassung gewährleistet lediglich das Recht, sich „friedlich und ohne Waffen zu versammeln“. Mit dem Erfordernis der Friedlichkeit, das schon in der Paulskirchen-Verfassung und ebenso in der Weimarer Verfassung enthalten war, wird etwas klargestellt, was bereits aus der Rechtsnatur der Versammlungsfreiheit folgt, soweit sie als Mittel zur geistigen Auseinandersetzung und zur Einflussnahme auf die politische Willensbildung verstanden wird. (...) **Ein Teilnehmer verhält sich jedenfalls dann unfriedlich, wenn er Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen begeht.** Auf deren Vermeidung muss eine Rechtsordnung, die nach Überwindung des mittelalterlichen Faustrechts die Ausübung von Gewalt nicht zuletzt im Interesse schwächerer Minderheiten beim Staat monopolisiert hat, strikt bestehen. Das ist Vorbedingung für die Gewährleistung der Versammlungsfreiheit als Mittel zur aktiven Teilnahme am politischen Prozess und – wie die Erfahrungen mit den Straßenkämpfen während der Weimarer Republik gezeigt haben – für eine freiheitliche Demokratie auch deshalb unverzichtbar, weil die Abwehr von Gewalttätigkeiten freiheitsbegrenzende Maßnahmen auslöst. Von den Demonstranten kann ein friedliches Verhalten umso mehr erwartet werden, als sie dadurch nur gewinnen können, während sie bei gewalttätigen Konfrontationen am Ende stets der Staatsgewalt unterliegen werden und zugleich die von ihnen verfolgten Ziele verdunkeln.

Die Anordnung eines Versammlungsverbotes wirkt verfassungsrechtlich auch bei **Großdemonstrationen keine besonderen Probleme auf, wenn die Prognose mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der Veranstalter und sein Anhang Gewalttätigkeiten beabsichtigen oder ein solches Verhalten anderer zumindest billigen werden.** Eine derartige Demonstration wird als unfriedlich von der Gewährleistung des Art. 8 GG überhaupt nicht erfasst; ihre Auflösung und ihr Verbot können daher dieses Grundrecht nicht verletzen. Ähnlich klar erscheint die Rechtslage, wenn sich umgekehrt der Veranstalter und sein Anhang friedlich verhalten und Störungen lediglich von Außenstehenden (Gegendemonstrationen, Störgruppen) ausgehen. Für diesen Fall wird in der Literatur zutreffend gefordert,

²¹ Zum Sonderfall der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber vgl. Rn. 433 ff.

²² BVerfGE 104, 92 (106) (Sitzblockaden III).

²³ BVerfGE 69, 315 (360 f.) (Brokdorf).

dass sich behördliche Maßnahmen primär gegen die Störer richten müssen und dass nur unter den besonderen Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes gegen die Versammlung als Ganze eingeschritten werden dürfe.

Steht kollektive Unfriedlichkeit nicht zu befürchten, ist also nicht damit zu rechnen, dass eine Demonstration im Ganzen einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 2 VersG [des Bundes]) oder dass der Veranstalter oder sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben (vgl. § 5 Nr. 3 VersG [des Bundes]) oder zumindest billigen, **dann muss für die friedlichen Teilnehmer der von der Verfassung jedem Staatsbürger garantierte Schutz der Versammlungsfreiheit auch dann erhalten bleiben**, wenn einzelne andere Demonstranten oder eine Minderheit Ausschreitungen begehen. Würde unfriedliches Verhalten Einzelner für die gesamte Veranstaltung und nicht nur für die Täter zum Fortfall des Grundrechtsschutzes führen, hätten diese es in der Hand, Demonstrationen „umzufunktionieren“ und entgegen dem Willen der anderen Teilnehmer rechtswidrig werden zu lassen; praktisch könnte dann jede Großdemonstration verboten werden, da sich nahezu immer „Erkenntnisse“ über unfriedliche Absichten eines Teiles der Teilnehmer beibringen lassen.“

3. Eingriffe

In ihrer abwehrrechtlichen Funktion gegen staatliches Handeln werden die Freiheitsrechte dann aktiviert, wenn ein Eingriff in ein Grundrecht vorliegt. Eingriff ist **jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, welches in den Schutzbereich fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht oder erschwert.**²⁴

Art. 8 Abs. 1 GG selbst benennt zwei Arten von grundsätzlich unzulässigen Eingriffen: die Anmelde- und die Erlaubnispflicht. Weitere Eingriffe sind in den weiter fortgeltenden §§ 14 ff. VersG des Bundes und in den landesrechtlichen Regelungen zum Versammlungsrecht²⁵ benannt; von praktischer Bedeutung sind insbesondere die Möglichkeit von Auflagen bzw. eines Versammlungsverbots in § 15 VersG des Bundes. Ferner stellen sich auch faktische Beeinträchtigungen wie etwa Behinderungen der Anreise oder langwierige Kontrollen mit dem Ziel, die Versammlung zu verzögern, als Eingriffe dar. Nicht abschließend geklärt ist die Frage nach der Eingriffsqualität von staatlichen Überwachungsmaßnahmen. Jedenfalls dann, wenn die Überwachung z. B. mittels Videokameras ein Ausmaß erreicht, das geeignet ist, potenzielle Teilnehmer abzuschrecken, nimmt das BVerfG einen Eingriff an, um die Entschlussfreiheit der potenziellen Teilnehmer zu schützen.²⁶

4. Rechtfertigung von Eingriffen

Letzter Punkt einer abwehrrechtlichen Prüfung ist die Frage nach der Rechtfertigung eines Eingriffs. Bisher wurde auf der Ebene des Schutzbereichs untersucht, ob das Verhalten des Betroffenen überhaupt von dem geltend gemachten Grundrecht erfasst wird, und auf der Eingriffsebene festgestellt, ob ein staatliches Handeln

²⁴ Vgl. zum Eingriffsbegriff Rn. 390 ff.

²⁵ Vgl. Rn. 47.

²⁶ BVerfGE 69, 315 (349) (Brokdorf) mit Verweis auf BVerfGE 65, 1 (43) (Volkszählung).

39

40

41

in den Schutzbereich eingreift. Keine Aussage ist bislang aber darüber getroffen, ob das staatliche Handeln zulässig ist, obwohl es in ein Grundrecht eingreift. An die Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen, d.h. deren Rechtfertigung, stellt das Grundgesetz besondere Anforderungen: Ein Eingriff in den Schutzbereich ist nur gerechtfertigt, wenn er von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

42

Rechtfertigung von Eingriffen (3. Stufe)

Frage: Ist ein Eingriff in ein Grundrecht gerechtfertigt?

1. Schranken

Verfügt das Grundrecht über eine Einschränkungsmöglichkeit, z.B.

- einfacher Gesetzesvorbehalt
- qualifizierter Gesetzesvorbehalt
- kein Gesetzesvorbehalt, aber kollidierendes Verfassungsrecht?

2. Schranken-Schranken

Ist der Eingriff von den Schranken des Grundrechts gedeckt?

a) Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

- aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit
- bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit
 - (1) Ggf. besondere Anforderungen der jeweiligen Schranke
 - (2) Ggf. Art. 19 Abs. 1, 2 GG
 - (3) Verhältnismäßigkeit

b) Ggf. Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes

- aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit
- bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit (insb. Verhältnismäßigkeit)

© Epping, Grundrechte

a) Schranken

- 43** Grundrechtseingriffe sind nur zulässig, soweit das betreffende Grundrecht eine **Einschränkungsmöglichkeit**, eine sog. Schranke, vorsieht. Üblicherweise formuliert das Grundgesetz, dass ein bestimmtes Grundrecht „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ beschränkt werden kann (vgl. nur Art. 8 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 GG). „Durch Gesetz“ meint die Einschränkungsmöglichkeit durch Gesetze im materiellen Sinne.²⁷ Dies sind sowohl Parlamentsgesetze als auch Rechtsverordnungen.²⁸ „Auf Grund eines Gesetzes“ bedeutet hingegen die Einschränkungsmöglichkeit durch staatliches Handeln unterhalb der Ebene des Gesetzes, also etwa durch Verwaltungsakt, Urteil oder auch Realakt. Im Grundgesetz finden sich aber auch anders formulierte Schranken (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG). Im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung muss zunächst eine Schranke des jeweiligen Grundrechts ermittelt werden.

²⁷ Vgl. Rn. 748.

²⁸ BVerfGE 33, 125 (156) (Facharzt). Ausführlich dazu *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, § 80, S. 445 ff. m. w. N.

Art. 8 Abs. 1 GG selbst enthält keine solche Schranke. In **Art. 8 Abs. 2 GG** sieht das Grundgesetz allerdings vor, dass das Versammlungsgrundrecht „für Versammlungen unter freiem Himmel (...) durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden kann“. Damit also Einschränkungen nach Art. 8 Abs. 2 GG zulässig sind, muss es sich um eine **Versammlung unter freiem Himmel** handeln. Auch wenn der Wortlaut eindeutig zu sein scheint, ist dennoch nicht jede nicht überdachte Versammlung eine solche „unter freiem Himmel“. Umgekehrt gibt es auch unter einem Dach stattfindende Versammlungen, die dennoch „unter freiem Himmel“ i. S. v. Art. 8 Abs. 2 GG stattfinden. Dieses Ergebnis ergibt sich aus einer an Sinn und Zweck orientierten (teleologischen) Auslegung: Art. 8 Abs. 2 GG soll dem Staat Eingriffe bei Versammlungen ermöglichen, bei denen ein erhöhtes Konfliktpotenzial besteht.²⁹ Dies sind regelmäßig Veranstaltungen, die unbegrenzt für jedermann zugänglich sind, die also an Orten stattfinden, die an den Seiten keinerlei Begrenzung etwa durch Mauern oder Zäune aufweisen und die daher für Störungen besonders anfällig sind. Es kommt also darauf an, ob derartige Begrenzungen vorhanden sind, die den unkontrollierten Zugang für jedermann versperren. Danach ist einerseits eine Versammlung in einem Stadion auch bei fehlender Überdachung keine Versammlung unter freiem Himmel. Andererseits stellt eine Versammlung auf einem überdachten Busbahnhof dennoch eine Versammlung unter freiem Himmel dar.

BVerfGE 128, 226 (255 f.) (Fraport): „Der Begriff der „**Versammlung unter freiem Himmel**“ des Art. 8 Abs. 2 GG darf nicht in einem engen Sinne als Verweis auf einen nicht überdachten Veranstaltungsort verstanden werden. Sein Sinn erschließt sich vielmehr zutreffend erst in der Gegenüberstellung der ihm unterliegenden versammlungsrechtlichen Leitbilder: Während „Versammlungen unter freiem Himmel“ idealtypisch solche auf öffentlichen Straßen und Plätzen sind, steht dem als Gegenbild die Versammlung in von der Öffentlichkeit abgeschiedenen Räumen wie etwa in Hinterzimmern von Gaststätten gegenüber. Dort bleiben die Versammlungsteilnehmer unter sich und sind von der Allgemeinheit abgeschirmt, so dass Konflikte, die eine Regelung erforderten, weniger vorgezeichnet sind. Demgegenüber finden Versammlungen „unter freiem Himmel“ in der **unmittelbaren Auseinandersetzung mit einer unbeteiligten Öffentlichkeit** statt. Hier besteht im Aufeinandertreffen der Versammlungsteilnehmer mit Dritten ein **höheres, weniger beherrschbares Gefahrenpotenzial**: Emotionalisierungen der durch eine Versammlung herausgeforderten Auseinandersetzung können sich im Gegenüber zu einem allgemeinen Publikum schneller zuspitzen und eventuell Gegenreaktionen provozieren. Die Versammlung kann hier leichter Zulauf finden, sie bewegt sich als Kollektiv im öffentlichen Raum. Art. 8 Abs. 2 GG ermöglicht es dem Gesetzgeber, solche Konflikte abzufangen und auszugleichen. Er trägt dem Umstand Rechnung, dass in solcher Berührung mit der Außenwelt ein besonderer, namentlich organisations- und verfahrensrechtlicher Regelungsbedarf besteht, um einerseits die realen Voraussetzungen für die Ausübung des Versammlungsrechts zu schaffen, andererseits kollidierende Interessen anderer hinreichend zu wahren.“

Liegt eine Versammlung unter freiem Himmel vor, stellt Art. 8 Abs. 2 GG an mögliche Einschränkungen keine weiteren materiellen Anforderungen. Es handelt sich daher – anders als etwa Art. 11 Abs. 2 GG³⁰ – um einen **einfachen Gesetzes-**

²⁹ BVerfGE 69, 315 (348) (Brokdorf).

³⁰ Vgl. Rn. 748.

vorbehalt, der als Schranke zu Eingriffen ermächtigt. Einen weiteren Gesetzesvorbehalt enthält Art. 17a Abs. 1 GG.

b) Schranken-Schranken

- 46 Dennoch steht nicht jeder Eingriff, der durch oder auf Grund eines Gesetzes erfolgt, ohne weiteres mit dem Grundgesetz in Einklang. Der Einschränkung von Grundrechten auf Grund der Schranken sind ebenfalls Grenzen – die sog. Schranken-Schranken – gesetzt: Das eingreifende Gesetz selbst muss formell und materiell verfassungsgemäß sein, und auch die Anwendung des Gesetzes darf nicht gegen die Verfassung verstoßen. Die praktisch bedeutsamste Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in die Versammlungsfreiheit sind § 15 Abs. 1 VersG des Bundes sowie die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen wie § 8 NVersG zum Schutz der öffentlichen Sicherheit.

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit des eingreifenden Gesetzes

- 47 Wenn der Sachverhalt diesbezügliche Anhaltspunkte bietet, sind an dieser Stelle z. B. Gesetzgebungskompetenz und -verfahren zu überprüfen. Die **Gesetzgebungskompetenz** für das **Versammlungsrecht** liegt seit der Föderalismusreform 2006 gemäß Art. 70 GG **bei den Ländern**. Zuvor bestand eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG, von der der Bund mit dem Versammlungsgesetz Gebrauch gemacht hatte. Gemäß Art. 125a Abs. 1 GG gilt das Versammlungsgesetz des Bundes fort, solange nicht die Länder eigene Versammlungsgesetze erlassen haben. Mittlerweile verfügen Bayern, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein über eigene Versammlungsgesetze mit zum Teil sehr detaillierten, über das Versammlungsgesetz des Bundes hinausgehenden Regelungen.³¹

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit des eingreifenden Gesetzes

- 48 Art. 8 Abs. 2 GG ermöglicht dem Gesetzgeber zwar ebenso wie die Gesetzesvorbehalte anderer Grundrechte, das Grundrecht einzuschränken. Dennoch muss der Staat die Grundrechte seiner Bürger so weit wie möglich achten; der Grundrechtseingriff soll die Ausnahme, die Freiheit hingegen die Regel bleiben. Dies ergibt sich sowohl aus der Grundrechtsbindung des Staates (Art. 1 Abs. 3 GG) wie auch aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG). Eingriffe sind daher nur dann gerechtfertigt, wenn sie dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** (auch: **Übermaßverbot**) entsprechen, also in Bezug auf einen legitimen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sind.
- 49 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt eines der entscheidenden Elemente der Grundrechtsdogmatik dar. Indem die Gerichte bei jedem Grundrechtseingriff umfassend überprüfen, ob ein bestimmtes Mittel verhältnismäßig ist, kommt den

³¹ Berlin hat bisher nur einen Teilbereich des Versammlungsrechts durch Landesrecht geregelt; § 19a des Versammlungsgesetzes des Bundes wurde durch das „Gesetz über Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen“ vom 23.4.2013 ersetzt. Im Übrigen gilt das Versammlungsgesetz des Bundes fort.

Gerichten eine **umfassende Prüfungs- und Letztentscheidungsbefugnis** bezüglich allen staatlichen Handelns zu. Diese Befugnis ist zwar im Grundgesetz in Art. 19 Abs. 4, Art. 92 ff. GG angelegt und trägt entscheidend zur Freiheitssicherung bei. Problematisch wird der ausgedehnte Prüfungsumfang aber dann, wenn die Gerichte ihre eigenen Wertentscheidungen an die Stelle der Entscheidungen des vom Volk unmittelbar gewählten Gesetzgebers setzen, ohne dass sich diese Wertentscheidungen aus dem Grundgesetz ergeben. Gerade die Verhältnismäßigkeitsprüfung, die jeder Grundrechtseingriff mit sich bringt, bietet für eine solche Verschiebung der Gewalten viel Raum. Besonders hier ist daher richterliche Zurückhaltung („judicial self-restraint“) geboten.

(1) Legitimer Zweck

Jedes staatliche Handeln muss einem legitimen Zweck dienen. Dieser Zweck ist zunächst präzise herauszuarbeiten, da alle weiteren Prüfungspunkte auf eben diesen Zweck bezogen sind. Bei Rechtsnormen ist der Zweck durch Auslegung zu ermitteln. Zunächst kann dabei an den subjektiven Willen des Gesetzgebers angeknüpft werden, indem das Gesetz im Wege der genetischen Auslegung³² untersucht wird: Sämtliche „Nicht-Normtexte“, insbesondere Begründungen zu Gesetzesentwürfen, Ausschussprotokolle, Anträge, stenografische Aufzeichnungen von Plenardebatten, Denkschriften im Gesetzgebungsverfahren usw. können dazu dienen, die gesetzgeberische Intention herauszuarbeiten. Üblich ist es, dass der Staat mit einer Maßnahme zugleich mehrere Zwecke verfolgt. In derartigen Fällen sind alle verfolgten Zwecke aufzuführen.³³ Auch Ziele, die der Gesetzgeber nach den Ergebnissen der genetischen Auslegung, also subjektiv, nicht in Betracht gezogen hat, sind im Wege einer Verobjektivierung zu ermitteln und aufzuführen.³⁴ Im Zweifel ist nicht der subjektive Wille des Gesetzgebers, sondern der **objektiv erkennbare Normzweck** entscheidend.³⁵

Fälle, in denen kein legitimer Zweck zu erkennen ist, sind sehr selten. Der Gesetzgeber stößt an Grenzen, wenn er vom Grundgesetz missbilligte Ziele verfolgt oder sich in unauflösbaren Widerspruch zu anderweitigen gesetzlichen Festlegungen setzt.³⁶ Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wäre es beispielsweise nicht legitim, wenn der Staat ein Gesetz mit dem Zweck erlässt, Frauen zu diskriminieren. Weitere Anforderungen können sich aus den Grundrechtsschranken ergeben. Besonders die qualifizierten Gesetzesvorbehalte wie etwa Art. 11 Abs. 2 GG können weitere Anforderungen enthalten, die allerdings nur für das jeweilige Grundrecht gelten. Ein legitimer Zweck im Versammlungsrecht ist es etwa, Ausschreitungen und Gewalt zu verhindern und dadurch Gesundheit und Eigentum der Bürger zu schützen.

³² Vgl. zur genetischen Auslegung *Butzer/Epping*, S. 35.

³³ Zur Bestimmung des Zwecks eingehend *Cremer*, NVwZ 2004, 668 ff.

³⁴ BVerfG, NJW 1998, 1776 (1777).

³⁵ BVerfGE 1, 299 (312) (Wohnungsbauförderung); 11, 126 (129 ff.) (Nachkonstitutioneller Bestätigungswille); 110, 226 (248) (Geldwäsche).

³⁶ BVerfGE 138, 136 (187 f.) (Privilegierung von Betriebsvermögen).

52

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung sollte die Verhältnismäßigkeit stets sehr sorgfältig und unter Ausschöpfung aller im Sachverhalt angelegten Argumente geprüft werden. Häufig liegt hier ein Schwerpunkt des Falles. Besonders entscheidend ist dabei, dass zu Beginn alle Gesetzeszwecke präzise herausgestellt werden. Ein typischer Fehler ist es, als Zweck lediglich das „Allgemeinwohl“ oder das „öffentliche Interesse“ zu nennen. Das ist unzureichend und führt regelmäßig zu Folgefehlern. Denn die im Rahmen der Angemessenheitsprüfung vorzunehmende Abwägung zwischen dem abstrakten „Allgemeininteresse“ und dem Grundrecht des Einzelnen kann nicht überzeugend gelingen.

(2) Eignung

53

Die Maßnahme muss ferner geeignet sein, den festgestellten Zweck zu erreichen. Dabei darf der einmal bestimmte Zweck weder verengt noch erweitert werden. Geeignet ist eine Maßnahme schon dann, wenn sie der Zweckerreichung in irgendeiner Weise **dienlich** ist.³⁷ Es genügt die Möglichkeit der Zweckerreichung.³⁸ Nicht geprüft wird dagegen, ob die Maßnahme auch zweckmäßig ist. Überdies besteht ein weiterer **Einschätzungs- und Prognosespielraum** des Gesetzgebers.³⁹ In der Rechtsprechung gibt es daher nur wenige Fälle, in denen bereits die Eignung verneint wurde, weil das eingesetzte Mittel objektiv und schlechthin ungeeignet war.⁴⁰

54

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Sowohl in der Praxis als auch in Klausuren ist es sehr selten, dass eine Maßnahme offenkundig vollkommen am Ziel vorbeigeht. Insofern bietet es sich in der Regel an, die Zweckdienlichkeit mit knappen Worten zu bejahen.

(3) Erforderlichkeit

55

Weiter muss der Eingriff zur Zweckerreichung erforderlich (notwendig) sein. Erforderlich ist das zur Zweckerreichung mildeste Mittel. Unter mehreren Mitteln **mit gleicher Erfolgseignung** muss dasjenige gewählt werden, das die geringste Eingriffsintensität aufweist. Wenn also die Versammlungsbehörde Ausschreitungen sowohl dadurch verhindern kann, dass sie die Demonstration verbietet, als auch dadurch, dass sie der Versammlungsleitung aufgibt, eine andere Route zu wählen, ist nur das letztgenannte mildere Mittel erforderlich. Das BVerfG erkennt auch bei der Prüfung der Erforderlichkeit an, dass dem Gesetzgeber ein weiterer **Einschät-**

³⁷ BVerfGE 30, 250 (263 f.) (Absicherungsgesetz); 103, 293 (307) (Urlaubsanrechnung).

³⁸ BVerfGE 119, 59 (84) (Hufversorgung); 138, 136 (189) (Privilegierung von Betriebsvermögen).

³⁹ BVerfGE 90, 145 (173) (Cannabis); 110, 141 (157) (Kampfhunde).

⁴⁰ Beispielsweise BVerfGE 17, 306 ff. (Mitfahrzentrale); 19, 330 ff. (Sachkundenachweis); 55, 159 ff. (Falknerjagdschein).

zungs- und Prognosespielraum zukommt.⁴¹ Die Erforderlichkeit einer Maßnahme verneint das Gericht nur dann, wenn „die sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung (...) bei dem als Alternative vorgeschlagenen geringeren Eingriff in *jeder* Hinsicht eindeutig“ feststeht.⁴²

Beispiel: Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung bei der Versammlungsfreiheit kommt der „Kooperationspflicht“⁴³ besondere Bedeutung zu. Kooperiert der Veranstalter mit der Versammlungsbehörde und zeigt er sich hinsichtlich einzelner Versammlungsmodalitäten kompromissbereit, rückt die Schwelle für ein behördliches Eingreifen entsprechend höher; es ist dann unter Umständen nicht mehr erforderlich. Die „Kooperationspflicht“ ist jedoch lediglich eine Obliegenheit, keine Rechtspflicht im technischen Sinn.⁴⁴

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Bei der Frage der Erforderlichkeit liegt in Klausuren und Hausarbeiten selten ein Problem. Es taucht aber immer wieder die Frage auf, inwieweit sich der Bearbeiter selbst Gedanken über mögliche Alternativen machen muss. Grundsätzlich haben die Verfasser die Erfahrung gemacht, dass derartige Überlegungen honoriert werden, wenn sie nicht zu breit ausfallen. Jedenfalls dann, wenn sich eine Alternative aufdrängt, sollte aber Stellung bezogen werden. Das Gleiche gilt natürlich, wenn im Sachverhalt eine Alternative konkret aufgezeigt wird. Das BVerfG selbst ist bei der Verneinung der Erforderlichkeit sehr zurückhaltend. Die Alternative muss in jeder Hinsicht eindeutig gleichwertig sein. Daran fehlt es beispielsweise schon dann, wenn ein Dritter stärker belastet wird.

56

(4) Angemessenheit⁴⁵

Verhältnismäßig ist ein Eingriff schließlich nur, wenn er gegenüber dem verfolgten Ziel angemessen ist. Dabei bedarf es einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der staatlicherseits mit dem Eingriff verfolgten Ziele. **Je schwerwiegender der Eingriff ist, umso wichtiger muss das Ziel sein**, um einen Eingriff zu rechtfertigen. Die Grenze, die die Verfassung setzt, ist das **Übermaßverbot**.⁴⁶ Diese ist überschritten, wenn eine Maßnahme für den Einzelnen im Verhältnis zu den staatlichen Zielen unzumutbar ist. Ein Eingriff darf überdies nie zu einer Verletzung der gemäß Art. 1 Abs. 1 GG unantastbaren Menschenwürdegarantie führen.⁴⁷ Den staatlichen Organen steht im

57

⁴¹ BVerfGE 102, 197 (218) (Spielbankengesetz Baden-Württemberg); 110, 141 (157) (Kampfhunde); 117, 163 (189) (Erfolgshonorare).

⁴² BVerfGE 30, 292 (319) (Erdölbevorratung); 90, 145 (173) (Cannabis); 105, 17 (36) (Sozialpandbriefe).

⁴³ Dazu BVerfGE 69, 315 (362) (Brokdorf); BVerfG, NJW 2000, 3051 (3053) und Kahl, JuS 2000, 1090 (1092 f.).

⁴⁴ Vgl. z. B. Art. 14 Abs. 1 S. 2 BayVersG, § 6 NVersG.

⁴⁵ Synonyme werden verwendet: Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, Proportionalität.

⁴⁶ BVerfGE 90, 145 (173) (Cannabis); 105, 17 (36) (Sozialpandbriefe).

⁴⁷ Vgl. Rn. 617 ff.

Rahmen der Angemessenheitsprüfung **kein Einschätzungsspielraum** zu. Vielmehr geben die Grundrechte als Abwehrrechte das Ziel – den eingriffsfreien Zustand – eindeutig vor. Weicht der Staat davon mittels eines Grundrechtseingriffs ab, obliegt dem BVerfG die vollständige Überprüfung, ob eine Rechtfertigung durch hinreichend gewichtige Ziele vorliegt.

58 In einer jüngeren Entscheidung hat das BVerfG allerdings einen auch auf die Angemessenheitsprüfung bezogenen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers anerkannt.⁴⁸ Zur Begründung wird auf die Besonderheiten **mehrpoliger Konfliktlagen** verwiesen, in denen die Interessen mehrerer Beteiligter miteinander kollidieren.⁴⁹ Mehrpolige Konfliktlagen sind bei Grundrechtseingriffen allerdings eher die Regel als die Ausnahme. Grundrechtseingriffe dienen in aller Regel dazu, kollidierende Interessen zum Ausgleich zu bringen. Bislang hat das BVerfG auch in solchen Fällen stets eine vollständige Angemessenheitsprüfung vorgenommen.⁵⁰ Lediglich soweit es auf Prognosen ankommt, ist ein entsprechender Spielraum anerkannt.⁵¹ Es bleibt daher offen, in welchem Verhältnis die Entscheidung zu der bisherigen ständigen Rechtsprechung steht und welche dogmatische Begründung die zu einer gravierenden Abschwächung des Grundrechtsschutzes führende Beschränkung der Prüfungstiefe trägt.

59 In der Praxis ist die Angemessenheitsprüfung nicht unproblematisch. Denn im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Prüfung müssen die **Maßstäbe** der Prüfung aus der Verfassung selbst abgeleitet werden. Der Verfassung müssen also Anhaltspunkte dafür entnommen werden, wie gewichtig das staatliche Ziel und wie schwerwiegend der Eingriff in das betroffenen Grundrecht ist, um Ziel und Eingriff gegeneinander abwägen zu können.

BVerfGE 92, 277 (327) (DDR): „Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne verlangt eine Abwägung zwischen Gemeinwohlbelangen, zu deren Wahrnehmung es erforderlich ist, in Grundrechte einzugreifen, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen. Die Gewichtung der miteinander in Verbindung zu setzenden und abzuwägenden widerstreitenden Interessen macht es erforderlich, die für das jeweilige Interesse erheblichen Bedingungen und Auswirkungen der Eingriffsregelung in ihrem Zusammenwirken zu würdigen. **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne enthält als solcher aber keine inhaltlichen Aussagen darüber, welche Auswirkungen und Bedingungen eines staatlichen Eingriffs in die Abwägung einzubeziehen sind und wann ein Mittel verhältnismäßig ist und wann nicht. Insoweit bedarf es einer wertenden verfassungsrechtlichen Entscheidung im jeweiligen Einzelfall.**“

60 Vergleichsweise einfach zu handhaben sind die Fälle, in denen das staatlicherseits verfolgte Ziel selbst Verfassungsrang hat. Dies ist etwa der Fall, wenn der Staat zu Gunsten der Grundrechte Dritter eingreift oder aber im Hinblick auf den Umweltschutz (Art. 20a GG) tätig wird. In diesen Fällen lässt sich der Verfassung selbst eine – wenn auch vage – Aussage über den Stellenwert des Zieles entnehmen.

⁴⁸ BVerfGE 115, 205 (234) (Betriebs- und Geschäftsgeheimnis).

⁴⁹ BVerfGE 115, 205 (233) (Betriebs- und Geschäftsgeheimnis).

⁵⁰ BVerfGE 104, 357 (368 ff.) (Apothekenöffnungszeiten); 110, 141 (165 ff.) (Kampfhunde).

⁵¹ Vgl. BVerfGE 114, 196 (248) (Arzneimittelzwangsabbau). Zutreffend insbesondere das Sonder-votum von Gaier zu BVerfGE 118, 1 (38) (Kappungsgrenze).

Derartige **Wertungen** ergibt die Verfassungsauslegung aber nicht in jedem Fall, so dass die Abwägung Gefahr läuft, sich in verfassungsrechtlich nicht fundierten und mehr oder weniger willkürlichen Annahmen zu verlieren.⁵² Gerade in diesen Fällen ist es entscheidend, die Bewertungskriterien offen zu legen. Gleichwohl bleibt die Angemessenheitsprüfung problematisch, weil sie vielfach rationaler Kriterien entbehrt und auf subjektive, eigentlich dem Bereich des Politischen zugeordnete Wertentscheidungen hinausläuft.

Beispiel: Im Versammlungsrecht mag eine Überwachung mit Kameras bereits dann angemessen sein, wenn erste Anhaltspunkte dafür bestehen, dass aus der Menge heraus Straftaten begangen werden. Eine Auflösung der Versammlung hingegen ist jedenfalls dann unangemessen, wenn nicht konkrete Straftaten für überragend wichtige Rechtsgüter wie das Leben unmittelbar bevorstehen.

(4) Angemessenheit

In der Fallbearbeitung bietet es sich an, im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zunächst die Wertigkeit des Zwecks und die Eingriffsintensität des Mittels isoliert zu betrachten und erst anschließend Zweck und Mittel gegeneinander abzuwägen. Kann man die Wertigkeit des Zwecks aus der Verfassung begründen, muss dies unbedingt erfolgen. Hinsichtlich der Eingriffsintensität bieten sich Kriterien wie Dauer, Häufigkeit und Ausmaß der Beeinträchtigung an. Argumentativ berücksichtigt werden kann auch, ob und inwieweit ein Eingriff besonders sensible Bereiche der Persönlichkeit berührt. Gelangt ein Eingriff in die Nähe einer Verletzung der Menschenwürde, sind die Anforderungen an seine Rechtfertigung besonders hoch. Auf die diesbezügliche Argumentation sollte man hinreichend Zeit und Platz verwenden, da hier zumeist ein Schwerpunkt verfassungsrechtlicher Arbeiten liegt.⁵³ Jedenfalls für Prüfungsarbeiten ist dringend davon abzuraten, einen diesbezüglichen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers anzunehmen und sich auf eine Vertretbarkeitskontrolle zu beschränken.

61

cc) Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung

Ist das den Eingriff erlaubende Gesetz selbst verfassungsgemäß, so ist die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesanwendung im Einzelfall zu prüfen. Die **konkrete** Gesetzesanwendung muss sich dabei im Rahmen des Gesetzes halten und darf ebenfalls nicht unverhältnismäßig in das Grundrecht eingreifen.

62

Im Versammlungsrecht ist vor allem die Auslegung des § 15 VersG des Bundes häufig Gegenstand von Auseinandersetzungen. Die Vorschrift dient dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die öffentliche Sicherheit umfasst den Schutz

63

⁵² Vgl. das Minderheitsvotum in BVerfGE 92, 277 (350 f.) (DDR).

⁵³ Vgl. zur Abwägung in der Fallbearbeitung *Michael*, JuS 2001, 654 ff.

der Individual- und der Gemeinschaftsgüter sowie den Bestand und das Funktionieren des Staates und seiner Einrichtungen.⁵⁴ Das BVerfG verlangt, dass ein **Verbot einer Versammlung** nur bei einer unmittelbaren Gefährdung von Rechtsgütern erfolgen darf, die der Bedeutung von Art. 8 GG zumindest gleichwertig sind.⁵⁵ Soweit beispielsweise konkrete Anhaltspunkte für bevorstehende Straftaten ausgehend von einer Versammlung vorliegen und damit das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit des § 15 Abs. 1 VersG des Bundes betroffen ist, kann gegen eine Versammlung eingeschritten werden. Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn sich die Versammlungsteilnehmer überwiegend friedlich verhalten und Gefahren für die öffentliche Sicherheit insbesondere von Gegendemonstranten ausgehen. Hier ist der Staat in der Pflicht, die Versammlung zu schützen. Nur wenn ihm dies unmöglich ist und deshalb die Voraussetzungen des polizeilichen Notstands vorliegen, dürfen Maßnahmen gegen die Versammlung selbst gerichtet werden.⁵⁶ Auch das Schutzgut der öffentlichen Ordnung kann Maßnahmen gegen eine Versammlung rechtfertigen, ein Verbot aber nur ausnahmsweise.⁵⁷ Der Begriff der öffentlichen Ordnung verweist auf die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, „deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird.“⁵⁸ Praktische Relevanz gewinnt dies vor allem dann, wenn rechtsextreme Versammlungen in provozierender Weise an Orten des Gedenkens an die Judenverfolgung stattfinden und damit die Opfer der nationalsozialistischen Diktatur verhöhnern. Obwohl damit nicht zwangsläufig Straftaten verbunden sind, ermöglicht das Versammlungsgesetz Eingriffsmaßnahmen (vgl. § 15 Abs. 2 VersG des Bundes). Eingeschritten werden darf auch, wenn sich ein Aufzug durch sein Gesamtgepräge mit den Riten und Symbolen der nationalsozialistischen Gewalt Herrschaft identifiziert. Das BVerfG hat zu Recht entschieden, dass ein militantes und einschüchterndes Auftreten nicht hingenommen werden muss.⁵⁹

64

Maßnahmen gegen eine Versammlung können allerdings nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht schon dann getroffen werden, wenn eine **Versammlung extremistische Ziele** verfolgt und beispielsweise nationalsozialistisches Gedankengut verbreitet. Der Inhalt einer Meinungsäußerung, der im Rahmen des Art. 5 GG nicht unterbunden werden darf, kann nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 GG beschränken.⁶⁰ Einschränkungen von Versammlungen wegen ihres extremistischen Inhalts können nach der Rechtsprechung des BVerfG auch nicht darauf gestützt werden, dass sich das Grundgesetz angesichts der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus für eine **wehrhafte**

⁵⁴ BVerfGE 69, 315 (352) (Brokdorf).

⁵⁵ BVerfGE 128, 226 (259) (Fraport).

⁵⁶ BVerfG, VR 2015, 394 f.

⁵⁷ BVerfG, NJW 2001, 1409 (1410) (Holocaust-Gedenktag); BVerfGK 11, 298 (306).

⁵⁸ BVerfGE 69, 315 (352) (Brokdorf).

⁵⁹ BVerfGE 111, 147 (157) (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot).

⁶⁰ BVerfGE 90, 241 (246) (Auschwitzlüge); 111, 147 (155) (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot).

Demokratie entschieden hat.⁶¹ Denn die vom Grundgesetz bezweckte Abwehr nationalsozialistischer Bestrebungen muss sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben halten. Extremismus allein ist kein Verbotsground, solange sich die Betätigung im Rahmen der für alle geltenden Gesetze hält.

BVerfGE 111, 147 (158 f.) (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot): „Einschränkungen von Versammlungen wegen des Inhalts der mit ihnen verbundenen Äußerungen können auch nicht darauf gestützt werden, dass das Grundgesetz sich angesichts der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus für eine wehrhafte Demokratie entschieden hat. In der Tat will das Grundgesetz nationalsozialistische Bestrebungen abwehren. Zugleich schafft es rechtsstaatliche Sicherungen, deren Fehlen das menschenverachtende Regime des Nationalsozialismus geprägt hat. Dementsprechend enthält das Grundgesetz einen Auftrag zur Abwehr von Beeinträchtigungen der Grundlagen einer freiheitlichen demokratischen Ordnung mit den Mitteln des Rechtsstaats. **Dem trägt die Rechtsordnung insbesondere in den Strafgesetzen durch besondere Schutznormen Rechnung. Das Grundgesetz enthält darüber hinaus in Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 sowie auch in Art. 26 Abs. 1 besondere Schutzvorkehrungen, die zeigen, dass der Verfassungsstaat des Grundgesetzes sich gegen Gefährdungen seiner Grundordnung – auch soweit sie auf der Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts beruhen – im Rahmen rechtsstaatlich geregelter Verfahren wehrt. Aus den aufgeführten Normen des Grundgesetzes können aber keine weiter gehenden Rechtsfolgen als die ausdrücklich angeordneten abgeleitet werden. Die Sperrwirkung dieser Vorschriften steht daher einer Berufung auf ungeschriebene verfassungsimmanente Schranken als Rechtfertigung für sonstige Maßnahmen zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entgegen.** Die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, dass das Grundgesetz zu hohe Hürden für die Inanspruchnahme der Vorkehrungen zur Abwehr von Gefahren für die freiheitliche demokratische Ordnung gegen Rechtsextremisten geschaffen habe, erlaubt keine Errichtung von Grundrechtsschranken durch Richterrecht. Die im Grundgesetz vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeiten sind zugleich Ausdruck der vom Verfassungsgeber anerkannten Notwendigkeiten einer Beschränkung.“

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Bei der Bearbeitung von Fällen ist genau auf die Fallfrage zu achten. Ist etwa nach der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gefragt, ist die Anwendung im Einzelfall nicht zu prüfen. Ist hingegen nach der Verfassungsmäßigkeit einer konkreten Maßnahme gefragt, sind grundsätzlich sowohl das zu Grunde liegende Gesetz als auch der Gesetzesvollzug zu prüfen. Der Sachverhalt gibt Hinweise, wo der Schwerpunkt der Bearbeitung liegen soll. Vor allem bei tatsächlich existierenden Gesetzen liegt der Schwerpunkt häufig auf der Überprüfung der Gesetzesanwendung, sodass sich die „Überprüfung“ des Gesetzes gegebenenfalls auf einen Satz beschränken kann und muss. Zu beachten ist ferner, dass in Fällen, in denen das Gesetz der ausführenden Behörde eine bestimmte Maßnahme zwingend vorschreibt, Gesetz und Maßnahme gleich zu bewerten sind.

65

⁶¹ So bedenkenswert OVG Münster, NJW 2001, 2114 f. Vgl. Rn. 245 f.

5. „Verfassungskonforme Auslegung“: Eil- und Spontanversammlungen

66 Immer wieder tauchen in der Praxis Fälle auf, in denen ein Gesetz eine Auslegung ermöglicht oder sogar nahe legt, die mit der Verfassung nicht in Einklang steht. Beispielsweise sieht § 14 VersG des Bundes⁶² für sämtliche Versammlungen vor, dass mindestens 48 Stunden vorher eine Anmeldung erfolgen muss. Eine solche starre Anmeldepflicht, die keine Ausnahmen für **Eilversammlungen** (= Versammlungen, die so kurzfristig stattfinden, dass die Anmeldefrist von 48 Stunden nicht eingehalten werden kann) und **Spontanversammlungen** (= Versammlungen, die ohne Vorausplanung „spontan“ stattfinden) enthält, verstößt gegen Art. 8 Abs. 1 GG, da durch den Vollzug des § 14 VersG des Bundes jede Eil- und Spontanversammlung als rechtswidrig aufgelöst werden könnte. Denn Art. 8 Abs. 2 GG ermächtigt zwar zu Beschränkungen, nicht aber zu einem generellen Verbot derartiger Versammlungen.

67 Dennoch hat das BVerfG⁶³ die Vorschrift für mit dem Grundgesetz vereinbar gehalten. Es hat sich dabei der **verfassungskonformen Auslegung**⁶⁴ der Norm bedient. Dieser Methode zufolge soll eine einfachgesetzliche Bestimmung nur dann als verfassungswidrig anzusehen sein, wenn sie nach keiner Auslegungsmethode so ausgelegt werden kann, dass sie mit der Verfassung in Einklang steht. Stehen dagegen nur einzelne Auslegungsergebnisse in Widerspruch mit der Verfassung, ist derjenigen Auslegungsmethode der Vorzug zu geben, die zu einem Auslegungsergebnis führt, das verfassungskonform ist. Dieses Ergebnis darf sich allerdings nicht über einen eindeutigen Wortlaut oder über den klar erkennbaren Sinn und Zweck des Gesetzes hinwegsetzen.⁶⁵ Die verfassungskonforme Auslegung setzt also voraus, dass

- der Wortlaut der Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt,
- mindestens eine dieser Auslegungen mit dem Grundgesetz vereinbar ist und
- die gewählte Auslegung nicht dem Sinn der Norm widerspricht.

Bei § 14 VersG des Bundes sah das BVerfG diese Voraussetzungen als gegeben an:

BVerfGE 85, 69 (74 f.) (Eilversammlungen): „§ 14 VersG ist seinerseits bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar. Wie das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden hat, verstößt die Rechtspflicht, Versammlungen unter freiem Himmel vor ihrer Bekanntgabe anzumelden, grundsätzlich nicht gegen Art. 8 GG. Die Vorschrift hat den Sinn, den Behörden diejenigen Informationen zu vermitteln, die sie benötigen, um Vorkehrungen zum störungsfreien Verlauf der Veranstaltung und zum Schutz

⁶² § 14 Abs. 1 VersG des Bundes: Wer die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, hat dies spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe der zuständigen Behörde unter Angabe des Gegenstandes der Versammlung oder des Aufzuges anzumelden.

⁶³ BVerfGE 85, 69 ff. (Eilversammlungen).

⁶⁴ Vgl. Butzer/Epping, S. 38 ff.

⁶⁵ BVerfGE 8, 28 (34) (Besoldungsrecht); 88, 203 (333) (Schwangerschaftsabbruch II).

von Interessen Dritter oder der Gesamtheit treffen zu können. Sie soll überdies auf eine Verständigung zwischen Veranstaltern und Ordnungsbehörden hinwirken, die eine kooperative Festlegung von Veranstaltungsplan und Ordnungsvorkehrungen begünstigt, und damit dem störungsfreien Verlauf der Versammlung dienen. Insofern behält die Anmeldepflicht auch bei Versammlungen ihren Sinn, die den Ordnungsbehörden bereits aus anderen Quellen bekannt geworden sind. Auch die in § 14 VersG vorgesehene Anmeldefrist von 48 Stunden vor Bekanntgabe der Versammlung lässt sich für den Regelfall verfassungsrechtlich nicht beanstanden. Sie gibt der Verwaltung die Möglichkeit, erforderlichenfalls Auflagen zu Ort und Zeit der Versammlung anzuordnen, die dann bereits bei der Bekanntgabe berücksichtigt werden können. Sehen sich die Ordnungsbehörden zu einem Verbot der Versammlung gezwungen, so kann dieses ausgesprochen werden, bevor noch öffentlich für die Teilnahme an der Versammlung geworben worden ist. Das rechtfertigt die Frist unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 GG.

Allerdings bedarf § 14 VersG der Einschränkung. Die Anmeldepflicht erstreckt sich nach seinem Wortlaut unterschiedslos auf sämtliche Versammlungen unter freiem Himmel. Das kann jedoch, wie das Bundesverfassungsgericht schon früher festgestellt hat, nicht für **Spontanversammlungen** gelten. Darunter sind Versammlungen zu verstehen, die sich aus einem momentanen Anlass ungeplant und ohne Veranstalter entwickeln. **Eine Anmeldung ist hier aus tatsächlichen Gründen unmöglich. Ein Beharren auf der Anmeldepflicht des § 14 VersG müsste folglich zur generellen Unzulässigkeit von Spontanversammlungen führen.** Das wäre mit dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit nicht vereinbar (...). Dagegen ist bisher nicht entschieden worden, wie es sich mit so genannten **Eilversammlungen** verhält. Darunter werden Versammlungen verstanden, die im Unterschied zu Spontanversammlungen zwar geplant sind und einen Veranstalter haben, aber ohne Gefährdung des Demonstrationszwecks nicht unter Einhaltung der Frist des § 14 VersG angemeldet werden können. Würde gleichwohl **auf der in § 14 VersG vorgeschriebenen Frist beharrt, so hätte das zur Folge, dass auch Eilversammlungen von vornherein unzulässig wären.** Dieses Ergebnis wäre aber gleichfalls mit dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit unvereinbar. Anders als bei Spontanversammlungen ist bei Eilversammlungen allerdings nicht die Anmeldung überhaupt, sondern lediglich die Fristwahrung unmöglich. Daher bedarf es hier keines Verzichts auf die Anmeldung, sondern nur einer der Eigenart der Versammlung Rechnung tragenden Verkürzung der Anmeldefrist. Eilversammlungen sind bei verfassungskonformer Interpretation von § 14 VersG folglich anzumelden, sobald die Möglichkeit dazu besteht. Regelmäßig wird das etwa zeitgleich mit dem Entschluss, eine Versammlung zu veranstalten, spätestens mit dessen Bekanntgabe der Fall sein.“

Die Entscheidung des BVerfG ist nicht zweifelsfrei: Auch die verfassungskonforme Auslegung muss sich im Rahmen herkömmlicher Auslegungsmethoden halten. Im Fall des § 14 VersG des Bundes ist der Wortlaut so eindeutig, dass er sich mit dem vom BVerfG erzielten Ergebnis nicht vereinbaren lässt. Der Wortlaut ist jedoch die Grenze für jede Form der Auslegung. Methodologisch ist das Vorgehen des BVerfG daher eher als **teleologische Reduktion** – also als Einschränkung einer Norm auf Grund ihres Sinns und Zwecks entgegen dem Wortlaut⁶⁶ – zu bezeichnen. Eine solche ist aber nicht mehr Aufgabe der Gerichte. Es ist Sache des Gesetzgebers, die verfassungswidrige und damit nichtige Norm neu zu gestalten.⁶⁷ Dieser Ansicht waren im vorgenannten Fall zwei Richter, die ein Minderheitsvotum (§ 30 Abs. 2 S. 1 BVerfGG) abgaben:

68

⁶⁶ Vgl. näher *Butzer/Epping*, S. 55 f.

⁶⁷ Vgl. etwa § 5 Abs. 4 und 5 NVersG.

BVerfGE 85, 69 (77 f.) (Eilversammlungen) (abw. Meinung der Richter Seibert und Henschel): „§ 14 VersG verpflichtet jeden, der die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, dies „spätestens 48 Stunden vor der Bekanntgabe“ der zuständigen Behörde unter Angabe des Gegenstandes anzumelden. Eine Ausnahme für Eilversammlungen ist nicht vorgesehen. Der Wortlaut der Vorschrift gibt auch keinerlei Ansatz dafür, Eilversammlungen aus ihrem Anwendungsbereich auszunehmen oder die Anmeldefrist für sie zu verkürzen. **Während aus dem Begriff „veranstalten“ geschlossen werden kann, dass Spontanversammlungen von der Vorschrift nicht erfasst werden, weil sie keinen Veranstalter haben, sind bei Eilversammlungen alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt, sodass sich die fristgebundene Anmeldepflicht auch auf sie erstreckt.** Da dies zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der Versammlungsfreiheit führen würde, ist die Vorschrift verfassungswidrig, soweit sie für Eilversammlungen keine Ausnahme vorsieht oder abweichende Regelungen enthält. **Einer verfassungskonformen Auslegung steht der klare Wortlaut entgegen.**“

III. Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG)

- 69** In Grundrechte eingreifende Gesetze unterliegen gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG einer weiteren Beschränkung; sie müssen „allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten“. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG verbietet es dem Gesetzgeber, aus einer Reihe gleichartiger Sachverhalte einen Fall herauszugreifen und zum Gegenstand einer Sonderregelung zu machen.⁶⁸ Der Zweck der Norm ist unklar; die Begründungen reichen vom Gewaltenteilungsgrundsatz, der die Einzelfallentscheidung grundsätzlich der Exekutive zuweist, bis hin zum Gedanken der Rechtsgleichheit.⁶⁹
- 70** „**Allgemein**“ i. S. v. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG ist ein Gesetz mit den Worten des BVerfG dann, „wenn sich wegen der abstrakten Fassung der gesetzlichen Tatbestände nicht absehen lässt, auf wie viele und welche Fälle das Gesetz Anwendung findet, wenn also nicht nur ein einmaliger Eintritt der vorgesehenen Rechtsfolgen möglich ist. Dass der Gesetzgeber eine Anzahl konkreter Fälle vor Augen hat, die er zum Anlass seiner Regelung nimmt, verleiht dieser nicht den Charakter eines Einzelfallgesetzes, wenn sie nach der Art der in Betracht kommenden Sachverhalte geeignet ist, unbestimmt viele weitere Fälle zu regeln. Die abstrakt-generelle Formulierung darf mithin nicht zur Verschleierung einer einzelfallbezogenen Regelung dienen.“⁷⁰ Allerdings macht das BVerfG eine wichtige Ausnahme: Das Verbot des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG greift nicht ein, wenn der Gesetzgeber einen Sachverhalt regelt, der nur einmalig auftritt und es für die Regelung sachliche Gründe gibt.⁷¹ Dies folgt nach der Rechtsprechung des BVerfG aus den Zwecken der Vorschrift. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG enthält eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes; ferner gewährleistet die Bestimmung den Grundsatz der Gewaltenteilung, indem konkret-individuelle Regelungen im Regelfall der Exekutive und generell-abstrakte

⁶⁸ BVerfGE 25, 371 (399) (lex Rheinstahl); 85, 360 (374) (Akademie-Auflösung).

⁶⁹ Vgl. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Rn. 8 ff.

⁷⁰ BVerfGE 99, 367 (400) (Montan-Mitbestimmung).

⁷¹ BVerfGE 85, 360 (374) (Akademie-Auflösung); 134, 33 (88) (Therapieunterbringungsgesetz); 139, 321 (Rn. 133) (Körperschaftsstatus kraft Gesetzes).

Regelungen der Legislative vorbehalten bleiben.⁷² Damit dient die Bestimmung zugleich einem effektiven Rechtsschutz. Tritt ein Sachverhalt nur einmalig auf und ist gleichzeitig eine gesetzliche Regelung aufgrund des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips geboten, fordern die genannten Zwecke ausnahmsweise kein Verbot einer gesetzlichen Einzelfallregelung. Diese Ausnahme ist einer der Gründe dafür, dass das Verbot des Einzelfallgesetzes in der Praxis nahezu bedeutungslos ist. Auch das BVerfG hat bislang keine Verletzung feststellen können.⁷³

IV. Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG)

Nach Art. 19 Abs. 2 GG darf kein Grundrecht in seinem Wesen angetastet werden. Was unter dem Begriff „Wesensgehalt“ zu verstehen ist, ist unklar. Das BVerfG hat festgestellt, dass der Wesensgehalt nicht mit dem Menschenwürdegehalt eines Grundrechts gleichzusetzen ist, auch wenn beide in Einzelfällen übereinstimmen können.⁷⁴ Darüber hinaus besteht Unklarheit, wie einerseits der Wesensgehalt zu bestimmen ist und wem andererseits der Wesensgehalt zu verbleiben hat – dem Einzelnen oder der Allgemeinheit.

Ausgehen ist davon, dass der Wesensgehalt für jedes Grundrecht individuell bestimmt werden muss. Nach der **Theorie vom relativen Wesensgehalt** ist der Wesensgehalt nicht nur für jedes Grundrecht, sondern auch bei jedem einzelnen Eingriff zu ermitteln. Hierfür ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen, die die öffentlichen und privaten Interessen einbezieht. Wenn in dieser konkreten Abwägung „gewichtige Schutzinteressen den Eingriff legitimieren und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist“,⁷⁵ so ist der Wesensgehalt nicht angetastet. Problematisch ist allerdings, dass in diesem Fall Art. 19 Abs. 2 GG neben der ohnehin vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung keine eigenständige Bedeutung zukommt. Derartige Unzulänglichkeiten vermeidet die **Theorie vom absoluten Wesensgehalt**, die den Wesensgehalt als eine feste und vom Einzelfall unabhängige Größe ansieht (absolut). Was genau hierdurch geschützt wird, ist unklar. Die üblicherweise verwendeten Begriffe wie „Grundsubstanz“, „Mindestinhalt“ oder „Grundrechtskern“ tragen zur Klärung nichts bei.

Es ist jedoch nicht nur umstritten, was unter Wesensgehalt zu verstehen ist, sondern auch, wem trotz aller Eingriffe noch etwas bleiben muss. So wird teilweise vertreten, dass **für den jeweiligen Grundrechtsinhaber** der Wesenskern verbleiben muss.⁷⁶ Problematisch ist diese Ansicht im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

⁷² BVerfGE 134, 33 (88 f.) (Therapieunterbringungsgesetz); 139, 321 (Rn. 133) (Körperschaftsstatus kraft Gesetzes).

⁷³ Zur Bedeutung in der Fallbearbeitung vgl. *Krausnick*, JuS 2007, 991 ff.

⁷⁴ BVerfGE 109, 279 (311) (Großer Lauschangriff); a. A. *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Rn. 125 ff.

⁷⁵ BVerfGE 115, 118 (165) (Luftsicherheitsgesetz); ebenso BVerfGE 47, 330 (358); *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 2 Rn. 36 ff.

⁷⁶ *Denninger*, in: AK, Art. 19 Abs. 2 Rn. 10 f.; *Stern*, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/2, § 85, S. 865 ff., in diesem Sinne auch BVerfGE 80, 367 (373) (Tagebuch).

71

72

73

Eingriffe in das Grundrecht auf Leben (z. B. durch den finalen Todesschuss) haben immer den Tod zur Folge; dem Grundrechtsträger verbleibt dann nichts mehr. Richtigerweise kommt es daher auf die **Bedeutung des Grundrechts im Allgemeinen** an.⁷⁷ Eine Beeinträchtigung des Wesensgehalts kommt danach nur in Frage, wenn das jeweilige Grundrecht und die in ihm enthaltenen Wertentscheidungen und Prinzipien in der Rechtsordnung ihre generelle Bedeutung verlieren würden. Problematisch hieran ist, dass die Grundrechte dadurch ihre Bedeutung als Abwehrrechte des *Einzelnen* gegen den Staat einbüßen würden. Dem Betroffenen in der konkreten Situation hilft es nicht weiter, wenn das Grundrecht, das ihm gerade entzogen wurde, anderen Menschen noch zusteht. Dennoch ist diese Auffassung vorzugswürdig. Denn **Art. 19 Abs. 2 GG** ist keine individualschützende, sondern eine **kompetenzabgrenzende Vorschrift**.⁷⁸ Nur dem verfassungsändernden Gesetzgeber ist es im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG vorbehalten, ein Grundrecht in genereller Weise zu verändern. Für diesen besteht keine Bindung an Art. 19 Abs. 2 GG.⁷⁹ Dem einfachen Gesetzgeber sowie Rechtsprechung und Verwaltung ist es hingegen verwehrt, den Wesensgehalt der Grundrechte zu beeinträchtigen und damit ein Grundrecht faktisch leer laufen zu lassen.

74

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Genauso wie der Wesensgehalt für jedes einzelne Grundrecht zu bestimmen ist, sollte auch bei der Frage, wem der Wesensgehalt zu verbleiben hat, für jedes Grundrecht eine gesonderte Feststellung getroffen werden. Ohnehin kommt Art. 19 Abs. 2 GG in der Grundrechtsprüfung keine größere Bedeutung zu. Außer beim Recht auf Leben, dürften die beiden absoluten Theorien zu einheitlichen Ergebnissen führen, sodass auch eine Streitsentscheidung entbehrlich wird. In Klausuren braucht die Wesensgehaltsgarantie in der Regel nicht angesprochen zu werden; allenfalls kann in offensichtlichen Fällen kurz darauf hingewiesen werden, dass Art. 19 Abs. 2 GG nicht verletzt wurde, ohne näher auf die Theorien einzugehen.

V. Versammlungsfreiheit in geschlossenen Räumen (Art. 8 Abs. 1 GG)

75

Fall 2: Parteiversammlung

Der Vorsitzende der vom Verfassungsschutz als rechtsextremistisch eingestuften N-Partei plant die Durchführung einer Parteiversammlung im Hin-

⁷⁷ Herzog, in: FS für Zeidler, 1987, S. 1425; Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 19 Rn. 9.

⁷⁸ Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 70 f.

⁷⁹ BVerfGE 109, 279 (310 f.) (Großer Lauschangriff).

terzimmer eines privaten Lokals. Zutritt zu dieser Veranstaltung sollen neben den Parteimitgliedern auch die Presse und alle weiteren interessierten Personen erhalten. Nachdem die zuständige Behörde davon erfahren hatte, verbot sie die Veranstaltung unter Berufung auf § 5 Nr. 4 VersG des Bundes. Zur Begründung führt sie zutreffenderweise aus, auf allen Versammlungen der letzten Jahre seien Reden gehalten worden, in denen u. a. die Judenverfolgung im Nationalsozialismus geleugnet worden sei. Dagegen sei der Vorsitzende niemals eingeschritten, sondern habe gemeinsam mit seinem Anhang durch Beifall seine Zustimmung bekundet. Auch dieses Mal sei ein Redner eingeladen, der für derartige Äußerungen bekannt und auch einschlägig vorbestraft sei. Daher müsse die Versammlung verboten werden. Der Vorsitzende hält dies für nicht mit seinem Grundrecht aus Art. 8 GG vereinbar. Zu Recht?

§ 5 Nr. 4 VersG des Bundes: Die Abhaltung einer Versammlung (in geschlossenen Räumen) kann nur im Einzelfall und nur dann verboten werden, wenn (...) Tatsachen festgestellt sind, aus denen sich ergibt, dass der Veranstalter oder sein Anhang Ansichten vertreten oder Äußerungen dulden werden, die ein Verbrechen oder ein von Amts wegen zu verfolgendes Vergehen zum Gegenstand haben.

Hinweis: Die Leugnung der Judenverfolgung ist strafbar nach § 130 Abs. 3 StGB (Volksverhetzung) und von Amts wegen zu verfolgen.

Fall stark abgewandelt nach BVerwG, DVBl. 1999, 1740 ff.

1. Schutzbereich und Eingriff

Hinsichtlich der Schutzbereichs- und Eingriffsprüfung gelten für Versammlungen in geschlossenen Räumen keine Besonderheiten. Auch sie sind gemäß Art. 8 Abs. 1 GG von der Versammlungsfreiheit erfasst.

76

2. Rechtfertigung von Eingriffen: „kollidierendes Verfassungsrecht“

Auch bei Versammlungen in geschlossenen Räumen sieht das VersG des Bundes in den §§ 5 ff. Eingriffsmöglichkeiten vor. Eingriffe sind aber nur dann gerechtfertigt, wenn sie von den Schranken des Grundrechts gedeckt werden.

77

a) Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts bei vorbehaltlosen Grundrechten

- 78 Art. 8 GG müsste für Versammlungen in geschlossenen Räumen eine Schranke vorsehen. Art. 8 Abs. 2 GG bezieht sich jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut nur auf Versammlungen unter freiem Himmel und scheidet daher als Schranke aus. Auch eine analoge Anwendung⁸⁰ der Schranken anderer Grundrechte wie etwa des Art. 2 Abs. 1 GG („Schrankenleihe“) ist mangels einer planwidrigen Regelungslücke nicht möglich.⁸¹ Art. 8 Abs. 1 GG ist – soweit es Versammlungen in geschlossenen Räumen betrifft – ein sog. **vorbehaltloses Grundrecht**.⁸² Vorbehaltlosigkeit bedeutet, dass ein Grundrecht nicht mit einem *geschriebenen* Gesetzesvorbehalt ausgestattet ist. Nach dem Text der Verfassung sind in diesen Fällen Eingriffe generell unzulässig: Vorbehaltlosigkeit bedeutet Schrankenlosigkeit.

aa) Begründung der Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts

- 79 Über diesen Textbefund hat sich das BVerfG jedoch schon früh hinweggesetzt. Auch wenn ein Grundrecht keinen Gesetzesvorbehalt aufweise, seien ihm dennoch Schranken gesetzt. Diese ungeschriebenen Schranken ergeben sich aus der **systematischen Auslegung** des Grundgesetzes unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Verfassung. Das Grundgesetz enthalte ein grundlegendes Wertesystem, welches aber Konflikte der Grundrechte und anderer Verfassungsgüter untereinander einschließe. Beispielsweise können Versammlungen auch in geschlossenen Räumen die persönliche Ehre oder die Gesundheit anderer verletzen, wenn Beleidigungen geduldet oder Gewalttätigkeiten begangen werden. Auch die persönliche Ehre (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und die Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sind als Grundrechte Dritter Güter von Verfassungsrang. Stehen sich aber zwei verfassungsrechtlich geschützte Güter wie beispielsweise die Versammlungsfreiheit und die persönliche Ehre gegenüber, so liegt eine Kollisionslage vor, die der Auflösung bedarf. Das BVerfG und ihm folgend das überwiegende Schrifttum gehen davon aus, dass vorbehaltlose Grundrechte in derartigen Situationen durch kollidierende Verfassungsgüter begrenzt werden können (**Begrenzung durch „kollidierendes Verfassungsrecht“**). Diese wechselseitige Begrenzung der unterschiedlichen Verfassungsgüter sei logische Folge eines geordneten menschlichen Zusammenlebens, das nicht nur die gegenseitige Rücksichtnahme der Bürger, sondern auch eine funktionierende staatliche Ordnung voraussetze, welche die Effektivität des Grundrechtsschutzes überhaupt erst sicherstelle.⁸³ Die grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen gingen schließlich vom Menschenbild des Grundgesetzes aus, d. h. vom Menschen als eigenverantwortlicher Persönlichkeit, die sich *innerhalb* der sozialen Gemeinschaft frei entfalte.⁸⁴ Die Verfassung selbst ziehe daher den vorbehaltlosen Grundrechten Schranken („**verfassungsimmanente Schranken**“).

⁸⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen einer Analogie *Butzer/Epping*, S. 50 ff.

⁸¹ BVerfGE 30, 173 (192) (Mephisto).

⁸² Weitere vorbehaltlose Grundrechte sind u. a. Art. 4 Abs. 1, Art. 4 Abs. 3 S. 1, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

⁸³ BVerfGE 77, 240 (253) (Herrnburger Bericht); 81, 278 (292) (Bundesflagge).

⁸⁴ BVerfGE 30, 173 (193) (Mephisto).

Nach Ansicht des BVerfG⁸⁵ und der überwiegenden Auffassung in der Literatur⁸⁶ sind auch vorbehaltlose Grundrechte nicht schrankenlos gewährt. Beschränkungen vorbehaltloser Grundrechte sind möglich, wenn sie von der Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts, also von einer **staatlichen Verpflichtung zum Handeln**, gedeckt sind.

BVerfGE 28, 243 (260 f.) (Dienstpflichtverweigerung): „Der Wortlaut des Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG lässt – für sich allein betrachtet – keinen Raum für eine Interpretation, die die Wirksamkeit des Kriegsdienstverweigerungsrechts bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Anerkennung hinausschiebt. In der vorbehaltlosen Formulierung und in dem engen sachlichen Zusammenhang mit Gewissensfreiheit und Menschenwürde offenbaren sich das Gewicht und die besondere Bedeutung eines unabdingbaren, nicht einschränkbaren Grundrechts, mit dem dem Schutz des Einzelgewissens Vorrang selbst gegenüber der Pflicht zur Beteiligung an der bewaffneten Landesverteidigung und damit an der Sicherung der staatlichen Existenz eingeräumt wird. Zeitliche Einschränkungen dieses Rechts können deshalb nicht gerechtfertigt werden mit entgegenstehendem einfachen Recht, mit dem bloßen Vorhandensein einer bestimmten Institution oder mit allgemeinen Ordnungs- und Organisationsvorstellungen im Rechtsleben (...). Nicht das System von Normen, Instituten und Institutionen im Range unter der Verfassung bildet den Maßstab für die Auslegung verfassungsrechtlicher Bestimmungen; vielmehr liefern die Letzteren umgekehrt die Grundlagen und den Rahmen, an den die übrigen Rechtsäußerungen und -erscheinungen sich anzupassen haben. **Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise im Stande, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.** Dabei auftretende Konflikte lassen sich nur lösen, indem ermittelt wird, welche Verfassungsbestimmung für die konkret zu entscheidende Frage das höhere Gewicht hat. Die schwächere Norm darf nur so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muss in jedem Fall respektiert werden.“

BVerfGE 30, 173 (193) (Mephisto): „Andererseits ist das Freiheitsrecht nicht schrankenlos gewährt. Die Freiheitsverbürgung in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geht wie alle Grundrechte vom Menschenbild des Grundgesetzes aus, d. h. vom Menschen als eigenverantwortlicher Persönlichkeit, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet. **Jedoch kommt der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts die Bedeutung zu, dass die Grenzen der Kunstfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind.** Da die Kunstfreiheit keinen Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber enthält, darf sie weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Klausel relativiert werden, welche ohne verfassungsrechtlichen Ansatzpunkt und ohne ausreichende rechtsstaatliche Sicherung auf eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter abhebt. Vielmehr ist ein im Rahmen der Kunstfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung zu lösen. Als Teil des grundrechtlichen Wertsystems ist die Kunstfreiheit insbesondere der in Art. 1 GG garantierten Würde des Menschen zugeordnet, die als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem beherrscht.“

⁸⁵ BVerfGE 28, 243 (260 f.) (Dienstpflichtverweigerung); 30, 173 (193) (Mephisto); 67, 213 (228) (Anachronistischer Zug); 119, 1 (23) (Esra).

⁸⁶ Vgl. *Sachs*, in: *Stern, Staatsrecht*, Bd. III/2, § 81, S. 550 ff. m. w. N. Vgl. zur Diskussion und Kritik *Lenz*, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, 2006.

80 Ganz unproblematisch ist dieser Ansatz des BVerfG nicht. Im Ergebnis führt er dazu, dass die vorbehaltlosen Freiheitsrechte ebenso wie alle anderen Grundrechte dem staatlichen Zugriff unterliegen, obwohl der **Wortlaut** dieser Grundrechte das Gegenteil nahe legt. Auch in systematischer Hinsicht sind Zweifel angebracht: Die Grundrechte des Grundgesetzes weisen ein ausdifferenziertes Schrankensystem auf. Neben den vorbehaltlosen Grundrechten gibt es Grundrechte mit einfachem und qualifiziertem Gesetzesvorbehalt. Diese Systematik, die den staatlichen Zugriff auf grundrechtliche Freiheiten mit unterschiedlicher Strenge steuern und begrenzen will, wird bei Heranziehung kollidierenden Verfassungsrechts ignoriert. Je großzügiger den vorbehaltlosen Freiheitsrechten mittels kollidierendem Verfassungsrecht Schranken gezogen werden, umso stärker kommt es zu einer **Nivellierung der grundrechtlichen Schrankensystematik**.⁸⁷ Zudem erscheint es aus am Sinn und Zweck der vorbehaltlosen Grundrechte orientierter (teleologischer) Sicht durchaus nachvollziehbar, dem Staat den Zugriff auf so sensible Bereiche wie den Glauben und das Bekenntnis, die Wissenschaft, die Kunst und eben auch Versammlungen in geschlossenen Räumen gänzlich zu verwehren. Erlaubt man dem Staat dagegen Eingriffe auf der Grundlage kollidierenden Verfassungsrechts, eröffnet man auch für die vorbehaltlosen Grundrechte das mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung einhergehende Abwägungsprogramm mit seinen geschilderten Problemen und Zufälligkeiten.⁸⁸ Dies birgt die Gefahr einer substanziellen Abschwächung des Grundrechtsschutzes in den genannten sensiblen Bereichen.⁸⁹ Außerdem täuscht die weite Ausdehnung der Schutzbereiche einen Gewinn an Freiheitssicherung nur vor, wenn zugleich eine Eingriffsrechtfertigung auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts „billig zu haben“ ist.

81 Gleichwohl ist dem BVerfG zuzugeben, dass bei der üblicherweise großzügigen Auslegung der grundrechtlichen Schutzbereiche auch vorbehaltloser Grundrechte Konflikte nicht ausbleiben, die ein staatliches Eingreifen notwendig erscheinen lassen. Ein beliebtes und gewohnt praxisfernes Beispiel ist der Theaterregisseur, der – unter Berufung auf seine Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) – seine Shakespeare-Inszenierung mit einem echten Mord krönen möchte. Soll man dies im Hinblick auf die Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheit wirklich hinnehmen? Verneint man diese Frage, eröffnen sich lediglich zwei Möglichkeiten: Entweder begrenzt man die vorbehaltlosen Grundrechte durch die Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts, oder aber man fasst bereits die **Schutzbereiche** der vorbehaltlosen Grundrechte **deutlich enger und präziser**. Für Letzteres spricht entscheidend, dass bereits bei der Auslegung der Schutzbereiche die geschriebenen Schranken im Rahmen der systematischen Auslegung Berücksichtigung finden müssen. Sind solche Schranken aber nicht vorhanden, muss eine Auslegung, die Konflikte mit anderen Grundrechten zum Regelfall werden lässt, bereits deshalb ausscheiden. Das Augenmerk sollte daher darauf gerichtet werden, nur diejenigen Modalitäten dem Schutz vorbehaltloser Grundrechte zu unterstellen, die für einen sachgerechten Schutzum-

⁸⁷ Kritisch daher Böckenförde, Der Staat 42 (2003), 165 (170).

⁸⁸ Vgl. Rn. 57 f.

⁸⁹ Vgl. Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 236 ff.

fang strukturell notwendig sind.⁹⁰ Der Schutzbereich wird auf das begrenzt, was nach historischer Erfahrung, politischer Überzeugung und rechtlicher Einsicht der Grund für die Gewährleistung ist.⁹¹ Auf die Versammlungsfreiheit in geschlossenen Räumen bezogen könnte dies bedeuten, die Frage nach dem Grund einer derartigen Freiheit zu stellen. Eine Antwort könnte lauten, dass es dem Staat verwehrt sein soll, den Bürgern außerhalb des öffentlichen Raums Vorgaben über Art und Inhalt ihrer Zusammenkünfte zu machen. Nicht verwehrt soll es dem Staat dagegen sein, bei Feuer für den Schutz der Versammlungsteilnehmer auch durch Räumung des Versammlungslokals zu sorgen. Und auch ein Recht, für eine Versammlung fremdes Eigentum in Anspruch zu nehmen, wird man Art. 8 Abs. 1 GG nicht entnehmen können. Entsprechend böte Art. 8 Abs. 1 GG nach dieser Lesart nur Schutz vor versammlungsspezifischen Beeinträchtigungen, nicht aber vor Beeinträchtigungen, die nicht auf die Versammlung selbst abzielen. Dieses Beispiel zeigt die Chancen, aber auch die großen Schwierigkeiten einer derartigen Präzisierung der Schutzbereiche. Wohl nicht zuletzt deshalb hat sich in Rechtsprechung und Literatur trotz aller dogmatischen Zweifel die Heranziehung kollidierenden Verfassungsrechts grundsätzlich durchgesetzt.

Insgesamt ist bei der Heranziehung von **kollidierendem Verfassungsrecht** zur Begrenzung vorbehaltloser Grundrechte große **Zurückhaltung geboten**. Auch wenn sich die Verfassungsgeber über die Bedeutung der Vorbehaltlosigkeit von Grundrechten möglicherweise nicht ganz im Klaren waren,⁹² verbietet es sich, ein Handeln gegen Wortlaut und Systematik zur Regel werden zu lassen. Begrenzungen vorbehaltloser Grundrechte auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts sollten die Ausnahme bleiben. Entsprechend viel Sorgfalt ist daher auf die Auslegung und Begrenzung der Schutzbereiche zu verwenden.

82

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In Klausuren und zumeist auch in Hausarbeiten kann heute kollidierendes Verfassungsrecht als Schranke ohne umfassende Begründung und ohne Eingehen auf die Gegenposition herangezogen werden. Man sollte bei der Prüfung der Schranken zunächst die Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts feststellen und dann darauf hinweisen, dass gleichwohl Kollisionen des vorbehaltlosen Grundrechts mit anderen gleichrangigen Pflichten aus der Verfassung denkbar sind, die nicht stets zu Gunsten des vorbehaltlosen Grundrechts gelöst werden können. Sofern eine solche Pflicht im Einzelfall besteht – diese ist konkret zu benennen – muss ein schonender Ausgleich im Einzelfall gefunden werden.

83

⁹⁰ Grundlegend *F. Müller*, Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 98 ff.; ebenso *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165 (174 ff.).

⁹¹ *F. Müller*, Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 99.

⁹² Zur Diskussion über die Schrankenproblematik im Parlamentarischen Rat vgl. *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, § 79, S. 268 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

bb) Begrenzungsstaugliches Verfassungsrecht

- 84 Auch wenn die generelle Möglichkeit, vorbehaltlose Grundrechte auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts einzuschränken, anerkannt ist, ist nach wie vor unklar, wann eine **Kollisionslage** vorliegt, die der Staat durch Eingriffe auch in vorbehaltlose Grundrechte auflösen darf oder sogar muss. Eine Kollisionslage setzt zwei gegenläufige Verpflichtungen des Staates voraus. Eine solche Verpflichtung folgt stets aus dem vorbehaltlosen Grundrecht; dieses verlangt das **Unterlassen jedes Grundrechtseingriffs**. Auf der Gegenseite muss daher eine Verpflichtung des Staates zum Handeln – und zwar zum Handeln durch Grundrechtseingriff – stehen. Nur wenn dem vorbehaltlosen Grundrecht, also dem nach dem Wortlaut bestehenden Eingriffsverbot, eine hinreichend **konkrete Pflicht zum Grundrechtseingriff** gegenübersteht, ist eine Kollisionslage gegeben.⁹³
- 85 Als kollidierendes Verfassungsrecht kommen folglich nur Normen in Betracht, die eine solche hinreichend konkrete Handlungspflicht beinhalten.⁹⁴ Solche Handlungspflichten können sich aus **staatlichen Schutzpflichten zu Gunsten der Grundrechte Dritter** ergeben.⁹⁵ In diesen Fällen steht der Staat vor der Situation, dass ein Privater Schutz vor Übergriffen eines anderen Privaten fordert. Dieser wiederum beruft sich auf sein Eingriffsabwehrrecht. Soweit die Schutzpflicht in einem solchen Fall tatsächlich einen Eingriff in das Grundrecht des Störers verlangt und der Staat beim Unterlassen eines Eingriffs das Untermaßverbot⁹⁶ verletzen würde, muss der Staat diese Kollision mittels eines Eingriffs in das vorbehaltlose Grundrecht des Störers auflösen.
- 86 Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, ob **Staatsstrukturprinzipien und Staatszielbestimmungen** wie etwa das Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1 GG) oder das Umwelt- und Tierschutzgebot (Art. 20a GG) derart konkrete Handlungsgebote zum Grundrechtseingriff beinhalten können. Zwar enthalten auch diese Normen jeweils eine materielle Wertentscheidung der Verfassung zu Gunsten bestimmter Ziele und Grundsätze. Jedoch kommt dem Staat bei der Erfüllung dieser Ziele ein weiter Gestaltungsspielraum zu.⁹⁷ Die Staatsstrukturprinzipien und Staatszielbestimmungen stellen dem Staat eine Aufgabe, sagen aber nichts darüber aus, wie diese Aufgabe im Einzelnen zu verwirklichen ist. Insofern kann derartigen Normen im Regelfall kein hinreichend konkreter Auftrag zum Grundrechtseingriff entnommen werden. Das BVerfG zieht demgegenüber Art. 20 und 20a GG als kollidierendes Verfassungsrecht heran.⁹⁸
- 87 Sehr zweifelhaft ist, inwieweit aus **bundesstaatlichen Kompetenzvorschriften** (insbesondere Art. 70 ff. GG), bloßen Ermächtigungsnormen (etwa Art. 12a GG) oder Organisationsregelungen (etwa Art. 115b GG) kollidierendes Verfassungsrecht abgeleitet werden kann. Das BVerfG hat dies in seiner ersten Entscheidung zum kol-

⁹³ Vgl. Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 264 ff.

⁹⁴ BVerfGE 52, 283 (298) (Tendenzbetrieb); 59, 231 (262 f.) (Freie Mitarbeiter).

⁹⁵ Ausführlich dazu Rn. 123 ff.

⁹⁶ Vgl. Rn. 127 ff. und Rn. 16.

⁹⁷ BVerfGE 18, 257 (273) (Sozialversicherung); 59, 231 (262) (Freie Mitarbeiter).

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 100, 271 (284) (Lohnabstandsklausel); 103, 293 (307) (Urlaubsanrechnung); 128, 1 (37 ff.) (Gentechnikgesetz).

lidierenden Verfassungsrecht bejaht⁹⁹ und später in einer Mehrheitsentscheidung erneut bekräftigt.¹⁰⁰ Dieser Rechtsprechung stehen aber gewichtige Einwände entgegen: Kompetenz- und Organisationsnormen bestimmen lediglich, welche Stelle des Staates für einen bestimmten Bereich zuständig ist. Kompetenzen begründen somit Zuständigkeiten, aber **keine Handlungspflichten**; sie enthalten keine materielle Aussage dahingehend, was der Staat in Ausübung seiner Kompetenzen tun muss. Die Art. 73 ff. GG etwa weisen dem Bund bestimmte Gesetzgebungskompetenzen zu. Sie sagen aber nicht, dass der Bund zur Verfolgung der Kompetenz überhaupt handeln oder gar in Grundrechte eingreifen darf und muss. Zudem ist es widersinnig, aus Bundeskompetenzen kollidierendes Verfassungsrecht abzuleiten. Ist ein Regulationsgegenstand Ländersache und daher im Grundgesetz nicht erwähnt (vgl. Art. 70 Abs. 1 GG), ist er nicht weniger bedeutsam. Außerdem birgt die Ableitung kollidierenden Verfassungsrechts aus Kompetenz- und Organisationsnormen die Gefahr der Beliebigkeit: Nach Art. 74 Abs. 1 GG könnten dann so ungleichgewichtige Dinge wie die öffentliche Fürsorge (Nr. 7), die Kriegsgräber (Nr. 10) oder die Schienenbahnen (Nr. 23) Grundrechte einschränken. Die vorbehaltlosen Grundrechte hätten damit ihre vom Verfassungsgeber bewusst vorgesehene Sonderstellung verloren und wären faktisch einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterworfen. Zu Recht lehnt daher die Mehrheit im Schrifttum die Heranziehung von Kompetenz- und Organisationsnormen als kollidierendes Verfassungsrecht für den Regelfall ab.¹⁰¹

BVerfGE 69, 1 (59 ff.) (Kriegsdienstverweigerung II) (abw. Meinung der Richter Böckenförde, Mahrenholz): „Unser Bedenken gegen diesen verfassungstheoretisch-dogmatischen Ansatz liegt nicht darin, dass in ihm die Frage nach so genannten immanenten Begrenzungen und Schranken vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte gestellt wird. Allerdings ist auch insoweit zu beachten, dass das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen der verfassungsrechtlich verankerten Pflicht, sich an der bewaffneten Landesverteidigung und damit insoweit an der Sicherung der staatlichen Existenz zu beteiligen, eine unüberwindliche Schranke entgegensetzt. **Wir halten es aber für verfassungsrechtlich unzulässig, solche möglichen Begrenzungen und Schranken der Grundrechte, wie es hier geschieht, aus bundesstaatlichen Kompetenzvorschriften (Art. 73 Nr. 1, 87a GG), bloßen Ermächtigungsnormen (Art. 12a GG) oder Organisationsregelungen (Art. 115b GG) herzuleiten.**

a) **Bundesstaatliche Kompetenzvorschriften haben den Sinn, die Handlungsbereiche von Bund und Ländern gegeneinander abzugrenzen.** Sie legen nicht bestimmte Aufgabenbereiche als notwendige Staatsaufgaben fest, sondern bestimmen, für welche Handlungsbereiche der Bund, sei es ausschließlich, sei es konkurrierend etc. im Verhältnis zu den Ländern zuständig ist. Ihr normativer Gehalt liegt darin, dass in den von ihnen bezeichneten Bereichen das Handeln der Staatsgewalt des Bundes – gegebenenfalls unter näher festgelegten einschränkenden Bedingungen – erlaubt ist. Sie besagen damit auch, dass das Handeln in diesen Bereichen von der innerbündlichen Verfassungsordnung her nicht überhaupt ausgeschlossen ist. Sie erheben Gegenstände möglichen staatlichen Handelns aber nicht zu materiell-rechtlichen Handlungsaufträgen, -geboten oder sonstigen „Wert“-Ent-

⁹⁹ BVerfGE 28, 243 (261) (Dienstpflichtverweigerung).

¹⁰⁰ BVerfGE 69, 1 (21 f.) (Kriegsdienstverweigerung II).

¹⁰¹ Jarass, in: ders./Pieroth, Vorb. vor Art. 1 Rn. 49; Papier, HGR III, § 64 Rn. 30.

scheidungen, die anderweitig in der Verfassung festgelegte Modalitäten oder Begrenzungen staatlichen Handelns wieder aufheben oder einschränken. (...)

b) **Werden gleichwohl aus diesen oder anderen Grundgesetzbestimmungen solcher Art über deren unmittelbaren normativen Gehalt hinaus „verfassungsrechtliche Grundentscheidungen“ oder „Rechtswerte von verfassungsrechtlichem Rang“ entnommen, die die Bedeutung immanenter Grundrechtsschranken erlangen, findet eine unzulässige interpretative Umdeutung dieser Bestimmungen statt.** (...) Die Konsequenzen, die sich aus der anders gerichteten Auffassung des Senats für den Gehalt von Grundrechtsgewährleistungen und das Gefüge einer demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung ergeben können, sind weit tragend:

c) **Im Hinblick auf die Grundrechtsgewährleistung wird zum einen ein sehr breites und unbestimmtes Arsenal möglicher Grundrechtseinschränkungen geschaffen.** Wenn Art. 73 Nr. 1, 87a Abs. 1 GG grundrechtsbeschränkende Rechtswerte oder Grundentscheidungen hergeben, können solche mit der gleichen Logik auch aus den zahlreichen anderen Kompetenzbestimmungen, etwa der Art. 73 bis 75 und auch der Art. 87 Abs. 1, 87b, 105 Abs. 1 GG usw. abgeleitet werden. (...) Zum anderen wird die Geltungskraft verfassungsrechtlicher Grenzfestlegungen für die Ausübung der Staatsgewalt, die in den Grundrechten enthalten sind, nachhaltig verändert. Werden einer Grundrechtsgewährleistung ranggleich andere verfassungsgeschützte Rechtswerte oder Grundentscheidungen in der Form von Kompetenzbestimmungen, Ermächtigungsnormen und Organisationsregelungen gegenübergestellt, so werden in die Verfassung Spannungsverhältnisse hineinverlegt, für deren Auflösung sie keine Maßstäbe enthält. (...) **Die Grundrechte werden zu Abwägungsgesichtspunkten, erscheinen als ein Interesse (...) des Grundrechtsträgers, dem andere Interessen oder Gesichtspunkte gegenüberstehen.** (...)

d) Werden als Gegenposition der Abwägung dabei Kompetenzbestimmungen oder Organisationsregelungen herangezogen, die materiell überhöht werden, kann nahezu jede Grundrechtsbeschränkung im Wege der Verfassungsinterpretation legitimiert werden.“

cc) Vorbehalt des Gesetzes bei vorbehaltlosen Grundrechten

- 88 Noch nicht beantwortet ist die Frage, ob Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt ist dies ausdrücklich bestimmt (z. B. Art. 8 Abs. 2, 11 Abs. 2 GG). Eine derartige Bestimmung findet sich für vorbehaltlose Grundrechte naturgemäß nicht. Dennoch gilt der Vorbehalt des Gesetzes auch dort; er leitet sich aus einem **Erst-Recht-Schluss** zu den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt ab:¹⁰² Wenn schon Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt (nur) durch den Gesetzgeber beschränkt werden dürfen, so muss dies „erst recht“ für die stärker geschützten Grundrechte ohne Vorbehalt gelten. Bei ihnen dürfen die Anforderungen jedenfalls nicht geringer sein als bei den anderen Grundrechten.¹⁰³

dd) Kollidierendes Verfassungsrecht auch bei Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt?

- 89 Ungeklärt ist schließlich, ob kollidierendes Verfassungsrecht als Schranke auch bei Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt Anwendung finden kann, wenn der qualifizierte Gesetzesvorbehalt im Einzelfall nicht ausreicht. Ist etwa im Hinblick auf die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG eine Rechtfertigung nach den

¹⁰² Vgl. zum Erst-Recht-Schluss *Butzer/Epping*, S. 53 f. Zum Vorbehalt des Gesetzes s. Rn. 404.

¹⁰³ Vgl. BVerfGE 83, 130 (142) (Josephine Mutzenbacher); 108, 282 (297) (Kopftuch Ludin); 122, 89 (107) (Wissenschaftsfreiheit in der Theologie); 128, 1 (41) (Gentechnikgesetz).

geschriebenen Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG nicht möglich, weil kein allgemeines Gesetz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG vorliegt und das Gesetz auch nicht dem dort ebenfalls genannten Jugend- bzw. Ehrschutz dient¹⁰⁴, kommt eine Eingriffsrechtfertigung nur bei Heranziehung kollidierenden Verfassungsrechts in Betracht. Denn wenn schon vorbehaltlose Grundrechte, also Grundrechte ohne jede ausdrückliche Schranke, durch kollidierendes Verfassungsrecht begrenzt werden können, muss dies erst recht für die schwächer geschützten Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt gelten. Andernfalls wären vorbehaltlose Grundrechte stärker zu relativieren als Grundrechte mit qualifiziertem Vorbehalt.¹⁰⁵ Diesen Weg geht auch das BVerfG, wenngleich eine Auseinandersetzung mit der Problematik fehlt.¹⁰⁶ Trotzdem begegnet dieser Ansatz **Bedenken**: Der Verfassungsgeber hat mit der Schaffung qualifizierter Gesetzesvorbehalte gezeigt, dass bestimmte Grundrechte nur unter bestimmten, zumeist eng begrenzten Voraussetzungen eingeschränkt werden sollen. Zieht man hingegen die – in der Rechtsprechungspraxis weite – Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts heran, setzt man sich über diese Intention der Verfassung hinweg. Die Befürchtung, eine Beschränkung von Grundrechten durch kollidierendes Verfassungsrecht trage zu einer Relativierung des Grundrechtsschutzes bei, gilt für qualifizierte Grundrechte daher in besonderem Maße. Es erscheint daher gut vertretbar, kollidierendes Verfassungsrecht bei Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt nicht anzuwenden.¹⁰⁷ Gleiches gilt für die Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt; dort stellt sich die Frage auf Grund der umfassenden Einschränkung in der Praxis freilich nicht.

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Die kollidierenden Handlungspflichten müssen sehr genau und unter Nennung der Normen herausgearbeitet werden. Keinesfalls genügt ein pauschaler Hinweis z. B. auf „Rechtsstaatlichkeit“, „Demokratie“, „Gerechtigkeit“. Auch bei kollidierenden Handlungspflichten, z. B. einer grundrechtlichen Schutzpflicht, genügt nicht ein pauschaler Hinweis auf die kollidierenden Normen. Der im Einzelfall bestehende Konflikt ist vielmehr präzise und ausgehend vom Sachverhalt zu benennen. Vorrang hat zudem eine genaue Auslegung des Schutzbereichs; z. B. schützt nach überwiegender Ansicht die Versammlungsfreiheit keine Versammlung in einem fremden Haus ohne Zustimmung des Eigentümers, sodass sich das Problem kollidierenden Verfassungsrechts gar nicht stellt.

90

¹⁰⁴ Vgl. Rn. 239 ff.

¹⁰⁵ Jarass, in: ders./Pieroth, Vorb. vor Art. 1 Rn. 50.

¹⁰⁶ BVerfGE 66, 116 (136) (Springer/Wallraff); 73, 118 (166) (4. Rundfunkentscheidung [Landesrundfunkgesetz Niedersachsen]); 111, 147 (157) (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot); 124, 300 (327 ff.) (Wunsiedel).

¹⁰⁷ So auch zutreffend Krings, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 293 f.

b) Schranken-Schranken

- 91 Hinsichtlich der Schranken-Schranken, also den weiteren Anforderungen, die an den Staat bei Grundrechtseingriffen zu stellen sind, gelten bei vorbehaltlosen Grundrechten einige Besonderheiten.¹⁰⁸ Vorbehaltlose Grundrechte können zwar durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden, die Beschränkung muss jedoch die Vorbehaltlosigkeit berücksichtigen. Sie darf daher nur soweit gehen, wie es logisch und systematisch zwingend erscheint. Der sachliche Grundwertgehalt der beschränkten Norm muss in jedem Fall respektiert werden.¹⁰⁹ Für dieses Vorgehen der Güterzuordnung hat *Konrad Hesse* den Begriff der „**praktischen Konkordanz**“¹¹⁰ geprägt. Die Verfassungsgüter sind danach so einander zuzuordnen, dass sie zu optimaler Wirksamkeit gelangen. Keine grundrechtliche Gewährleistung darf mehr als notwendig oder gar gänzlich ihrer Wirksamkeit im Leben des Gemeinwesens beraubt werden.¹¹¹ Erforderlich ist daher eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** („**Übermaßverbot**“), die der Vorbehaltlosigkeit des eingeschränkten Grundrechts und der darin liegenden Wertung der Verfassung, Eingriffe grundsätzlich überhaupt nicht zuzulassen, Rechnung trägt. Dabei muss der Unterschied zu den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt stets deutlich werden und sich in einem geringeren Begrenzungsspielraum des Staates niederschlagen.

aa) Legitimer Zweck

- 92 Eine Besonderheit gilt zunächst für den legitimen Zweck. Legitimer Zweck eines Eingriffs kann bloß die Erfüllung der mit dem Eingriffsabwehrrecht kollidierenden konkreten Handlungspflicht sein. Hat beispielsweise Bürger A in einer Zeitung eine satirische Karikatur veröffentlicht und damit die Ehre des Bürgers B angegriffen, muss der Staat einen Eingriff in die Kunstfreiheit des A auf seine Schutzpflicht für die persönliche Ehre des B aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG stützen.¹¹² Legitimes Ziel des Eingriffs ist allein der Ehrschutz.

bb) Eignung und Erforderlichkeit, Angemessenheit

- 93 Während keine Besonderheiten für die Prüfung der Eignung und der Erforderlichkeit gelten, überprüft das BVerfG bei der **Angemessenheit**, ob der Staat bei seinem Eingriff dem Gebot, die kollidierenden Pflichten im Sinne **praktischer Konkordanz** schonend auszugleichen, gerecht geworden ist. Die weiteren Maßstäbe sind in der Verfassungsrechtsprechung jedoch vage geblieben. In einer Entscheidung ist davon die Rede, dass das vorbehaltlose Grundrecht nur soweit beschränkt werden darf, wie dies logisch und systematisch zwingend erscheint.¹¹³ In anderen Entscheidungen fordert das BVerfG einen verhältnismäßigen Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Op-

¹⁰⁸ Vgl. *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 283 ff.

¹⁰⁹ BVerfGE 28, 243 (261) (Dienstpflichtverweigerung).

¹¹⁰ *Hesse*, Rn. 317.

¹¹¹ *Hesse*, Rn. 318.

¹¹² Vgl. BVerfGE 75, 369 (379) (Strauß-Karikatur).

¹¹³ BVerfGE 28, 243 (261) (Dienstpflichtverweigerung).

timierung.¹¹⁴ Entnehmen kann man den Entscheidungen immerhin, dass beiden gegenläufigen Positionen wie folgt Rechnung zu tragen ist: Weder darf übermäßig in das vorbehaltlose Grundrecht eingegriffen werden, noch darf die kollidierende Handlungspflicht über Gebühr vernachlässigt werden.

Gleichwohl ist es möglich, die Maßstäbe deutlich zu präzisieren. Diese Präzisierung setzt bei der konkreten Konfliktlage an. Typischerweise kollidieren das vorbehaltlose Eingriffsabwehrrecht und eine staatliche Schutzpflicht für die Grundrechte Dritter miteinander. Angesprochen sind damit Dreiecksverhältnisse, in denen ein Bürger dem Staat sein Eingriffsabwehrrecht (im oben genannten Beispiel Bürger A die Kunstfreiheit) und ein anderer Bürger seinen Anspruch auf Schutz (im Beispiel Bürger B den Anspruch auf Schutz seiner Ehre) entgegenhält. Fallgestaltungen, in denen das Eingriffsabwehrrecht mit Staatsstruktur- oder Staatszielbestimmungen kollidiert, sind eher selten.¹¹⁵ Bei Kollisionen von Abwehrrecht und Schutzpflicht ist im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zunächst zu fragen, ob die Schutzpflicht überhaupt einen Eingriff in das vorbehaltlose Freiheitsrecht verlangt. Verlangt im genannten Beispiel also der Schutz der Ehre des B tatsächlich einen Eingriff in die Kunstfreiheit des A? Nur dann liegt tatsächlich eine Kollision zweier Pflichten vor. Die Schutzpflicht verlangt einen Eingriff in das kollidierende Abwehrrecht, wenn der Staat ohne das eingreifende Handeln gegen das **Untermaßverbot**¹¹⁶ verstieße. Dies ist im Beispiel der Fall, wenn die Ehre des B ohne einen Eingriff in die Kunstfreiheit des A unzumutbar beeinträchtigt wäre. Zugleich muss der Staat sein Handeln aber auf den vom Untermaßverbot geforderten Minimalschutz begrenzen. Der Staat darf also dem Künstler A nicht jegliche Veröffentlichung von Karikaturen in Zeitungen verbieten; er kann aber etwa verlangen, dass B im Kunstwerk unkenntlich gemacht wird. **Mehr als den vom Untermaßverbot mindestens verlangten Schutz darf der Staat nicht gewähren**, weil es sonst an einer Pflichtenkollision und daher an einem Rechtfertigungsgrund fehlen würde. Jedes „Mehr“ an Schutz ist vom Grundgesetz nicht gefordert und damit unangemessen.¹¹⁷

Der Staat darf allerdings **auch nicht weniger tun, als es das Untermaßverbot verlangt**. Weiter kann die Schutzpflicht auch unter Hinweis auf das einzuschränkende Grundrecht nicht zurückgedrängt werden. Denn bei der Bestimmung dessen, was das Untermaßverbot konkret fordert, sind Art und Ausmaß der Gefahr für das zu schützende Grundrecht einerseits und das entgegenstehende vorbehaltlose Grundrecht andererseits gegeneinander abzuwägen.¹¹⁸ Bereits bei der Bestimmung der Reichweite der Schutzpflicht sind folglich alle entgegenstehenden Belange zu berücksichtigen. Das eingriffsabwehrrechtliche Übermaßverbot und das in den Schutzpflichten wurzelnde Untermaßverbot treffen sich daher in einem Punkt, der den schonenden Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz darstellt. Dem

¹¹⁴ BVerfGE 77, 240 (253) (Herrnburger Bericht); 81, 278 (292) (Bundesflagge).

¹¹⁵ Vgl. Rn. 90.

¹¹⁶ Vgl. Rn. 126 ff.

¹¹⁷ Ausführlich dazu Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 291 ff.; Lenz/Leydecker, DÖV 2005, 841 (848 f.).

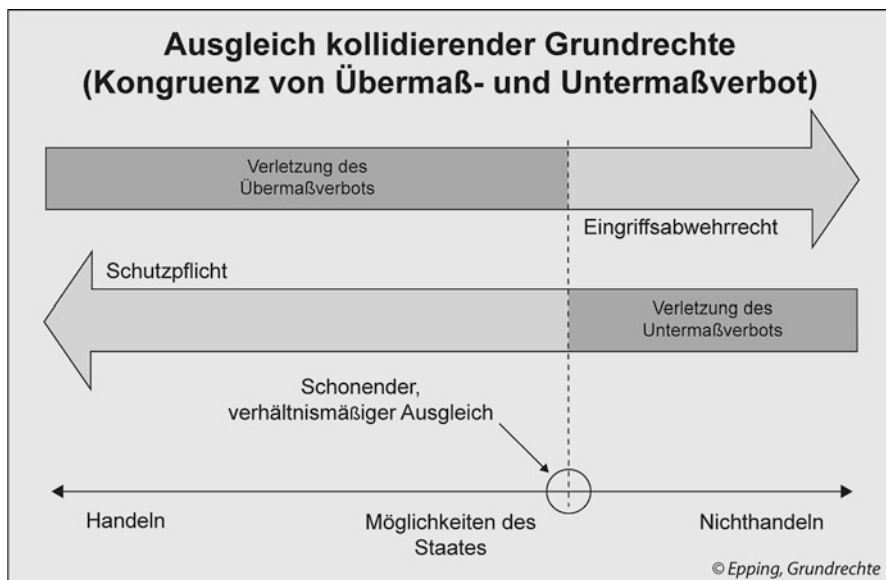
¹¹⁸ Vgl. Rn. 128.

Staat kommt bei der Eingriffsrechtfertigung durch kollidierende Grundrechte Dritter **kein Gestaltungsspielraum** zu.¹¹⁹

96

Aus dieser **Deckungsgleichheit (Kongruenz) von Übermaß- und Untermaßverbot** folgt weiter, dass es bei Dreiecksverhältnissen für das Ergebnis keine Rolle spielen darf, ob das vorbehaltlose Eingriffsabwehrrecht oder die Schutzpflicht geltend gemacht wird. Beruft sich der eine Bürger auf sein Eingriffsabwehrrecht, ist jeder Eingriff unverhältnismäßig und damit ungerechtfertigt, der über das vom Untermaßverbot gebotene Maß hinausgeht. Beruft sich der andere Bürger hingegen auf seinen Anspruch auf Schutz, bekommt er genau so viel Schutz zugesprochen, wie es das Untermaßverbot gebietet und damit zugleich das Übermaßverbot gerade eben erlaubt. Dies ist zugleich eine entscheidende **Kontrollüberlegung**: Ein Eingriff in ein vorbehaltloses Grundrecht ist nur dann angemessen, wenn der Bürger auf den mit dem Eingriff gebotenen Schutz einen grundrechtlichen und damit gerichtlich durchsetzbaren Anspruch hat. Im genannten Beispiel wäre demnach ein Eingriff in die Kunstfreiheit des A nur dann angemessen, wenn B auf den Eingriff einen grundrechtlichen Anspruch hätte. Würde der Staat den Eingriff gleichwohl unterlassen, könnte B seinen Anspruch auf Unkenntlichmachung gegebenenfalls mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen.

97



98

Dieses Modell der Kongruenz von Übermaß- und Untermaßverbot gilt **nur für vorbehaltlose Grundrechte**. Nur diesen ist die Wertung der Verfassung zu entnehmen, dass Grundrechtseingriffe stets unzulässig sind und daher die Grenzen

¹¹⁹ Allerdings kommt dem Staat bei der Bestimmung der Gefahr, die für die Anforderungen der Schutzpflicht maßgeblich ist, ein Einschätzungsspielraum zu. Vgl. Rn. 129.

für den eingreifenden Staat so eng wie möglich gezogen werden müssen.¹²⁰ Bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt sieht hingegen die Verfassung die Einschränkung im Text vor, sodass hier dem Staat bei der Erfüllung der Schutzpflichten ein weiter Gestaltungsspielraum eröffnet ist. Er muss mindestens dem Untermaßverbot Genüge tun, aber auch wenn er darüber hinausgeht, ist das Übermaßverbot des mit einem Vorbehalt versehenen Grundrechts nicht automatisch verletzt. Untermaß- und Übermaßverbot fallen folglich bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt nicht zusammen.¹²¹

Für die **praktische Anwendung** bedeutet dies, dass zunächst die Reichweite der mit dem vorbehaltlosen Grundrecht kollidierenden Schutzpflicht, d. h. das diesbezügliche Untermaßverbot zu bestimmen ist. In vorbehaltlose Grundrechte darf und muss der Staat nur in dem Umfang eingreifen, in dem er dazu auch unter Berücksichtigung entgegenstehender Belange verpflichtet ist. Dabei hilft die genannte Kontrollüberlegung weiter: Nur wenn das Gericht bei einer Klage auf Schutz einen Anspruch auf das eingreifende Handeln bejahen würde, kann ein Eingriff in ein vorbehaltloses Grundrecht verfassungsgemäß sein.

Kommt es ausnahmsweise zu einer Kollision von vorbehaltlosem Grundrecht und **Staatsstruktur- bzw. Staatszielbestimmungen**, ist die Situation nicht anders. Auch hier ist zu fragen, welche Handlung die entsprechende Bestimmung unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Belange mindestens fordert. Der Staat darf nicht mehr, aber auch nicht weniger tun.

Gegenüber der häufig großzügigen Heranziehung kollidierenden Verfassungsrechts insbesondere der Instanzgerichte¹²² bedeutet die dargestellte Systematisierung eine deutliche **Verschärfung**. Die Vorbehaltlosigkeit von Grundrechten darf nicht durch eine grenzenlose Abwägung relativiert werden, sondern Eingriffe müssen sich – nicht zuletzt auf Grund der grundsätzlichen Bedenken –¹²³ in engen Grenzen halten.

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Eingriffsrechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht ist komplex. Die Anforderungen, die hier in Klausuren und Hausarbeiten gestellt werden, sind allerdings sehr unterschiedlich. Während sich manche Aufgabensteller mit eher pauschalen Ausführungen zufrieden geben, verlangen andere eine genaue Aufarbeitung der

¹²⁰ Ablehnend *Störing*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2006, S. 130, dessen Ansatz allerdings nicht überzeugt, weil er die Erforderlichkeit weitergehender Eingriffe in vorbehaltlose Freiheitsrechte ohne Begründung unterstellt.

¹²¹ Anders *Hain*, DVBl. 1993, 982 (1983 f.). Seine Thesen sind jedoch zu Recht weitgehend auf Ablehnung gestoßen, vgl. nur *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzpflichten, 2003, S. 299 ff. m. w. N.

¹²² Vgl. beispielhaft OVG Münster, KirchE 36, 230 ff. und VG Köln, KirchE 34, 342 ff. Dort wurde das Verbot eines Theaterstücks mit dem „besonderen ernsten und stillen Wesen“ eines Feiertags gerechtfertigt.

¹²³ Vgl. Rn. 79 ff.

99

100

101

102

jeweiligen Interessenlage. Eingeleitet werden sollte die Prüfung stets mit dem Hinweis, dass ein schonender Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz gesucht wird. Dieser Ausgleich muss beide kollidierenden Positionen gleichermaßen berücksichtigen. Bei der anschließenden Prüfung des legitimen Zwecks ist die kollidierende Handlungspflicht, etwa eine Schutzpflicht, klar zu benennen. Eignung und Erforderlichkeit sind unproblematisch. Bei der Angemessenheitsprüfung gibt es zwei Möglichkeiten. Die klassische Herangehensweise stellt die Wertigkeit des kollidierenden Verfassungsgutes und die Intensität des Grundrechtseingriffs abwägend gegenüber. Dies wird in der Fallbearbeitung in aller Regel ausreichen. Präzisere Ergebnisse, die aus Sicht der Verfasser vorzugswürdig sind, erzielt man, wenn man zunächst die konkrete Reichweite der Handlungspflicht – bei Schutzpflichten anhand des Untermaßverbots – unter Berücksichtigung des vorbehaltlosen Freiheitsrechts bestimmt. Angemessen ist nur, was die Handlungspflicht zwingend erfordert. Diese Herangehensweise führt zu einer stärkeren Strukturierung der Prüfung, birgt aber auch das Risiko, den Korrektor damit zu überraschen.

103

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Unterscheidung Ansammlung/Versammlung – Frage des gemeinsamen Zwecks (Rn. 31 ff.).
- Anwendung des VersG auf nicht öffentliche Versammlungen (verwaltungsrechtliche Problematik).
- Vorfeldmaßnahmen (Kontrollen bei der Anfahrt etc.) (Rn. 39 f.).
- Maßnahmen nach Auflösung oder Beendigung einer Versammlung (verwaltungsrechtliche Problematik).
- Friedlichkeit einer Versammlung (Sitzblockaden, Gegendemonstrationen) (Rn. 36 ff.).
- Versammlungsfreiheit extremistischer Gruppen (Rn. 63 f.).
- Verbot einer Versammlung bei (bloßer) Gefährdung der öffentlichen Ordnung (Rn. 63 f.).
- Anmeldepflicht bei Spontan- und Eilversammlungen (Rn. 66 ff.).

Kapitel 3: Leben / Körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Literatur zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG:

Dreier, Horst, Grenzen des Tötungsverbotes, JZ 2007, 261 ff. u. 317 ff.; *Fink, Udo*, Der Schutz menschlichen Lebens im Grundgesetz, Jura 2000, 210 ff.; *Heun, Werner*, Embryonenforschung und Verfassung, JZ 2002, 517 ff.; *Kunig, Philip*, Grundrechtlicher Schutz des Lebens, Jura 1991, 415 ff.; *Lindner, Josef Franz*, Die Würde des Menschen und sein Leben, DÖV 2006, 577 ff.; *Müller-Terpitz, Ralf*, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: HStR VII, § 147; *Trapp, Dan Bastian*, Impfzwang – Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Gesundheitsvorsorgemaßnahmen, DVBl. 2015, 11 ff.

Literatur zu den Schutzpflichten:

Klein, Eckart, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 ff.; *Stern, Klaus*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, 241 ff.; *Wahl, Rainer/Masing, Johannes*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553 ff.

Literatur zum Grundrechtsverzicht:

Fischinger, Philipp S., Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808 ff.; *Seifert, Jens*, Problemkreise des Grundrechtsverzichts, Jura 2005, 99 ff.

Fallbearbeitungen:

Augsberg, Ingo, Grundfälle zu Art. 2 II 1 GG, JuS 2011, 28 ff. und 128 ff.; *Brunner, Manuel/Göhlich, Carola*, Gut für den Teint, aber schlecht für die Gesundheit, Jura 2015, 87 ff.; *Degenhart, Christoph*, I, Fall 9 (S. 134 ff.); *Höfling, Wolfram*, Fall 5 (S. 45 ff.); *Krausnick, Daniel*, Grundfälle zu Art. 19 I und II GG, JuS 2007, 1088 ff.; *Maierhöfer, Christian*, Übungsklausur – Öffentliches Recht: Verwaltungskompetenzen im Bundesstaat und grundrechtliche Schutzpflichten, JuS 2004, 598 ff.; *Volkmann, Uwe*, Fälle 1 (S. 1 ff.), 2 (S. 27 ff.), 3 (S. 62 ff.); v. *Weschpfennig, Armin*, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Grundrechtliche Schutzpflichten – Apokalypse und Schwarze Löcher, JuS 2011, 61 ff.

Leitentscheidungen:

BVerfGE 16, 194 ff. (Liquorentnahme); 39, 1 ff. (Schwangerschaftsabbruch I); 46, 160 ff. (Schleyer); 49, 89 ff. (Kalkar I); 53, 30 ff. (Mülheim-Kärlich); 56, 54 ff. (Fluglärm); 77, 170 ff. (Lagerung chemischer Waffen); 88, 203 ff. (Schwangerschaftsabbruch II); 115, 118 ff. (Luftsicherheitsgesetz); 121, 317 ff. (Rauchverbot); 128, 282 ff. (Zwangsbehandlungen im Maßregelvollzug).

I. Hintergrund

- 104** Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, wie es von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt wird, ist ohne Vorgänger in der deutschen Verfassungsgeschichte. Weder die Paulskirchenverfassung von 1848 noch die Weimarer Reichsverfassung kannten vergleichbare Verbürgungen. Hintergrund für die Aufnahme des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in das Grundgesetz waren die nationalsozialistischen Verbrechen, wie die „Endlösung der Judenfrage“, die „medizinischen“ Experimente am lebenden Menschen, Zwangssterilisationen und Folterungen.

BVerfGE 39, 1 (36 f.) (Schwangerschaftsabbruch I): „Die ausdrückliche Aufnahme des an sich selbstverständlichen Rechts auf Leben in das Grundgesetz – anders als etwa in der Weimarer Verfassung – erklärt sich hauptsächlich als Reaktion auf die ‚Vernichtung lebensunwerten Lebens‘, auf ‚Endlösung‘ und ‚Liquidierung‘, die vom nationalsozialistischen Regime als staatliche Maßnahmen durchgeführt wurden. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG enthält ebenso wie die Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG, ein Bekenntnis zum grundsätzlichen Wert des Menschenlebens und zu einer Staatsauffassung, die sich in betonten Gegensatz zu den Anschauungen eines politischen Regimes stellt, dem das einzelne Leben wenig bedeutete und das deshalb mit dem angemessenen Recht über Leben und Tod des Bürgers schrankenlosen Missbrauch trieb.“

Art. 2 EMRK und Art. 2, 3 GR-Charta enthalten vergleichbare Bestimmungen. Textlich weitergehend ist Art. 35 GR-Charta im Hinblick auf das Recht auf Zugang zur ärztlichen Versorgung und Gesundheitsvorsorge.

II. Schutzbereich

105 **Fall 3: Liquorentnahme**

G war in einem Strafverfahren angeklagt, als Geschäftsführer einer GmbH ein – wirtschaftlich unbedeutendes – Geheimnis verraten zu haben (§ 85 Abs. 1 GmbHG). In der Hauptverhandlung ordnete der Amtsrichter die ärztliche Untersuchung des Angeklagten zur Prüfung seiner Zurechnungsfähigkeit an. Der Gerichtsarzt stellte nach ambulanter Untersuchung einen Verdacht auf Erkrankung des Zentralnervensystems fest; zur Klärung hielt er eine Blutuntersuchung und eine Untersuchung des Liquor (Gehirn- und Rückenmarkflüssigkeit) für notwendig, wozu es eines Einstichs in den Wirbelkanal mit einer langen Hohnadel entweder im Bereich der oberen Lendenwirbel (Lumbalpunktion) oder im Nacken zwischen Schädel und oberstem Halswirbel (Okzipitalpunktion) bedarf. Da der Beschwerdeführer die Durchführung dieser Untersuchungen verweigerte, ordnete das Gericht auf Grund von § 81a StPO ihre Vornahme an. G legte Beschwerde ein, mit der er geltend machte, eine Liquorentnahme sei ein äußerst schmerzhafter Eingriff; sie sei nicht erforderlich, da seine Zurechnungsfähigkeit erst ein Jahr zuvor auf Grund eingehender Begutachtung bejaht worden sei. Schließlich sei ein

solch gewaltsamer Eingriff durchaus geeignet, seine durch übermäßige Arbeit nervlich stark belastete psychische Struktur schwer zu erschüttern. Das Landgericht verwarf die Beschwerde durch Beschluss als unbegründet. G fühlt sich durch die Gerichtsbeschlüsse in seinem Recht auf körperliche Unversehrtheit verletzt und erhebt Verfassungsbeschwerde. Wie wird das BVerfG über die zulässige Beschwerde entscheiden?

Anmerkung: § 81a StPO wurde 1950 eingefügt und beruht auf gesetzlichen Befugnissen, die bereits 1933 eingeführt worden sind (RGBl. I, S. 1000).

§ 81a Abs. 1 StPO: Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

Abs. 2: Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft (...) zu.

Fall nachgebildet BVerfGE 16, 194 ff. (Liquorentnahme)

1. Sachlicher Schutzbereich: Leben

Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG schützt das **Leben**. Wie das BVerfG hierzu ausgeführt hat, stellt das Leben innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung als die vitale Basis der Menschenwürde einen Höchstwert dar.¹ Das Grundrecht auf Leben schützt das körperliche Dasein, d. h. die biologisch-physische Existenz.² **Nicht** von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erfasst wird das **Recht zum Sterben**. Insoweit besteht keine negative Freiheit als Pendant zur positiven. Vielmehr wird die Entscheidung über das eigene Leben überwiegend als von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) umfasst angesehen.³ Relevant wird dieser Gesichtspunkt bei der Frage,

105a

¹ BVerfGE 46, 160 (164) (Schleyer); 49, 24 (53) (Kontaktsperre-Gesetz); 115, 118 (139) (Luftsicherheitsgesetz).

² BVerfGE 115, 118 (139) (Luftsicherheitsgesetz).

³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 32; a. A. *Fink*, Hdb. GR IV, § 88 Rn. 48. Gegen ein grundrechtlich geschütztes Recht auf Selbsttötung *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Abs. 2 Rn. 192, mit der konsequenten Folgerung, dass der Staat, ohne Grundrechte einzuschränken, Suizidversuche mit angemessenen Mitteln verhindern darf.

ob ein Recht auf Selbstmord besteht. Das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben wird durch die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.⁴

106

Die Reichweite des Schutzes des menschlichen Lebens hängt maßgeblich davon ab, wie man **Beginn und Ende menschlichen Lebens** bestimmt. Im Hinblick auf den **Beginn** gilt unstreitig, dass der Schutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht erst mit der Geburt einsetzt. Auch das werdende Leben (der Nasciturus) genießt grundrechtlichen Schutz.⁵ Jedenfalls ab dem 14. Tag nach der Empfängnis und der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter (Nidation) setzt der Schutz des Nasciturus aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ein.⁶ Umstritten ist, ob weitergehend bereits die Befruchtung der Eizelle ausreicht.⁷ Dies hätte vor allem Folgen für die künstliche Befruchtung außerhalb des menschlichen Körpers; eine solche Befruchtung würde dann Leben im Sinne des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schaffen. Wann menschliches Leben **endet**, ist ebenfalls umstritten. Eine verbreitete Ansicht stellt darauf ab, ob die Hirnströme erloschen sind.⁸ Hintergrund für diese Auffassung ist die Annahme, dass menschliches Leben eine körperlich-geistige Einheit bzw. die Gesamtheit aller Körperfunktionen voraussetzt. Mit dem endgültigen und vollständigen Ausfall des Gehirns sind die geistigen Funktionen – etwa Wahrnehmung, Empfindung, Denk- und Entscheidungsvermögen – erloschen. Die körperlich-geistige Einheit als funktionelle Ganzheit ist beendet. Auch der Gesetzgeber legt seinen Entscheidungen den Hirntod zugrunde. § 3 Abs. 2 Nr. 2 des Transplantationsgesetzes (TPG) enthält folgende Definition des Hirntods: „Die Entnahme von Organen oder Geweben ist unzulässig, wenn nicht vor der Entnahme bei dem Organ- oder Gewebespende der endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach Verfahrensregeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist.“ Andere Stimmen gehen demgegenüber davon aus, dass das Leben erst mit dem Ausfall aller wesentlichen Eigenschaften des Menschen endet. Das setzt sowohl den Hirntod als auch den Ausfall der weiteren Körperfunktionen, insbesondere des Herzkreislauf-Systems, und damit den Herztod voraus.⁹ Das Bundesverfassungsgericht musste die Frage bislang nicht entscheiden.

⁴ Hillgruber, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 1 Rn. 20; Hufen, NJW 2001, 849 ff.

⁵ BVerfGE 39, 1 (37) (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203 (251 f.) (Schwangerschaftsabbruch II).

⁶ BVerfGE 39, 1 (37) (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203 (251) (Schwangerschaftsabbruch II). Vgl. zur Abtreibung Rn. 133.

⁷ Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 145 ff.; Stern, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 70, S. 1061 f.; zu den einzelnen Entwicklungsstufen menschlichen Lebens vor der Geburt Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 28.

⁸ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Abs. 2 Rn. 192; Stern, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 70, S. 1058.

⁹ Vgl. Höfling, MedR 2013, 407 ff.; ders., ZME 2012, 163 ff.

2. Sachlicher Schutzbereich: Körperliche Unversehrtheit

Körperliche Unversehrtheit meint zunächst die menschliche Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne. Durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG wird die **Integrität des Körpers** umfassend geschützt. Auch eine Operation oder ein sonstiger Heileingriff, der zur Gesundung des Patienten vorgenommen wird, beeinträchtigt die körperliche Integrität. Vom Recht auf körperliche Unversehrtheit werden nicht nur Substanzverletzungen erfasst. Geschützt wird auch die **Abwesenheit psychischer Krankheitszustände**. Diese Ausdehnung des Schutzbereichs gebietet bereits die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), die ebenfalls nicht auf den körperlichen Bereich beschränkt ist. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte, da Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor dem Hintergrund nationalsozialistischen Psychoterrors und seelischer Folterung zu sehen ist. Daher hat das BVerfG auch den Menschen als „Einheit von Leib, Seele und Geist“ begriffen¹⁰, bei dem eine genaue Abgrenzung zwischen physiologischen und psychischen Beeinträchtigungen medizinisch nicht möglich ist.

Nicht umfasst von der körperlichen Unversehrtheit ist das Recht auf **psychisches Wohlbefinden**. Es gilt also nicht die sehr weit gefasste Legaldefinition aus der Satzung der Weltgesundheitsorganisation: „Die Gesundheit ist ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen.“¹¹ Dehnte man den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG hierauf aus, ergäbe sich als Folge ein universell einsetzbares und damit konturenloses Abwehrrecht. Denn ein „Unbehagen“ oder ein „Unlustgefühl“ beim Bürger kann sich bei nahezu allen staatlichen Handlungen einstellen. Auch der Wortlaut würde einem so weiten Schutzbereichsverständnis entgegenstehen, schützt Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG doch nur die *körperliche* Unversehrtheit und nicht allgemein die Gesundheit. Aus diesem Grunde ist zumindest erforderlich, dass die Einwirkungen auf den Einzelnen in ihrer Wirkung mit körperlichen Schmerzen vergleichbar sind.¹² Insoweit besteht eine Parallele zum Strafrecht bzw. zum Zivilrecht. Psychische Einwirkungen stellen nur dann eine strafbare Körperverletzung nach § 223 StGB dar, wenn ihnen ein gewisser Krankheitswert zukommt. Nur in diesen Fällen besteht auch ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch nach § 823 BGB.

3. Persönlicher Schutzbereich

Träger der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist der lebende Mensch, unabhängig von seinem Alter, seinem Gesundheitszustand und seinem Bewusstsein. Der gestorbene Mensch wird nicht mehr vom Schutzbereich umfasst. Ihm kommt allein der aus der Menschenwürde abgeleitete postmortale Persönlichkeitsschutz¹³ zu.

¹⁰ BVerfGE 56, 54 (75) (Fluglärm).

¹¹ BGBl. 1974 II, 43 ff.

¹² Schütz, JuS 1996, 498 (502); offen gelassen von BVerfGE 56, 54 (74) (Fluglärm); nach BVerwG, NJW 1995, 2648 (2649) schützt Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG das „allseitige psychische Wohlbefinden des Bürgers“.

¹³ Vgl. Rn. 600 f.

107

108

109

III. Eingriffe

1. Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

- 110 Staatliches Handeln kann nach dem klassischen und nach dem erweiterten Eingriffsbegriff¹⁴ als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG qualifiziert werden. Auch die konkrete Gefährdung des Lebens durch staatliche Maßnahmen kann einen Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG darstellen.¹⁵ Insbesondere kommen als Eingriffe in das Recht auf Leben die Auslieferung bzw. Abschiebung in ein Land, in dem den Betroffenen die Todesstrafe droht, der finale Rettungsschuss (polizeilicher Todesschuss bei Geiselnahmen), aber auch die fahrlässige Tötung durch Träger von Staatsgewalt in Betracht. Wie bereits beim Schutzbereich angesprochen, liegen Eingriffe in das Recht auf körperliche Unversehrtheit dann vor, wenn die körperliche Integrität verletzt ist. Dies ist bei Substanzverletzungen der Fall sowie bei psychischen Beeinträchtigungen, soweit ihnen ein Krankheitswert zukommt. Ausreichend – aber nicht erforderlich – für einen Eingriff ist es jedenfalls, wenn Schmerzen zugefügt oder empfunden werden.¹⁶ Das BVerfG bzw. das BVerwG haben mehrfach bei lediglich geringen (zumutbaren) Beeinträchtigungen einen Eingriff abgelehnt, so etwa bei der Messung von Hirnströmen¹⁷ oder beim Schneiden von Haaren (Haarerlass des Bundesministers der Verteidigung)¹⁸. Diese Rechtsprechung ist in der Literatur vielfach auf Ablehnung gestoßen: Schließlich handele es sich bei der Frage nach Intensität und Zumutbarkeit um ein Problem der Verhältnismäßigkeit und damit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.¹⁹

2. Grundrechtsverzicht durch Einwilligung

- 111 Für den Rechtsinhaber besteht die Möglichkeit, auf sein Grundrecht zu verzichten und dadurch seine Privatautonomie zu verwirklichen („**Grundrechtsverzicht als Grundrechtsgebrauch**“²⁰). Beispielsweise kann der Wohnungsinhaber in die polizeiliche Durchsuchung seiner Wohnung einwilligen, auch wenn die nach Art. 13 Abs. 2 GG erforderliche richterliche Durchsuchungsanordnung nicht vorliegt. Durch eine wirksame Einwilligung wird bereits der Eingriff ausgeschlossen; der Grundrechtsverzicht stellt also keine Rechtfertigung – wie beispielsweise im Straf-

¹⁴ Vgl. Rn. 392 ff.

¹⁵ BVerfGE 51, 324 (346) (Verhandlungsfähigkeit); 66, 39 (58) (Nachrüstung); BVerfG, NJW 2004, 49 f. zur Zwangsversteigerung einer Wohnung trotz akuter Gesundheitsgefährdung; *Augsberg*, JuS 2011, 28 (32); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 43 u. 46.

¹⁶ *Augsberg*, JuS 2011, 128 (131).

¹⁷ BVerfGE 17, 108 (115) (Hirnkammerluftfüllung).

¹⁸ BVerwGE 125, 85 (88); BVerwG 1 WRB 2.12 und 1 WRB 3.12 – Beschluss vom 17. Dezember 2013; a. A. BVerfGE 47, 239 (248 f.) (Zwangswesiger Haarschnitt).

¹⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 49 f.; *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 163.

²⁰ *Geiger*, NVwZ 1989, 35 (36 f.).

recht – dar.²¹ Allerdings ist der Grundrechtsverzicht nicht in jedem Fall zulässig. Die Grundrechte sollen zwar individuelle Freiheit gegenüber dem Staat sichern; zugleich kommt aber jedenfalls einzelnen Grundrechten wie etwa Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 GG eine Aufgabe im Rahmen des demokratischen Willensbildungsprozesses zu. Dementsprechend ist für die Frage nach der Zulässigkeit des Grundrechtsverzichts danach zu differenzieren, welche Aufgabe das jeweilige Grundrecht hat. Dient das einzelne Grundrecht der persönlichen Entfaltungsfreiheit, so spricht eine Vermutung für die Möglichkeit des Verzichts; auf die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) kann gleichwohl nicht verzichtet werden.²² Ist die Willensbildung im Staat betroffen, indiziert das die Unzulässigkeit des Verzichts.

Voraussetzung für einen wirksamen – d. h. einen Grundrechtseingriff ausschließenden – Grundrechtsverzicht ist in jedem Fall, dass dieser **freiwillig** – also ohne Druck oder Täuschung – erfolgt. Zudem kommt es auf die Schwere und Dauer der Einschränkung, eine etwaige Zwangslage des Verzichtenden, die freie Widerruflichkeit oder zukünftige Bindung an den Verzicht an.²³ Der Verzicht muss ausreichend konkret sein, damit der Einwilligende die Folgen seines Handelns abschätzen kann. Bei einigen Grundrechten gibt der Wortlaut Aufschluss darüber, ob auf diese zulässigerweise verzichtet werden darf. Art. 6 Abs. 3 GG und Art. 16 Abs. 1 GG sprechen ausdrücklich vom „Handeln gegen den Willen des Betroffenen“. Auf der anderen Seite erlegt Art. 6 Abs. 2 GG den Eltern die Pflicht zur Erziehung ihrer Kinder auf. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG verbietet alle Abreden, die das Recht auf Koalitionsfreiheit einschränken.

Auf das Recht auf Leben kann gegenüber dem Staat nicht verzichtet werden, da ein starker Bezug zur Menschenwürde besteht und es sich um eine unumkehrbare Entscheidung handelt. Auch dann, wenn der Betroffene mit seiner Tötung durch den Staat einverstanden ist, liegt ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor. Insoweit gilt ein **absoluter Lebensschutz**. Demgegenüber kann in die Beeinträchtigung der **körperlichen Unversehrtheit** eingewilligt werden.

BVerfGE 128, 282 (300 f.) (Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug): „Die Eingriffsqualität entfällt auch nicht bereits dann, wenn der Betroffene der abgelehnten Behandlung keinen physischen Widerstand entgegensetzt. Das bloße Aufgeben einer bestimmten Form des Protests kann nicht ohne weiteres als Zustimmung gedeutet werden. Die medizinische Behandlung eines Untergebrachten, die ihrer Art nach das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit berührt, greift in dieses Grundrecht allenfalls dann nicht ein, wenn sie von der frei, auf der Grundlage der **gebotenen ärztlichen Aufklärung**, erteilten Einwilligung des Untergebrachten gedeckt ist. Dies setzt voraus, dass der Untergebrachte **einwilligungsfähig** ist und **keinem unzulässigen Druck** ausgesetzt wurde, etwa durch das Inaussichtstellen von Nachteilen im Falle der Behandlungsverweigerung, die sich nicht als notwendige Konsequenzen aus dem Zustand ergeben, in dem der Betroffene unbehandelt voraussichtlich verbleiben oder in den er aufgrund seiner Weigerung voraussichtlich geraten wird.“

²¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 Rn. 69; nach *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 2 Rn. 55 f. ist die Einwilligung eine bloße Rechtfertigung des Eingriffs.

²² Vgl. Rn. 616.

²³ BVerfGE 128, 282 (321) (Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug); 129, 269 (280) (Medizinische Zwangsbehandlung); 133, 112 (134 f.) (Maßregelvollzug Sachsen).

112

113

IV. Rechtfertigung von Eingriffen

1. Schranken

- 114 Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG steht unter einem Gesetzesvorbehalt. Nach S. 3 darf in das Recht auf körperliche Unversehrtheit bzw. in das Recht auf Leben nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

2. Schranken-Schranken

- 115 Als Schranken-Schranke ist zunächst die spezielle Norm des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG²⁴ zu nennen. Danach kann die körperliche oder seelische Misshandlung Gefangener in keinem Fall gerechtfertigt werden. Eine Rechtfertigung der **Folter** ist nicht möglich.²⁵ Art. 102 GG schafft die **Todesstrafe** ab. Eine Wiedereinführung auf einfachgesetzlicher Grundlage wäre also per se rechtswidrig. Fraglich ist, ob Art. 102 GG auch bei Auslieferungen eingreift, wenn in dem die Auslieferung ersuchenden Staat die Todesstrafe droht.²⁶ Seit 1982 steht § 8 des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) einer Auslieferung entgegen.
- 116 Jeder Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG muss **verhältnismäßig** sein. Bei einer Abwägung ist zu beachten, dass Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vielfach zu irreparablen Schäden führen können. Hinzu kommt, dass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit einen starken Bezug zur Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG²⁷ aufweist. Art. 1 Abs. 1 GG begrenzt damit – wie bei allen anderen Grundrechten auch – mögliche Eingriffe und wirkt insofern als Schranken-Schranke.²⁸ Daher ist streng darauf zu achten, dass ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG den in diesem Grundrecht enthaltenen Menschenwürdegehalt nicht verletzt. Eine Abwägung Leben gegen Leben ist von vornherein unzulässig. Jedes menschliche Leben stellt gleichermaßen einen Höchstwert dar.²⁹
- 117 Eine Verletzung des im Recht auf Leben enthaltenen Menschenwürdegehalts hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum **Luftsicherheitsgesetz** festgestellt, die an die Grenzen des rechtlich Fassbaren führt. Dieses Gesetz sah vor, dass ein – wie bei den Terroranschlägen vom 11.9.2001 in den USA – als Waffe eingesetztes Flugzeug auch dann abgeschossen werden durfte, wenn sich unbeteiligte Personen an Bord des Flugzeugs befanden. Diese gezielte Tötung Unschuldiger hielt das BVerfG für unzulässig, auch wenn damit die Rettung des Lebens anderer Menschen bezweckt werde. Weder dieser Zweck noch die Tatsache, dass die Flugzeuginsassen aller Voraussicht nach ohnehin dem Tod geweiht und faktisch Teil der Waffe Flugzeug seien,

²⁴ Vgl. Rn. 723 ff.

²⁵ Vgl. zum Folterverbot und den Aufweichungstendenzen in der Literatur Rn. 725; zum absoluten Folterverbot nach Art. 3 EMRK EGMR, NStZ 2008, 699 (700).

²⁶ Vgl. *Epping*, in: ders./Hillgruber, GG, Art. 102 Rn. 7 ff.

²⁷ Vgl. Rn. 589 ff.

²⁸ Deutlich BVerfGE 115, 118 (152) (Luftsicherheitsgesetz).

²⁹ Vgl. *Lindner*, DÖV 2006, 577 (586).

könnten eine gezielte Tötung Unschuldiger rechtfertigen.³⁰ Eine gezielte Tötung komme nur dann in Frage, wenn ausschließlich der Täter betroffen sei. Es entspreche seiner Subjektstellung, wenn ihm die Folgen seines Angriffs zugerechnet würden.³¹ Die Entscheidung betont damit zu Recht die besondere Bedeutung des Lebens und der Menschenwürde. Zweifel weckt aber die praktische Folge, dass der Staat bei einem den Anschlägen vom 11.9.2001 vergleichbaren Ereignis nach den Wertungen der Verfassung tatenlos zusehen muss. Ob daher eine Auslegung der Menschenwürdegarantie, die jede Tötung Unschuldiger verbietet, die – wenn auch unfreiwillig – Teil der Waffe Flugzeug geworden sind, wirklich zwingend ist, lässt sich durchaus in Frage stellen.³² Denn zum bloßen Objekt sind die Menschen bereits von den Tätern selbst gemacht worden. Der Staat reagiert lediglich auf eine vorgefundene Lage mit dem einzigen Mittel, das ihm zur Verfügung steht.

Eine gewisse **Inkonsequenz der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung** mag man darin sehen, dass das BVerfG offenbar selbst damit rechnet, dass im Ernstfall ein Abschussbefehl erteilt werden wird. Der Abschussbefehl wird vom BVerfG außerhalb des Bereichs angesiedelt, den der Staat in verfassungsrechtlich zulässiger Weise regeln darf.³³ Dieser Ausweg ist jedoch aus rechtlicher Sicht kaum tragfähig. Das Grundgesetz nimmt für sich in Anspruch, das gesamte staatliche Leben umfassend zu regeln. Ein Staatshandeln außerhalb des Rechts sieht das Grundgesetz ausweislich seines Wortlauts (Art. 20 Abs. 3 GG), vor allem aber ausweislich seiner auf den Erfahrungen im Nationalsozialismus aufbauenden Zielrichtung nicht vor. Dies gilt gerade für die zentralen Fragen von menschlichem Leben und menschlicher Würde. So sehr die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz daher in Bezug auf die Bedeutung der menschlichen Würde zu begrüßen ist, so fraglich bleibt, ob sich die daraus zwingend folgende rechtliche Konsequenz eines tatenlosen Zusehens der Staatsgewalt bei einem terroristischen Luftangriff wirklich durchhalten lassen wird. Zu hoffen bleibt, dass diese Frage nie der Entscheidung bedarf.

Bei besonders intensiven Eingriffen (insbesondere in das Recht auf Leben) ist nach der Wesentlichkeitstheorie³⁴ ein **Parlamentsgesetz** erforderlich.³⁵ Lediglich bei unwesentlichen Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit reicht ein materielles Gesetz aus.

a) Polizeilicher Todesschuss

Besondere Probleme wirft der polizeiliche Todesschuss bei Geiselnahmen (**finaler Rettungsschuss**) auf. Nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG darf in das Recht auf Leben eingegriffen werden. Ein solcher Eingriff bedeutet hinsichtlich

³⁰ BVerfGE 115, 118 (157 ff.) (Luftsicherheitsgesetz).

³¹ BVerfGE 115, 118 (160 ff.) (Luftsicherheitsgesetz).

³² Vgl. auch *Schenke*, NJW 2006, 736 (738); *Epping*, in: ders./Hillgruber, Art. 87a Rn. 21 ff. und Art. 35 Rn. 20, 25.

³³ Andeutungen in diese Richtung in BVerfGE 115, 118 (157) (Luftsicherheitsgesetz) zur strafrechtlichen Lage. Einen „rechtswertungsfreien Raum“ will auch *Lindner*, DÖV 2006, 577 (587 f.) erkennen.

³⁴ Vgl. Rn. 405.

³⁵ BVerfGE 115, 118 (139) (Luftsicherheitsgesetz).

118

119

120

des Lebensschutzes logischerweise den Tod des Betroffenen. Wenn eine gegenwärtige Gefahr für das Leben von Geiseln besteht, die nicht anders abgewendet werden kann, ist der polizeiliche Todesschuss zulässig.³⁶ Erforderlich ist eine ausreichend bestimmte Rechtsgrundlage, die wegen der Wesentlichkeitstheorie nur in einem Parlamentsgesetz bestehen kann. Die polizeiliche Generalklausel ist jedenfalls nicht ausreichend.³⁷

b) Wiedereinführung der Todesstrafe

- 121 Umstritten war lange die Frage, ob die Todesstrafe wieder eingeführt werden kann. Dafür wurde angeführt, dass Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG einem Eingriff in das Recht auf Leben nicht entgegensteht. Art. 102 GG wird zudem nicht von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst, was in der Literatur so verstanden wurde, dass die Todesstrafe nach einer Änderung der Verfassung und Streichung des Art. 102 GG erneut eingeführt werden könne.³⁸ Dieser Auffassung wird heute zu Recht (nahezu) einhellig widersprochen. Die Verhängung der Todesstrafe würdigt den Menschen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herab und verletzt daher seine Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Auch mit rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 20 Abs. 3 GG) ist die Wiedereinführung der Todesstrafe unvereinbar. Das folgt nicht zuletzt daraus, dass der Einzelne der unvermeidlichen Gefahr von Fehlurteilen ausgesetzt wäre, ohne dass diese nachträglich korrigiert werden könnten.³⁹ Daher steht die unmissverständliche Aussage in Art. 102 GG über die Abschaffung der Todesstrafe auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht zur Disposition.⁴⁰

V. Staatliche Schutzpflichten und Schutzrechte

122 Fall 4: Mobilfunk

E ist Eigentümer eines Einfamilienhauses, das er zusammen mit seiner Ehefrau bewohnt. Vor kurzem hat der Mobilfunkbetreiber M auf dem Nachbargrundstück unter Einhaltung aller öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere der des Bau- und Immissionsschutzrechts, eine Mobilfunkanlage mit einem Sendemast errichtet.

E fühlt sich durch die Mobilfunkanlage bedroht. Seit der Errichtung der Anlage leidet er unter innerer Unruhe, schläft schlecht, ist müde und unkonzentriert. Seine Ehefrau ist hingegen völlig beschwerdefrei; ärztliche

³⁶ *Di Fabio*, in: Manz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 Rn. 37; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 62. Vgl. BVerfGE 115, 118 (161) (Luftverkehrsgesetz).

³⁷ Vgl. *Kutscha*, NVwZ 2004, 801 (803).

³⁸ Nachweise bei *Kersten*, in: Maunz/Dürig, Art. 102 Fn. 1 zu Rn. 33.

³⁹ Ablehnend daher BGHSt 41, 317 (325); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 2 II Rn. 60; *Epping*, in: ders./Hillgruber, Art. 102 Rn. 4 ff.; letzterer auch zu der völkerrechtlichen Problematik.

⁴⁰ Ebenso *Kersten*, in: Maunz/Dürig, Art. 102 Rn. 33.; *Germelmann*, in: BK, Art. 102, Rn. 180.

Untersuchungen bleiben ergebnislos. Gerade dies bestärkt E in seiner Ansicht, die Mobilfunkanlage sei die Ursache seiner Beschwerden. Abhilfe verspricht er sich von einer deutlichen Reduzierung der Sendeleistung der Anlage weit unter das gesetzlich zulässige Maß. Nachdem Verhandlungen mit M erfolglos bleiben, fordert E schließlich die zuständige Behörde auf, mittels einer Anordnung nach § 24 BImSchG die zulässigen Emissionen auf ein deutlich unter den gesetzlichen Grenzwerten liegendes Maß zu reduzieren. Die Behörde lehnt unter Hinweis auf die Rechtslage ein Tätigwerden ab. Der Gesetzgeber habe mit der 26. BImSchV unter Berücksichtigung des wissenschaftlichen Erkenntnisstands hinreichende Vorkehrungen zum Gesundheitsschutz getroffen. Die im Anhang enthaltenen Grenzwerte seien nach intensiver wissenschaftlich begleiteter Diskussion festgesetzt worden. Die ganz überwiegende Mehrheit in der Wissenschaft gehe nach wie vor von deren Aktualität aus. Die danach geltenden Grenzwerte unterschreite die Anlage unproblematisch. Die Behörde bezweifelt zudem die Ursächlichkeit der Mobilfunkanlage für die Probleme des E. Der Anlagentyp sei lange eingeführt und arbeite an anderen Standorten völlig problemlos.

Gegen die ablehnende Haltung der Behörde klagt E vor den Verwaltungsgerichten und wendet sich gegen die „Untätigkeit der Behörde“. Die Behörde und ersatzweise das Gericht müssten jedenfalls umfangreiche wissenschaftliche Gutachten über die Zulänglichkeit der geltenden Strahlenschutzwerte einholen, statt lediglich mit dem geltenden Recht zu argumentieren. Die Klage bleibt jedoch bis in letzter Instanz ohne Erfolg, wobei sich die Gerichte in ihrer Begründung der Behörde anschließen. Auch das Einholen wissenschaftlicher Gutachten über die geltenden Grenzwerte unterbleibt. E erhebt nunmehr form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde zum BVerfG. Hat die Verfassungsbeschwerde Erfolg?

§ 24 BImSchG: Die zuständige Behörde kann im Einzelfall die zur Durchführung (...) der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen erforderlichen Anordnungen treffen.

Bearbeitervermerk: Art. 14 GG ist nicht zu prüfen.

Fall nach BVerfG, NJW 2002, 1638 ff. Vgl. zur zivilrechtlichen Seite BGH, NJW 2004, 1317 ff.

1. Begründung staatlicher Schutzpflichten

Traditionellerweise wirken die Grundrechte als Eingriffsverbote gegenüber dem Staat und verfolgen das Ziel, den Einzelnen vor ungerechtfertigten Freiheitsbeschränkungen durch staatliches Handeln zu bewahren. Zur **effektiven Sicherung**

persönlicher Freiheit ist die Funktion der Grundrechte als Eingriffsverbote allerdings nicht ausreichend. Denn Bedrohungen persönlicher Freiheit können nicht bloß vom Staat selbst ausgehen, sondern auch von anderen Menschen oder von der Natur. Das Leben ist beispielsweise nicht bloß dem staatlichen Zugriff ausgeliefert. Auch ein Mörder oder eine Naturkatastrophe können das Leben bedrohen, ohne dass sich der Einzelne selbst effektiv dagegen wehren kann. Weiter noch hat der Staat durch das grundsätzliche Verbot der Gewaltanwendung und die Etablierung des staatlichen Gewaltmonopols dem Einzelnen viele Möglichkeiten genommen, seine Rechte effektiv zu verteidigen und durchzusetzen. Ohne ein staatliches, den Rechten des Einzelnen dienendes Handeln wären diese Rechte daher in Gefahr. Geht man aber mit dem BVerfG davon aus, dass die Grundrechte eine „**objektive Wertordnung**“ errichten und vom Staat in Folge dessen verlangen, für eine tatsächliche Verwirklichung dieser Wertordnung in allen Lebensbereichen einzutreten, ist die **dogmatische Basis für staatliche Schutzpflichten** geschaffen.⁴¹ Dem staatlichen Gewaltmonopol folgt die staatliche Pflicht, Gewalt zu Gunsten der Rechte des Einzelnen im Einzelfall auch tatsächlich anzuwenden.⁴² Hinzu kommt ein zweiter Begründungsansatz. Art. 1 Abs. 1 GG, der die staatliche Gewalt ausdrücklich zum Schutz der **Menschenwürde** verpflichtet, zeigt, dass dem Grundgesetz Schutzpflichten nicht fremd sind. Insofern haben die staatlichen Schutzpflichten ihren Grund auch in Art. 1 Abs. 1 GG.⁴³ Ihr Gegenstand und ihr Maß werden durch die weiteren Grundrechte näher bestimmt.⁴⁴ Die Schutzpflichten verlangen vom Staat, für einen effektiven Grundrechtsschutz des Einzelnen auch vor nicht vom Staat ausgehenden Gefahren Sorge zu tragen.⁴⁵ Der Staat ist damit nicht bloß Gegner, sondern auch Garant der Grundrechte.

124

Wird die Existenz staatlicher Schutzpflichten heute kaum mehr bestritten, ist weithin unklar, ab welcher **Gefährdungsschwelle** die Schutzpflicht aktiviert wird. In der Literatur wird teilweise eine generelle Vorsorgepflicht zur Vermeidung unbekannter und nicht selbstständig lösbarer Risiken postuliert⁴⁶ oder aber die Existenz einer Gefährdungsschwelle, ab der die Schutzpflicht erst einsetzt, gänzlich abgelehnt.⁴⁷ Richtigerweise wird man die Gefährdungsschwelle abhängig von **zwei Elementen** bestimmen müssen: Staatlicher Schutz muss vor einem Verhalten Dritter oder auch vor Naturereignissen gewährt werden, die – wenn sie vom Staat ausgingen – als Grundrechtseingriffe zu bewerten wären. Solange also keine **eingriffsadäquate Beeinträchtigung** droht, fehlt der Schutzpflicht ihr Bezugspunkt. Da die Schutzpflicht ferner Grundrechtsbeeinträchtigungen verhindern soll und insofern präventiv wirkt, sind Anforderungen an die **Wahrscheinlichkeit des Ein-**

⁴¹ BVerfGE 39, 1 (41) (Schwangerschaftsabbruch I); 49, 89 (141 f.) (Kalkar I); 92, 26 (46) (Zweitregister).

⁴² Klein, NJW 1989, 1633 (1636).

⁴³ BVerfGE 39, 1 (41) (Schwangerschaftsabbruch I); 57, 250 (285) (V-Mann); 88, 203 (251) (Schwangerschaftsabbruch II).

⁴⁴ BVerfGE 88, 203 (251) (Schwangerschaftsabbruch II).

⁴⁵ BVerfGE 35, 79 (113) (Hochschul-Urteil); 39, 1 (42) (Schwangerschaftsabbruch I).

⁴⁶ Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 112 ff.

⁴⁷ Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 76 ff.

tritts der eingriffsadäquaten Beeinträchtigung zu stellen. Man würde den Staat gänzlich überfordern, wenn er ständig alle noch so entfernten und hypothetischen Grundrechtsbeeinträchtigungen unter Kontrolle halten müsste. Daher ist – wie im Polizeirecht⁴⁸ – die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu fordern. Ob die Wahrscheinlichkeit „hinreichend“ ist, ergibt sich aus einer wertenden Betrachtung, in die sowohl Art und Ausmaß der möglichen Beeinträchtigung als auch das Ausmaß der Wahrscheinlichkeit einfließen.

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung sollte die dogmatische Grundlage der Schutzpflichten kurz erläutert werden, da die Schutzpflichten nur in wenigen Ausnahmefällen dem Verfassungstext unmittelbar zu entnehmen sind. Umfassende Ausführungen werden hier aber allenfalls in Hausarbeiten erwartet, die einen Schwerpunkt auf diesen Bereich legen.

125

2. Erfüllung von Schutzpflichten und verfassungsgerichtlicher Prüfungsmaßstab

Fordert also die Schutzpflichtdimension vom Staat, sich schützend und fördernd vor die einzelnen Grundrechte zu stellen, ist damit allerdings noch keine Aussage über **Art und Umfang der staatlichen Handlungspflicht**, also das „Wie“ deren Erfüllung, getroffen. In dieser Beziehung stellen die Grundrechte den Staat vor ein Dilemma: Was sich für den einen Bürger als seine Freiheit bedrohendes Handeln darstellt, bedeutet für den anderen Bürger zugleich eine Entfaltung persönlicher Freiheit. Die Freiheit des einen Bürgers ist also zugleich die Freiheitsbeeinträchtigung des anderen, sodass Schutzpflicht und Eingriffsabwehrrecht miteinander kollidieren. In dieser Situation kommt dem Staat die Rolle eines „Schiedsrichters“ zu, der die verschiedenen Grundrechtspositionen gegeneinander abgrenzen muss. Diese Erkenntnis ist nicht neu und hat bei der Eingriffsrechtfertigung durch „kollidierendes Verfassungsrecht“ bereits eine Rolle gespielt.⁴⁹ Aus Sicht der Schutzpflichten ist damit die Frage verbunden, wann der Staat zu einem Handeln oder sogar zu einem Grundrechtseingriff zu Gunsten des einen und zu Lasten des anderen Bürgers berechtigt bzw. verpflichtet ist. Dabei ist die Problematik eine andere als bei den Eingriffsabwehrrechten. Diese verlangen vom Staat ein präzise definiertes Verhalten, nämlich das Unterlassen eines Eingriffs, und halten für ausnahmsweise zulässige Grundrechtseingriffe mit den Schranken und Schranken-Schranken (insbesondere mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) einen relativ klaren Maßstab bereit. Demgegenüber ist den Grundrechten zur Frage einer Handlungspflicht kaum

126

⁴⁸ Vgl. zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff: *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 69 ff.

⁴⁹ Vgl. Rn. 77 ff.

etwas zu entnehmen. **Die Schutzpflicht ist grundsätzlich unbestimmt**⁵⁰, sodass die Maßstäbe für eine Handlungspflicht ausgehend von grundrechtlichen Wertungen entwickelt werden müssen.

127

Erschwert wird die **Maßstabsbildung** dadurch, dass zur Schutzgewähr im Unterschied zur Eingriffsabwehr regelmäßig viele verschiedene Verhaltensweisen in Betracht kommen. Zu Recht bezeichnet es das BVerfG als „eine höchst komplexe Frage (...), wie eine positive staatliche Schutz- und Handlungspflicht, die erst im Wege der Verfassungsinterpretation aus den in den Grundrechten verkörperten Grundentscheidungen hergeleitet wird, durch aktive gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen ist. Je nach der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, der konkreten Zielsetzungen und ihrer Priorität sowie der Eignung der denkbaren Mittel und Wege sind verschiedene Lösungen möglich.“⁵¹ Aus dem weit gehenden Schweigen der Grundrechte zu den Maßstäben der Schutzpflicht einerseits und der Vielfalt der Handlungsmöglichkeiten andererseits zieht das BVerfG die Konsequenz, dass die Entscheidung über die Wahl der Mittel nach dem Grundsatz der **Gewaltenteilung** und dem demokratischen Prinzip in die Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers gehöre. Die Erfüllung der Schutzpflichten mit den Mitteln des einfachen Rechts könne daher vom BVerfG nur begrenzt nachgeprüft werden.⁵² Entsprechend räumt das BVerfG dem Staat bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten einen **weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum** ein, dessen Reichweite im Einzelnen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter abhängt.⁵³ Dementsprechend schuldet der Staat keinen optimalen Maximal-, sondern nur einen angemessenen und wirksamen Minimalschutz.⁵⁴ Eine Verletzung von Schutzpflichten kann nur dann in Betracht kommen, wenn das staatliche Handeln hinter dem vom Grundgesetz Gebotenen wesentlich zurückbleibt und der Staat seine Pflichten damit evident verfehlt. Eine **evidente Verfehlung** liegt nach Ansicht des BVerfG nur vor, „wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen oder erheblich dahinter zurückbleiben.“⁵⁵ Seine Grenze findet das staatliche Handeln daher im **Untermaßverbot**.⁵⁶

⁵⁰ BVerfG, NJW 2017, 53 (55) (Pflicht zur Zwangsbehandlung).

⁵¹ BVerfGE 56, 54 (81) (Fluglärm).

⁵² BVerfGE 46, 160 (164) (Schleyer); 56, 54 (81) (Fluglärm); 77, 170 (215) (Lagerung chemischer Waffen); 92, 26 (46) (Zweitregister).

⁵³ BVerfGE 77, 170 (215) (Lagerung chemischer Waffen); 115, 118 (159 f.) (Luftsicherheitsgesetz); BVerfGK 10, 208 (211).

⁵⁴ BVerfGE 88, 203 (254) (Schwangerschaftsabbruch II).

⁵⁵ BVerfGE 77, 170 (215) (Lagerung chemischer Waffen); 92, 26 (46) (Zweitregister); BVerfG, NJW 2017, 53 (55) (Pflicht zur Zwangsbehandlung).

⁵⁶ BVerfGE 88, 203 (254) (Schwangerschaftsabbruch II). Näher zum Untermaßverbot *Dietlein*, ZG 1995, 131 ff. Für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes demgegenüber *Cremer*, DÖV 2008, 102 ff.; *Störning*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009, S. 199 ff.

Was der Staat nach Maßgabe des Untermaßverbots mindestens tun muss, bestimmt das BVerfG mittels einer **wertenden Betrachtung**. Maßgeblich dafür sind

128

- **Art und Schwere** der Grundrechtsbeeinträchtigung bzw. -gefährdung, wobei es nach der Rechtsprechung des BVerfG auch auf die Wertigkeit des betroffenen Grundrechts ankommen soll,⁵⁷
- die **Wahrscheinlichkeit** (Nähe) des Schadenseintritts, wobei mit steigender Schwere einer Grundrechtsgefährdung (z. B. durch Kernenergie) die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit sinken,⁵⁸
- Existenz, Art und Wirkung **vorhandener Regelungen**⁵⁹ sowie **entgegenstehende Rechtsgüter**, insbesondere die Grundrechte Dritter oder sonstige staatliche Pflichten.⁶⁰

Das Untermaßverbot bestimmt sich somit aus einer **Zusammenschau verschiedener Gesichtspunkte** und bezeichnet das Maß an Schutz, das der Staat mindestens gewähren muss. Insoweit sind die staatlichen Schutzpflichten voll justiziabel. Erst wenn der Staat die Anforderungen des Untermaßverbots erfüllt hat, setzt sein Gestaltungsspielraum ein. Allerdings sind bei der Bestimmung dessen, was das Untermaßverbot verlangt, wertende und prognostische Gesichtspunkte heranzuziehen. Sowohl die Schwere der drohenden Grundrechtsbeeinträchtigung als auch die Schadenswahrscheinlichkeit – beides zusammen ergibt die Gefahr – erfordern eine Einschätzung. Hier liegt die **Einschätzungsprärogative** bei dem staatlichen Organ, das die Schutzpflicht erfüllen muss.⁶¹ Das Gericht hat bei der Überprüfung die Einschätzungen soweit zu akzeptieren, wie sie nicht evident fehlerhaft und daher unvertretbar sind. Oberhalb der Grenze des Untermaßverbots ist der Staat in seinem Handeln grundsätzlich frei. Er kann sich bei weniger schwer wiegenden Gefährdungen oder bedeutenden entgegenstehenden Belangen begründeterweise auch für ein Nichthandeln entscheiden oder eine Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzguts durch kompensatorische Maßnahmen ausgleichen. Die Beeinträchtigung kann aber auch derart schwer sein, dass der Staat Schutz durch einen Eingriff in die Grundrechte eines anderen gewähren oder sogar eine ganz konkrete Schutzmaßnahme ergreifen muss, wenn allein durch diese Maßnahme eine schwer wiegende Gefahr abgewehrt werden kann.⁶² Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ohne ein staatliches Eingreifen eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zu befürchten wäre. Hier ist der Staat zu einem Handeln verpflichtet.⁶³ Gleiches gilt bei krankheitsbedingter Lebensgefahr. In einer solchen Notlage gebietet es die

129

⁵⁷ In Bezug auf das Leben BVerfGE 46, 160 (164) (Schleyer). Allgemein zu dieser Problematik: *Stern*, DÖV 2010, 241 (247).

⁵⁸ BVerfGE 49, 89 (142) (Kalkar I); 53, 30 (57) (Mülheim-Kärlich); BVerfGK 17, 57 (61 ff.).

⁵⁹ BVerfGE 49, 89 (142) (Kalkar I).

⁶⁰ BVerfGE 88, 203 (254) (Schwangerschaftsabbruch II).

⁶¹ BVerfGE 49, 89 (131) (Kalkar I).

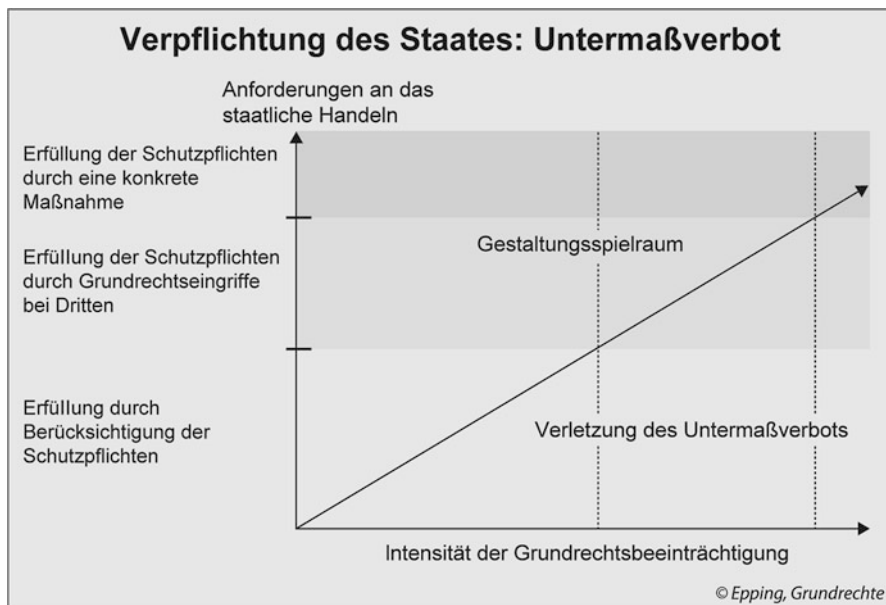
⁶² BVerfGE 77, 170 (215) (Lagerung chemischer Waffen); 115, 25 (45) (Behandlungsmethoden in der Krankenversicherung).

⁶³ Vgl. BVerfGE 27, 344 (351) (Ehescheidungsakten); 34, 228 (245) (Tonband).

staatliche Schutzpflicht für das Leben beispielsweise, dass die gesetzliche Krankenversicherung die Kosten für eine grundsätzlich nicht anerkannte Behandlungsmethode übernimmt, wenn anerkannte Therapien nicht zur Verfügung stehen und es ernsthafte Hinweise auf eine mögliche Heilung oder positive Einwirkung gibt.⁶⁴ Ist eine Person ernstlich erkrankt, die nicht einsichtsfähig ist und die Behandlung verweigert, muss der Staat notfalls zum Instrument der zwangsweisen medizinischen Behandlung greifen.⁶⁵ Eine wichtige **Grenze** ist freilich zu beachten: Die staatliche Schutzpflicht geht nie so weit, dass sie die **Verletzung der Würde eines anderen Menschen** verlangt.⁶⁶

BVerfGE 115, 118 (159 f.) (Luftsicherheitsgesetz): „Dem Staat und seinen Organen kommt bei der Erfüllung derartiger Schutzpflichten ein **weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich** zu. Anders als die Grundrechte in ihrer Funktion als subjektive Abwehrrechte sind die sich aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte ergebenden staatlichen Schutzpflichten grundsätzlich unbestimmt. **Wie die staatlichen Organe solchen Schutzpflichten nachkommen, ist von ihnen prinzipiell in eigener Verantwortung zu entscheiden.** Das gilt auch für die Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens. **Zwar kann sich gerade mit Blick auf dieses Schutzgut in besonders gelagerten Fällen, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist, die Möglichkeit der Auswahl der Mittel zur Erfüllung der Schutzpflicht auf die Wahl eines bestimmten Mittels verengen. Die Wahl kann aber immer nur auf solche Mittel fallen, deren Einsatz mit der Verfassung in Einklang steht.**“

130



⁶⁴ BVerfGE 115, 25 (49 f.) (Gesetzliche Krankenversicherung); BVerfG, NJW 2016, 1505 (1506 f.) (Medizinprodukte).

⁶⁵ BVerfG, NJW 2017, 53 (55) (Pflicht zur Zwangsbehandlung).

⁶⁶ BVerfGE 115, 118 (160) (Luftsicherheitsgesetz). Ebenso mit weiterer Begründung Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 296 ff.; v. Bernstorff, Der Staat 47 (2008), 21 ff.

Kommt der Staat den ihm obliegenden Schutzpflichten nach, führt dies häufig zu **Eingriffen in Grundrechte Dritter**. Gesundheitsschutz durch eine strikte Begrenzung von Schadstoffemissionen beeinträchtigt beispielsweise die Berufsfreiheit von Unternehmern, die emittierende Anlagen betreiben. Es bedarf mithin der **Abwägung** zwischen der Bedeutung des konkret verfolgten Schutzziels und der Intensität des Eingriffs in die Grundrechte Dritter.⁶⁷ Im Rahmen dieser Abwägung ist der Staat allerdings an die im Rahmen der vorgenannten Einschätzungsprärogative gewonnenen Erkenntnisse gebunden. Gelangt er beispielsweise zu dem Ergebnis, bestimmte Schadstoffemissionen seien – soweit sie aus Kraftfahrzeugen stammen – nur von geringer Gefährlichkeit und deshalb zu tolerieren, darf er identische Schadstoffemissionen – soweit sie aus anderen Quellen stammen – nicht einem Totalverbot unterwerfen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig und führen zur Verfassungswidrigkeit eines darauf gestützten Grundrechtseingriffs, wenn identischen Gefährdungen in ein und derselben Regelung unterschiedliches Gewicht beigemessen wird.⁶⁸ Verlangt wird mithin ein **stimmiges Schutzkonzept**.

131

3. Einzelfälle

In der Praxis gibt es zahlreiche Beispiele, in denen das BVerfG staatliche Schutzpflichten in verschiedenen Ausprägungen angenommen hat. Bedeutung für die Entwicklung der Schutzpflichten haben vor allem drei Bereiche gewonnen:

132

- In zwei Entscheidungen hat sich das BVerfG mit der Frage befasst, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine **Abtreibung** legal möglich ist.⁶⁹ Denn bei einer Abtreibung wird das Leben des ungeborenen Kindes vernichtet. Auf der anderen Seite steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Kollision gegenläufiger Grundrechte muss der Gesetzgeber im Sinne „praktischer Konkordanz“ auflösen. Bei der Abwägung ist zu beachten, dass hinsichtlich des ungeborenen Lebens die staatliche Schutzpflicht eingreift, wohingegen es beim Persönlichkeitsrecht der Mutter um die grundrechtliche Abwehrfunktion geht. Um seiner Schutzpflicht gerecht zu werden, hat der Staat vielfältige Möglichkeiten; es besteht ein großer Spielraum. Daher verletzt der vom Gesetzgeber mit den §§ 218 ff. StGB (insbesondere mit der Beratungspflicht) eingeschlagene Weg nach Ansicht des BVerfG weder das Grundrecht des Kindes auf Leben, noch das Recht der Mutter auf Selbstbestimmung.

133

BVerfGE 88, 203 (254 ff.) (Schwangerschaftsabbruch II): „Der Schutz des Lebens ist nicht in dem Sinne absolut geboten, dass dieses gegenüber jedem anderen Rechtsgut ausnahmslos Vorrang genösse; das zeigt schon Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG. Der **Schutzpflicht** ist andererseits nicht dadurch genügt, dass überhaupt Schutzvorkehrungen irgendeiner Art

⁶⁷ BVerfGE 121, 317 (356 f.) (Rauchverbot).

⁶⁸ BVerfGE 107, 186 (197) (Impfstoffversand); 121, 317 (362 f.) (Rauchverbot).

⁶⁹ BVerfGE 39, 1 ff. (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203 ff. (Schwangerschaftsabbruch II).

getroffen worden sind. **Ihre Reichweite ist vielmehr im Blick auf die Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts – hier des ungeborenen menschlichen Lebens – einerseits und mit ihm kollidierender Rechtsgüter andererseits zu bestimmen.** Als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kommen dabei – ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) – vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht.

Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen, ist Aufgabe des Gesetzgebers. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten; insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Notwendig ist ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener Schutz; entscheidend ist, dass er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen. (...) **Soll das Untermaßverbot nicht verletzt werden, muss die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen.** (...) Nach dem (...) Dargelegten muss der Staat, um seiner Schutzpflicht für das ungeborene Leben zu genügen, ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, dass ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird. Dazu bedarf es eines näher zu entwickelnden, Elemente des präventiven wie des repressiven Schutzes miteinander verbindenden Schutzkonzepts. Die Aufstellung und normative Umsetzung eines solchen Schutzkonzepts ist Sache des Gesetzgebers. Nach den bestehenden verfassungsrechtlichen Anforderungen ist er dabei nicht frei, den Schwangerschaftsabbruch über verfassungsrechtlich unbedenkliche Ausnahmetatbestände hinaus als nicht rechtswidrig, also erlaubt, anzusehen. Allerdings kann der Gesetzgeber nach noch näher auszuführenden Maßstäben entscheiden, wie er das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs im Übrigen in den verschiedenen Bereichen der Rechtsordnung zur Wirkung bringt. **Insgesamt muss aber das Schutzkonzept so ausgestaltet sein, dass es geeignet ist, den gebotenen Schutz zu entfalten, und nicht in eine – zeitlich begrenzte – rechtliche Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs übergeht oder als solche wirkt.** Der Gesetzgeber muss der Wahl und Ausgestaltung seines Schutzkonzepts die verfassungsrechtlich tragfähige Einschätzung zu Grunde legen, dass er mit ihm den Schutz des ungeborenen Lebens so gewährleisten werde, wie es das Untermaßverbot verlangt. Soweit seinen Entscheidungen zugleich Prognosen über tatsächliche Entwicklungen, insbesondere die Wirkungen seiner Regelung zu Grunde liegen, müssen diese Prognosen verlässlich sein; das BVerfG prüft, ob sie nach Maßgabe der nachfolgenden Kriterien vertretbar sind. (...).“

- 134 • Zentrale Bedeutung für die Entwicklung der Schutzpflichten haben zudem die Entscheidungen des BVerfG zum **Umwelt- und Technikrecht**.⁷⁰ Häufig hat es der Gesetzgeber hier mit Gefahren zu tun, deren Eintrittswahrscheinlichkeit er, wie beispielsweise bei der Atomenergie, nicht abschließend beurteilen kann. In anderen Fällen ist noch nicht einmal bekannt, ob von bestimmten Dingen überhaupt eine Gefahr ausgeht (Beispiele: Gentechnik, Chemie, Teilchenbeschleuniger). Das Recht muss in diesen Fällen einen Weg zum Umgang mit dem Ungewissen finden, zugleich aber die Rechte der potenziell betroffenen Bürger wahren. Angesichts dieser Ungewissheiten hat das BVerfG den Grundsatz entwickelt, dass **Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren** zu gewährleisten sei. Grundlegend hat sich das BVerfG mit diesen Fragen in der

⁷⁰ BVerfGE 49, 89 ff. (Kalkar I); 53, 30 ff. (Mülheim-Kärlich); 77, 381 ff. (Gorleben).

Entscheidung zur Genehmigung des umstrittenen Atomreaktors Mülheim-Kärlich beschäftigt: Das BVerfG leitete in dieser Entscheidung aus der aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgenden Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit ab, dass die Grundrechte nicht bloß auf materiell-, sondern auch auf verfahrensrechtliche Vorschriften einwirken.⁷¹ Gerade dann, wenn Ungewissheiten nicht zu vermeiden seien, sei die Ausgestaltung des Verfahrens besonders wichtig. Der Schutz der Grundrechte wird über das Verfahren gewährleistet, das Risiken minimieren soll. Es müssen beispielsweise Vorkehrungen getroffen werden, damit neue Erkenntnisse über Risiken stets Berücksichtigung finden.⁷² Dahinter steht die Erkenntnis, dass sich ein effektiver Grundrechtsschutz vielfach nur dann gewährleisten lässt, wenn schon im Vorfeld möglicher Grundrechtseingriffe Vorkehrungen getroffen werden, um die Rechte und Interessen der Betroffenen zu berücksichtigen und Eingriffe zu minimieren. Die verfassungsrechtliche Schutzpflicht verlangt in den Fällen, in denen Rechtsgutverletzungen aus wissenschaftlicher Sicht nicht ausgeschlossen werden können, dass staatliche Organe alle Anstrengungen zur frühzeitigen Gefahrerkennung unternehmen, um möglichen Gefahren mit den erforderlichen Mitteln begegnen zu können.⁷³ Anhörungs- und Beteiligungsrechte, wie sie etwa das Planfeststellungsverfahren in den §§ 72 ff. VwVfG vorsieht, können verfassungsrechtlich geboten sein.⁷⁴ Der Betroffene hat einen verfassungsrechtlichen Anspruch, mit seinen Einwänden gehört zu werden. Er hat ferner einen Anspruch auf gerichtliche Kontrolle der staatlichen Entscheidungen, was insbesondere die Auslegung einfach-rechtlicher Vorschriften als drittschützend i. S. v. § 42 Abs. 2 VwGO erfordern kann.⁷⁵ Wie stets bei der Erfüllung von Schutzpflichten kommt dem Gesetzgeber aber auch im verfahrensrechtlichen Bereich ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu.⁷⁶

- Die jüngeren Entscheidungen des BVerfG zu grundrechtlichen Schutzpflichten ergingen zu landesrechtlichen Regelungen zum **Nichtraucherschutz**.⁷⁷ Auch ausnahmslose Rauchverbote sind aufgrund eindeutiger wissenschaftlicher Erkenntnisse über die Gefahren des Passivrauchens in Verfolgung der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zulässig.⁷⁸ Das hohe Gewicht der vorgenannten Rechtsgüter rechtfertigt empfindliche Eingriffe beispielsweise in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) von Gaststättenbetreibern. Entscheidet sich der Gesetzgeber hingegen zulässigerweise gegen ein generelles Rauchverbot, bleibt er im Rahmen der gebotenen Abwägung an die in dieser Entscheidung zum Ausdruck kommende Bewertung des Gefahrenpotenzials des

135

⁷¹ BVerfGE 53, 30 (65) (Mülheim-Kärlich).

⁷² BVerfGE 49, 89 (132) (Kalkar I).

⁷³ BVerfGK 17, 57 (61 ff.).

⁷⁴ Für das atomrechtliche Genehmigungsverfahren: BVerfGE 61, 82 (109 ff.) (Sasbach).

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 61, 82 (113) (Sasbach). Vgl. anschaulich BVerwGE 60, 297 (301, 305) zum Atomanlagenrecht.

⁷⁶ BVerfGE 77, 381 (405) (Gorleben).

⁷⁷ BVerfGE 121, 317 ff. (Rauchverbot); BVerfGK 14, 132 ff.; 17, 455 ff.

⁷⁸ BVerfGE 121, 317 (357) (Rauchverbot).

Rauchens und der Erforderlichkeit des Schutzes gebunden.⁷⁹ Er darf mithin nicht ohne besonderen sachlichen Grund in einigen Bereichen generelle Rauchverbote aussprechen und in anderen Bereichen davon absehen. Ausnahmen müssen dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG genügen.⁸⁰

- Ein letzter bedeutender Anwendungsbereich für die Schutzpflichten ist die Einwirkung der Grundrechte auf das **Privatrecht** und die privatrechtlichen Beziehungen zwischen einzelnen Bürgern.⁸¹

4. Adressaten der Schutzpflicht

- 136** Adressat der Schutzpflicht ist nach der Rechtsprechung des BVerfG primär der **Gesetzgeber**, der zur Entscheidung über Art und Umfang des Schutzes berufen sei.⁸² Daneben sind aber auch die Verwaltung und der **Richter** berufen, den Wertungen der Grundrechte im Einzelfall zur Geltung zu verhelfen.⁸³ Das einfache Recht ist entsprechend auszulegen. Ist die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht aber mit einem Eingriff in die Grundrechte Dritter verbunden, so gilt ohne Abstriche der Vorbehalt des Gesetzes.⁸⁴ Die Schutzpflichten selbst stellen nicht die erforderliche *gesetzliche* Grundlage zu Eingriffen in die Grundrechte Dritter dar; es bedarf stets eines vor den Schranken des betroffenen Grundrechtes gerechtfertigten Gesetzes.⁸⁵ Ein Tätigwerden der Verwaltung bzw. des Richters ohne vorheriges Tätigwerden des Gesetzgebers ist nicht möglich.

5. Objektive Schutzpflicht und subjektives Schutzrecht

- 137** Begründen die bisherigen Ausführungen die Existenz einer objektiv-rechtlichen, an den Staat gerichteten **Schutzpflicht**, ist damit aber noch nichts über das Bestehen eines **korrespondierenden subjektiven Schutzrechts**, also eines Schutzanspruchs des Einzelnen ausgesagt. Zwar ist es im Grundrechtsbereich die Regel, dass staatlichen Pflichten ein entsprechendes subjektives Recht des Einzelnen gegenübersteht. Wie aber lässt sich ein solcher Anspruch dogmatisch begründen? Hilfreich ist dabei die allgemeine Definition des subjektiven Rechts: Ein subjektives Recht ist die Rechtsmacht, die dem Einzelnen von der Rechtsordnung zur Wahrung seiner Interessen verliehen worden ist. Dem steht das objektive Recht gegenüber, dem eine solche Rechtsmacht des Einzelnen nicht zu entnehmen ist. Die Unterscheidung ist deshalb so wichtig, weil nur das subjektive Recht des Einzelnen gegenüber dem

⁷⁹ BVerfGE 121, 317 (360) (Rauchverbot).

⁸⁰ BVerfGE 121, 317 (369 ff.) (Rauchverbot). Vgl. zu Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 765 ff.

⁸¹ Vgl. näher Rn. 343 ff.

⁸² BVerfGE 56, 54 (81) (Fluglärm).

⁸³ BVerfGE 84, 212 (226 f.) (Aussperrung); 96, 56 (64) (Vaterschaftsauskunft); 103, 89 (100) (Unterhaltsverzichtsvertrag).

⁸⁴ Vgl. Rn. 404 ff.

⁸⁵ BVerwGE 90, 112 (122); 109, 29 (38); *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553 (553 ff.).

Staat – notfalls auf dem Klageweg bis vor das BVerfG – eingefordert werden kann. Bloß objektives Recht berechtigt und verpflichtet hingegen nur den Staat, ohne dass dem Einzelnen diesbezüglich ein Forderungs- oder Klagerecht zukommt. Unter welchen Voraussetzungen kommt aber objektivem Recht auch subjektiv-rechtlicher Gehalt zu? Maßstab der Prüfung ist in diesem Zusammenhang die **Schutznormlehre**.⁸⁶ Nach der Schutznormlehre ist erforderlich, dass

- objektiv eine Begünstigung eines Einzelnen vorliegt,
- diese Begünstigung vom Gesetz bezweckt ist und schließlich
- das Gesetz dem Begünstigten die Rechtsmacht zur Durchsetzung verleihen will.

Hinsichtlich der staatlichen Schutzpflichten lassen sich alle drei Elemente der Schutznormlehre bejahen: Die staatliche Pflicht, dem Einzelnen Schutz zu gewähren, stellt sich für diesen als Begünstigung dar. Diese Begünstigung des Einzelnen ist vom Grundgesetz auch bezweckt, denn Ziel der Grundrechte ist es gerade, der Freiheit des Einzelnen tatsächlich zur Wirksamkeit zu verhelfen. Auf den ersten Blick schwieriger ist allein die Frage zu beantworten, ob das Grundgesetz dem Einzelnen auch die Rechtsmacht zur Durchsetzung der Grundrechte verleihen will. Ein erstes Argument für eine solche Rechtsmacht lässt sich Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG entnehmen, der die Verfassungsbeschwerde bei jeder Verletzung von Grundrechten durch die öffentliche Gewalt eröffnet. Es kommt prozessual also sowohl ein staatliches Handeln (Eingriff) wie auch ein staatliches Unterlassen in Betracht (vgl. etwa auch §§ 92, 94 Abs. 1, § 95 Abs. 1 BVerfGG). Dies deutet darauf hin, dass die Grundrechte nicht bloß in ihrer Form als Eingriffsverbote, sondern auch als Schutzpflichten vom Einzelnen geltend gemacht werden können. Hinzu kommt, dass eine Schutzpflicht, der kein entsprechendes Recht des Einzelnen gegenübersteht, kaum effektiv wäre. Würde der Staat gegen die Schutzpflicht verstoßen, hätte er in aller Regel keine Konsequenzen zu fürchten. Sobald aber der Einzelne die Erfüllung der Schutzpflicht selbst einfordern kann, wäre der Staat tatsächlich gehalten, der Pflicht auch nachzukommen. Vor allem dieses aus dem **Sinn und Zweck** heraus abgeleitete Argument spricht für einen subjektiv-rechtlichen **Schutzanspruch** des Einzelnen.⁸⁷

Folge einer Verletzung von Schutzpflichten ist daher, dass dem einzelnen Bürger unmittelbar aus den Grundrechten ein entsprechender Anspruch gegen den Staat erwächst. Der mit einer solchen Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch ist im Hinblick auf diese Gestaltungsfreiheit allerdings nur darauf gerichtet, dass die öffentliche Gewalt überhaupt Vorkehrungen zum Schutze des Grundrechts trifft, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind. Nur unter ganz besonderen Umständen kann sich diese Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen, dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann.⁸⁸

⁸⁶ Ausführlich *Stern*, in: ders., Staatsrecht Bd. III/1, § 65, S. 534 ff. Vgl. auch BVerfGE 27, 297 (307) (Wiedergutmachungsbescheid).

⁸⁷ *Klein*, NJW 1989, 1633 (1637).

⁸⁸ BVerfGE 77, 170 (215) (Lagerung chemischer Waffen).

140

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Zumindest in Klausuren kann die Existenz von subjektiven Schutzrechten als Gegenstück zu den Schutzpflichten heute vorausgesetzt werden, sodass eine ausführliche Begründung nicht erwartet wird. Es genügt der Hinweis auf die subjektive Seite der Schutzpflicht. In Hausarbeiten kann dagegen durchaus eine umfangreichere Darlegung gefordert sein.

6. Schutzrechte als Beispiele für Leistungsrechte in der Fallbearbeitung

141

Alle Leistungsrechte werden nach einem **zweistufigen Schema** geprüft. In einem ersten Prüfungsschritt ist wie üblich der **Schutzbereich** des Grundrechts festzustellen. In einem zweiten Schritt ist dann zu prüfen, ob ein **Leistungsrecht verletzt** ist. Zunächst muss aus dem betroffenen Grundrecht überhaupt ein Leistungsrecht folgen. Hat man dies bejaht, ist zu untersuchen, ob der Staat seiner Handlungspflicht nachgekommen ist. Prüfungsmaßstab ist dabei das **Untermaßverbot**.⁸⁹ In Bezug auf einen Schutzanspruch des einen Bürgers gegen ein Handeln eines anderen Bürgers ist zu fragen, ob die staatliche Zuordnung der Grundrechtspositionen der Beteiligten einen schonenden Ausgleich im Sinne „praktischer Konkordanz“ herbeiführt.⁹⁰ Der Staat muss verhindern, dass ein Bürger von seiner Freiheit so weit Gebrauch macht, dass von der Freiheit des anderen Bürgers nichts übrig bleibt und damit das Recht des Stärkeren gilt. Bei Ansprüchen auf das grundrechtlich gebotene Minimum ist zu fragen, ob dieses vom Staat tatsächlich unterschritten wird. Bei der Frage der Verletzung ist allerdings stets darauf zu achten, dass bloß das Untermaßverbot justiziabel ist. Ansonsten besteht ein weiterer Gestaltungsspielraum des Staates. Eine Verletzung des Untermaßverbots kann nur dann angenommen werden, wenn ein evidentes Zurückbleiben hinter den Anforderungen des Leistungsrechts vorliegt. Dies ist der Fall, wenn der Staat entweder ganz untätig geblieben ist oder aber das staatliche Handeln offensichtlich nicht ausreicht. Eine **Rechtfertigung einer Verletzung** ist **nicht möglich**, weil alle rechtfertigenden Aspekte bereits bei der Frage der Verletzung berücksichtigt wurden. Die auf Eingriffe bezogenen Grundrechtsschranken finden keine Anwendung.

142

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung ist es schwierig, den weiten Gestaltungsspielraum zur Anwendung zu bringen. Denn in aller Regel enthält der Sachverhalt eine Vielzahl von tatsächlichen Informationen, die der Verfasser rechtlich würdigen

⁸⁹ Vgl. Rn. 128.

⁹⁰ Vgl. Rn. 93 ff.

und in die Fallbearbeitung einbeziehen soll. Dies kann aber vor allem dann dem Postulat vom Gestaltungsspielraum des Staates entgegenstehen, wenn etwa eine Grundrechtsabwägung umfassend nachvollzogen wird. Gleichwohl wird genau dies vom Verfasser erwartet. Daher sollte in der Fallbearbeitung der Prüfungsmaßstab („Untermaßverbot“) als erster Punkt bei der Frage nach einer Verletzung eines Leistungsrechts aufgeworfen werden. Danach ist unter Auswertung des Sachverhalts umfassend auf alle Argumente einzugehen. Am Ende steht dann die Frage, ob unter Berücksichtigung des staatlichen Gestaltungsspielraums tatsächlich von einer evidenten Verfehlung gesprochen werden kann.

Prüfung eines Leistungsrechts

Ausgangsfrage: Verstößt ein Verhalten gegen ein Grundrecht in seiner Funktion als Leistungsrecht?

1. Stufe:

Schutzbereich

Betrifft das Verhalten den Schutzbereich des Grundrechts?

In **persönlicher** Hinsicht?
Wird der Beschwerdeführer
als Person selbst geschützt?

In **sachlicher** Hinsicht?
Ist der Schutzgegen-
stand betroffen?

2. Stufe:

(Eingriff in den Schutzbereich?)

Aus darstellerischen Gründen kann es sich anbieten, das Vorliegen eines Eingriffs kurz anzuprüfen und abzulehnen.

Verletzung eines Leistungsrechts, z.B. Schutzpflichtverstoß

- 1) Gewährt das betroffene Grundrecht überhaupt ein entsprechendes Leistungsrecht?
- 2) Bleibt das staatliche Handeln hinter dem grundrechtlich erforderlichen Handeln evident zurück? Z.B. bei
 - Nichthandeln, obwohl schwere Grundrechtsbeeinträchtigungen auftreten,
 - fehlerhaftem Ausgleich kollidierender Grundrechte.

Keine Rechtfertigungsmöglichkeit bei Verletzung!

144**Überblick: Typische Klausurprobleme**

- Finaler Rettungsschuss/Abschuss bei Terrorangriffen (Rn. 120, 117).
- Wiedereinführung der Todesstrafe (Rn. 115, 121).
- Grundrechtsverzicht (insbesondere Sterbehilfe) (Rn. 111 ff.).
- Grundrechtsfähigkeit des Nasciturus/Schutz des ungeborenen Lebens durch die Grundrechte (Rn. 109, 133).
- Verletzung von Schutzpflichten durch den Staat (Rn. 122 ff.).
- Auswirkung von Schutzpflichten auf die Auslegung einfach-rechtlicher Normen (Rn. 136).
- Abwägung Freiheitsgrundrechte/Schutzpflichten (z.B. Rauchverbot, Rn. 130, 135).

Kapitel 4: Die Verfassungsbeschwerde im Überblick

Literatur:

Gas, Tonio, Der ordnungsgemäße Antrag im Verfassungsbeschwerdeverfahren – zu den Anforderungen der §§ 23 I, 92 BVerfGG, JA 2007, 375 ff.; *Hillgruber, Christian/Goos, Christoph*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 72 ff.; *Kirchberg, Christian*, Die Verfassungsbeschwerde aus anwaltlicher Sicht, JA 2007, 753 ff.; *Klein, Oliver/Sennekamp, Christoph*, Aktuelle Zulässigkeitsprobleme der Verfassungsbeschwerde, NJW 2007, 945 ff.; *Lübbe-Wolff, Gertrude*, Die erfolgreiche Verfassungsbeschwerde, AnwBl 2005, 509 ff.; *Peters, Birgit/Markus, Till*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, JuS 2013, 887 ff.; *Thiemann, Christian*, Verfassungsbeschwerde und konkrete Normenkontrolle im Lichte des Unionsrechts, Jura 2012, 902 ff.; *Tonikidis, Stelios*, Die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen nach Art. 19 III GG, Jura 2012, 517 ff.; *ders.*, Die Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen, JA 2013, 38 ff.

Literatur zu Art. 19 Abs. 3 GG:

Hummel, David, Beschwerdefähigkeit und Beschwerdebefugnis – zum Prüfungsort des Art. 19 III GG bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde, JA 2010, 346 ff.

Fallbearbeitungen:

Calliess, Christian/Kallmeyer, Axel, Der praktische Fall – Abwehrrechte und Schutzpflichten aus Grundrechten, JuS 1999, 785 ff.; *Geis, Max-Emanuel/Thirmeyer, Stephan*, Grundfälle zur Verfassungsbeschwerde, JuS 2012, 316 ff.; *Hartmann, Bernd J.*, Schwerpunktereichsklausur – Verfassungsprozessrechte: „Die 90-II-93-I-Falle“, JuS 2007, 657 ff.; *Höfling, Wolfram*, Fälle zu den Grundrechten, 2. Aufl. 2014, Fall 4 (S. 33 ff.); *Jeand'Heur, Bernd/Cremer, Wolfram*, Der praktische Fall – „Warnung vor Sekten“, JuS 2000, 991 ff.; *Krausnick, Daniel*, Grundfälle zu Art. 19 III GG, JuS 2008, 869 ff., 965 ff.; *Pieroth, Bodo/Görisch, Christoph/Hartmann, Bernd*: Fälle 3 (S. 62 ff.), 8 (S. 163 ff.), 9 (S. 180 ff.); *Thiemann, Christian*, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Unionsrecht und Verfassungsrecht – Die urheberrechtlich geschützten Sessel, JuS 2012, 735 ff.

I. Hintergrund

Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt zu sein, Verfassungsbeschwerde erheben – mit diesen Worten eröffneten Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG jedem den Zugang zum BVerfG. Dahinter steht der Gedanke, dass die praktische **Wirksamkeit der Grundrechte** und grundrechtsgleichen Rechte nur dann zu garantieren ist, wenn

145

jedem Einzelnen zur Verteidigung hinreichend effektive Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Rechtsschutz in Bezug auf die Grundrechte wird zwar in erster Linie durch die Fachgerichte der Länder und des Bundes i. S. v. Art. 92 GG gewährt, zu denen der Zugang insbesondere durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG¹ garantiert wird. Um die besondere Bedeutung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte herauszuheben, ist mit der Verfassungsbeschwerde aber zusätzlich ein **außerordentlicher Rechtsbehelf** eröffnet. Dieser ist jedoch zwei wesentlichen Einschränkungen unterworfen: Mit der Verfassungsbeschwerde kann gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG lediglich die Verletzung von Grundrechten oder den im Einzelnen bezeichneten grundrechtsgleichen Rechten gerügt werden. Zudem kommt dem Rechtsschutz durch die Fachgerichte der Vorrang zu: Der Beschwerdeführer muss zunächst alle Möglichkeiten fachgerichtlichen Rechtsschutzes in Anspruch nehmen, bevor sich das BVerfG seiner Sache widmet.

146 Historisch hat die Verfassungsbeschwerde in Deutschland in der Paulskirchenverfassung von 1848/1849 ein Vorbild: Deren § 126 lit. g sah ein Klagerecht jedes Staatsbürgers vor dem Reichsgericht bei einer Verletzung der durch die Reichsverfassung gewährten Rechte vor. Dieses Recht stand allerdings unter dem Vorbehalt der näheren Ausgestaltung durch die Reichsgesetzgebung.² Die Weimarer Reichsverfassung bot hingegen in Art. 19 WRV keine prozessualen Möglichkeiten für den Einzelnen zur Verteidigung seiner grundrechtlichen Freiheiten gegen den Staat.³ In der Bundesrepublik gibt es die Verfassungsbeschwerde seit 1951; in diesem Jahr wurde eine entsprechende Vorschrift in das BVerfGG aufgenommen. Die Verankerung der Verfassungsbeschwerde im Grundgesetz erfolgte erst 1969 im Zuge der Notstandsgesetzgebung.

147 Die Verfassungsbeschwerde ist die **zahlenmäßig bedeutendste Verfahrensart** beim BVerfG; rund 97 % der 2015 eingegangenen Verfahren waren Verfassungsbeschwerden. Die Erfolgsquote ist jedoch äußerst gering. Von den 5884 entschiedenen Verfassungsbeschwerden im Jahr 2015 waren nur 111 (= 1,89 %) erfolgreich. Entscheidungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren ergehen relativ zeitnah; innerhalb von zwei Geschäftsjahren nach Eingang sind ca. 86 % (64,2 % innerhalb des ersten Jahres und 21,8 % innerhalb des zweiten Jahres nach Eingang) erledigt.⁴

148 Hinweis zur Fallbearbeitung:

Vorab einige Bemerkungen zum Wert von verfassungsprozessualen Aufbauschemata:

- Sie finden in den verschiedenen Lehrbüchern zum Verfassungsprozessrecht geringfügig voneinander abweichende Schemata vor. Das eine „richtige“ Schema gibt es nicht.

¹ Vgl. Rn. 914 ff.

² Vgl. Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 2. Aufl. 1998, S. 197 ff.

³ Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 19 Anm. 9.

⁴ Zahlen aus der Jahresstatistik des BVerfG 2015, www.bverfg.de.

- Die Orientierung an Aufbauschemata bringt die Gefahr mit sich, dass einzelne Prüfungspunkte der Zulässigkeit auch dann seitenlang problematisiert werden, wenn diese Voraussetzungen im konkreten Fall ganz unproblematisch sind. Das führt zu einer falschen Schwerpunktbildung in der Arbeit, da dann die in der Regel über die Note entscheidende Begründetheitsprüfung zu kurz kommt. Einige Prüfungspunkte – insbesondere die Fragen des ordnungsgemäßen Antrags, der Frist und des Rechtsschutzbedürfnisses – sind deshalb nur anzusprechen, wenn im Sachverhalt entsprechende Anhaltspunkte ersichtlich sind. In diesem Sinne sollten daher Schemata lediglich als „Checklisten“ Anwendung finden.
- Es ist sinnvoll, das Schema für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht einfach auswendig zu lernen, sondern es anhand der relevanten Normen der Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90–95 BVerfGG herauszuarbeiten.

II. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde

Fall 5: Kiesabbau

Die französische K-AG wollte die Chancen ergreifen, die sich nach Öffnung der DDR-Grenze boten, und gründete in Berlin ein Tochterunternehmen – die K-GmbH, die sich dem Kiesabbau widmen sollte. Zu diesem Zweck erwarb die K-GmbH ein Kiesgrundstück, das sich in einer Kieslagerstätte auf dem Gebiet der ehemaligen DDR befindet. Nach einer Regelung im Einigungsvertrag werden Kies und Kiessande im Beitrittsgebiet als bergfreie Bodenschätze behandelt. Sie stehen damit – im Unterschied zur Rechtslage, die nach dem Bundesberggesetz im alten Bundesgebiet galt und weiterhin gilt – nicht im Eigentum des Grundstückseigentümers. Die K-GmbH macht geltend, dass ihr durch die Regelung das Gewinnungsrecht am Kies entzogen werde. Inzwischen habe sich die Treuhandanstalt an sämtlichen Kies- und Kiessandgrundstücken in den neuen Bundesländern das Bergwerkseigentum verleihen lassen. Sie habe sämtliche Kiesbetriebe nach einzelnen Betriebsstätten ausgeschrieben und sei jetzt dabei, die Betriebsstätten zur Ausbeutung zu vergeben. Die K-GmbH wendet sich mit einer Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die Regelung im Einigungsvertrag und rügt eine Verletzung ihrer Grundrechte. Ist die Verfassungsbeschwerde zulässig?

Fall abgewandelt nach BVerfGE 86, 382 ff. (DDR-Bergbau) und *Weber*, JuS 1995, 114 ff.

- 150** Eine Verfassungsbeschwerde ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und der § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG gegeben sind.

1. Zuständigkeit des BVerfG

- 151** Der Rechtsweg zum BVerfG ist für die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG eröffnet.

152 **Hinweis zur Fallbearbeitung:**

Zum Teil wortgleiche Vorschriften über die Verfassungsbeschwerde sind sowohl im Grundgesetz wie auch im BVerfGG enthalten. In der Fallbearbeitung stellt sich daher die Frage, auf welche Vorschriften abzustellen ist. Entsprechend dem Anwendungsvorrang des einfachen Rechts gegenüber dem Verfassungsrecht (vgl. auch Art. 94 Abs. 2 S. 1 GG) bietet es sich an, an einer frühen Stelle der Zulässigkeitsprüfung – also im Obersatz oder bei der Prüfung der Zuständigkeit des BVerfG – die vollständige Normenkette (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG) zu nennen und im Folgenden ausschließlich mit den Normen des BVerfGG zu arbeiten. „Richtig“, wenngleich etwas umständlich, ist es aber auch, stets Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und die einschlägigen Normen des BVerfGG zusammen zu zitieren. Nicht empfehlenswert ist es, ausschließlich auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG abzustellen.

2. Beteiligtenfähigkeit⁵

- 153** § 90 Abs. 1 BVerfGG gewährt „jedermann“ das Recht, die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zu erheben. „Jedermann“ i. S. d. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist derjenige, der Träger der im konkreten Fall in Betracht kommenden Grundrechte (Art. 1–19 GG) oder grundrechtsgleichen Rechte (Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103, 104 GG) ist.⁶ Grundrechtsträger sind natürliche und – nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG – juristische Personen.

a) Natürliche Personen

- 154** Grundsätzlich ist jede natürliche Person Trägerin aller Grundrechte. Einige Grundrechte sind allerdings Deutschen vorbehalten (z. B. Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1,

⁵ Auch: Parteifähigkeit, Beschwerdefähigkeit.

⁶ Einige Prüfungsschemata sehen vor, an dieser Stelle nur die Frage zu erörtern, ob der Beschwerdeführer überhaupt in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt sein kann, ohne auf die konkret betroffenen Rechte einzugehen. Die folgenden Punkte werden dann erst bei der Beschwerdebefugnis relevant.

Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG etc.), sodass Ausländer insoweit ausgeschlossen sind.⁷ Mit dem Begriff der „Deutschen“ sind die Deutschen i. S. v. Art. 116 Abs. 1 GG gemeint, also vor allem diejenigen, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.

Problematisch ist, inwieweit der Nasciturus Träger von Grundrechten ist. Allgemein anerkannt ist dies zumindest hinsichtlich der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG⁸), des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG⁹) und des in Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Erbrechts.¹⁰ Der Tote ist nicht Träger von Grundrechten; ein „postmortaler Persönlichkeitsschutz“ wird allerdings durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet.¹¹

155

b) Juristische Personen – die Problematik des Art. 19 Abs. 3 GG

Nach ihrer Geschichte sind die Grundrechte in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben.¹² Demgemäß dienen sie vorrangig dem Schutz der Freiheitssphäre des einzelnen Menschen als natürlicher Person gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt. Noch in der Weimarer Republik war daher umstritten, ob überhaupt und – wenn ja – in Bezug auf welche Grundrechte juristischen Personen Grundrechtsschutz zukommt.¹³ Mit Schaffung des Art. 19 Abs. 3 GG hat der Verfassungsgeber diese Frage positiv beantwortet. Dahinter steht die Überlegung, dass die Bildung und Betätigung juristischer Personen Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen ist, die hinter ihnen stehen (sog. „personales Substrat“ bzw. „Durchgriffsthese“).¹⁴ Daher soll auch die juristische Person eine eigenständige Grundrechtsberechtigung erhalten. Im Parlamentarischen Rat war zunächst geplant, einen detaillierten Katalog all der Grundrechte aufzunehmen, die auch auf juristische Personen Anwendung finden könnten. Da man sich aber auf einen Katalog nicht einigen konnte und die Ausgrenzung einzelner Grundrechte den Abgeordneten willkürlich erschien, fand die heutige Fassung des Art. 19 Abs. 3 GG Aufnahme in das Grundgesetz.¹⁵ Seinem Wortlaut nach sind inländische juristische Personen grundrechtsberechtigt, soweit das jeweilige Grundrecht seinem Wesen nach auf sie anwendbar ist.

156

⁷ Vgl. zum Grundrechtsschutz der Ausländer Rn. 583 f.

⁸ BVerfGE 39, 1 (49 f.) (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203 (254 ff.) (Schwangerschaftsabbruch II); *Spranger*, AöR 127 (2002), 27 (31 f.).

⁹ BVerfGE 39, 1 (37) (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203 (251 f.) (Schwangerschaftsabbruch II). Vgl. Rn. 105a.

¹⁰ *Spranger*, AöR 127 (2002), 27 (32).

¹¹ BVerfGE 30, 173 (194) (Mephisto). Vgl. Rn. 600 f.

¹² BVerfGE 50, 290 (337) (Mitbestimmung); 68, 193 (205 f.) (Zahntechniker-Innungen).

¹³ Vgl. die Ausführungen des Abgeordneten v. *Mangoldt*, zit. nach JöR 1 (1951), S. 180 f.

¹⁴ *Stern*, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 71, S. 1097.

¹⁵ Vgl. zur Entstehungsgeschichte die Zusammenstellung in JöR 1 (1951), S. 180 ff. und *Stern*, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 71, S. 1093 f.

aa) „Juristische Personen“ i. S. v. Art. 19 Abs. 3 GG

157 Art. 19 Abs. 3 GG erstreckt die Grundrechtsträgerschaft auf „juristische Personen“. Dem Wortlaut nach fallen alle juristischen Personen unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Zugehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht unter Art. 19 Abs. 3 GG. Gleichwohl ist der **Geltungsbereich** des Art. 19 Abs. 3 GG **umstritten**. Dieser Streit ist in doppelter Hinsicht bedeutsam: In materieller Hinsicht erlaubt die Grundrechtsfähigkeit die Berufung auf die Grundrechte. In prozessualer Hinsicht eröffnet Art. 19 Abs. 3 GG den Zugang zum Verfassungsbeschwerdeverfahren.

158 Art. 19 Abs. 3 GG erfasst in erster Linie **juristische Personen des Privatrechts**, die sich in privater Hand befinden. Dies entspricht dem Normzweck des Art. 19 Abs. 3 GG: einer juristischen Person, die Ausdruck der Persönlichkeitsentfaltung der hinter ihr stehenden Privaten ist („personales Substrat“), einen eigenständigen Grundrechtsschutz zu gewähren. Unter Art. 19 Abs. 3 GG fallen daher sämtliche Kapitalgesellschaften (z. B. AG und GmbH), die nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen als juristische Personen ausgewiesen sind. Zwar mag gerade bei großen Kapitalgesellschaften ein „personales Substrat“ nur noch entfernt erkennbar sein. Es genügt in dieser Hinsicht aber, wenn sich die juristische Person überhaupt auf ein Handeln Privater zurückführen lässt.¹⁶ Der Begriff der „juristischen Person“ ist nach ganz überwiegender Ansicht **untechnisch** zu verstehen und unabhängig von den Regelungen des einfachen Rechts zu beurteilen.¹⁷ Andernfalls könnte der einfache Gesetzgeber durch Vorenthalten der Rechtsfähigkeit über die Grundrechtsberechtigung von Personenmehrheiten und damit über einen Teil staatlicher Grundrechtsverpflichtung entscheiden. Auch bloß teilrechtsfähige Organisationen wie etwa die OHG, die KG, der nicht eingetragene Verein, die BGB-Gesellschaft und die Erbengemeinschaft können deshalb Grundrechtsträger sein. Dies trifft auch auf sonstige nichtrechtsfähige **Personenvereinigungen** (z. B. Bürgerinitiativen) zu, sofern sie eine fest gefügte Struktur aufweisen und auf gewisse Dauer angelegt sind.¹⁸

159 **Politische Parteien**, die häufig als nichtrechtsfähige Vereinigungen des privaten Rechts organisiert sind, sind unabhängig von ihrer Rechtsfähigkeit grundrechtsfähig.¹⁹ Zu beachten ist jedoch die besondere Stellung der politischen Parteien in der Staatsorganisation. Nach Art. 21 GG wirken die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit und werden dadurch in den Rang einer „verfassungsrechtlichen Institution“ erhoben.²⁰ Deswegen ist in den Fällen, in denen eine Partei eine Verletzung ihres verfassungsrechtlichen Status’ aus Art. 21 GG durch ein anderes Verfassungsorgan rügt, nicht die Verfassungsbeschwerde die statthafte Verfahrensart, sondern das Organstreitverfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5, §§ 63 ff. BVerfGG.²¹

¹⁶ Vgl. *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Rn. 242 ff.

¹⁷ BVerfGE 83, 341 (351) (Bahá’í).

¹⁸ BVerfGE 122, 342 (355) (Bayerisches Versammlungsgesetz). Vgl. *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, Art. 19 Rn. 33.

¹⁹ BVerfGE 121, 30 (57) (Parteienrundfunk).

²⁰ BVerfGE 107, 339 (358) (NPD-Verbotsverfahren).

²¹ BVerfGE 85, 264 (284) (Parteienfinanzierung II).

Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, ob und inwieweit **juristische Personen** des Privatrechts, deren Anteile sich **ganz oder teilweise in öffentlicher Hand** befinden, Grundrechtsträger sind. Der Form nach sind diese öffentlichen Unternehmen zwar privatrechtlich organisiert; der Sache nach nehmen sie jedoch in vielen – wenn auch nicht in allen – Fällen Staatsaufgaben wahr. Ein personales Substrat ist daher umso weniger erkennbar, je stärker sich der Einfluss des Staates auf die juristische Person gestaltet. Gleichmaßen nimmt die Staatsferne und Verselbstständigung gegenüber dem Staat ab. Das BVerfG verneint die Grundrechtsträgerschaft daher, wenn sich die Anteile eines Unternehmens ganz oder mehrheitlich in öffentlichen Hand befinden. Welchen Zweck das Unternehmen verfolgt und ob es sich dabei um eine öffentliche Aufgabe handelt, ist unerheblich.²² Zwar stehen hinter Unternehmen, die sich nur mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, auch private Anteilseigner. Ihnen steht es indes frei, ob sie sich an einem Unternehmen beteiligen, das vom Staat beherrscht wird.²³ Ohnehin besteht das private Interesse häufig allein im Schutz des eigenen Anteilseigentums. Diesen Schutz gewährleistet Art. 14 Abs. 1 GG, sodass es einer Grundrechtsberechtigung des Unternehmens nicht bedarf. Anders entscheidet das BVerfG allerdings bei juristischen Personen des Privatrechts, deren Gesellschaftsanteile sich in der Hand eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union befinden. In diesen Fällen geht das BVerfG mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV und die fehlende Ausübung von Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland von einer Grundrechtsträgerschaft aus.²⁴

160

Keine Grundrechtsträger sind nach ganz überwiegender Meinung die **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** (Anstalten, Körperschaften, öffentlich-rechtliche Stiftungen). Eine Ausnahme gilt, soweit sie sich auf prozessuale Grundrechte berufen (sog. „prozessuale Waffengleichheit“, z. B. Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 GG oder des Rechts auf Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG).²⁵ Der Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG enthält für den Ausschluss der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zwar keinen Anhaltspunkt. Entscheidend dafür sprechen aber die Systematik und vor allem der Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 3 GG, sodass Art. 19 Abs. 3 GG gemeinhin teleologisch reduziert²⁶ wird:

161

- In **systematischer Hinsicht** spricht gegen die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, dass innerhalb des Staates regelmäßig nicht Individualrechte, wie sie die Grundrechte darstellen, sondern Kompetenzbestimmungen dafür maßgeblich

162

²² BVerfGE 128, 226 (245 ff.) (Fraport); BVerfG, Beschl. v. 10.05.2016 – 1 BvR 2871/13 –, juris Rn. 5. Vgl. zur entgegengesetzten Frage der Grundrechtsverpflichtung öffentlicher Unternehmen Rn. 340.

²³ BVerfGE 128, 226 (247) (Fraport); umfangreiche Erläuterung der Problematik bei *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 238 ff. m. w. N.

²⁴ BVerfG, NJW 2017, 217 (219 f.) (Atomausstieg II).

²⁵ BVerfGE 61, 82 (104) (Sasbach).

²⁶ *Stern*, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 71, S. 1107.

sind, was ein Staatsteil darf und was nicht.²⁷ Regelungen über innerstaatliche Kompetenzen werden aber nicht von den Grundrechten, sondern vom Staatsorganisationsrecht getroffen. Die Grundrechte hingegen sollen ihrer Funktion nach die Bürger vor dem Staat schützen. Würde man nun juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die ja selbst Teil des Staates sind, Grundrechtsschutz zuerkennen, wären diese Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete zugleich.²⁸ Eine derartige „**Konfusion**“ läuft grundsätzlich der Funktion der Grundrechte zuwider. Lediglich in dem seltenen **Ausnahmefall**, in dem Einrichtungen des Staates Grundrechte in einem Bereich verteidigen, in dem sie **vom Staat unabhängig** sind, kommt ein Grundrechtsschutz daher in Frage.²⁹ Das setzt voraus, dass es sich um eine eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtung handelt.³⁰ Abzustellen ist in diesem Zusammenhang auf die Funktion, in der die juristische Person des öffentlichen Rechts von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen wird.³¹ Nur in derartigen Ausnahmefällen, in denen eine staatliche Einrichtung vergleichbar einem Privaten der staatlichen Gewalt unterworfen ist und man daher von einer „**grundrechtstypischen Gefährdungslage**“³² sprechen kann, treten die systematischen Bedenken zurück.

- 163** • **Sinn und Zweck**³³ des Art. 19 Abs. 3 GG ist es, juristischen Personen deshalb eine eigene Grundrechtsfähigkeit zuzuerkennen, weil eine juristische Person Ausdruck der Grundrechtsverwirklichung der hinter ihr stehenden Individuen ist und die juristische Person daher ein **personales Substrat** aufweist. Danach kommt eine Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht in Frage. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts lässt sich nämlich weder auf privates Handeln zurückführen, noch ist sie Ausdruck der Grundrechtsverwirklichung Privater.³⁴ Es geht regelmäßig allein um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Allgemeininteresse. Damit ist auch der Kreis möglicher Ausnahmen abgesteckt: Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich allenfalls dann auf Grundrechte berufen, wenn ihr Verhalten ausnahmsweise Ausdruck der Grundrechtsverwirklichung Privater ist.

- 164** Die im Ausnahmefall gegebene Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts hängt also von **zwei Kriterien** ab, die kumulativ erfüllt sein müssen: Sie müssen erstens zumindest in Bezug auf bestimmte Grundrechte vom

²⁷ BVerfGE 21, 362 (370 f.) (Sozialversicherungsträger).

²⁸ BVerfGE 15, 256 (262) (Universitäre Selbstverwaltung). Kritisch zu diesem „Konfusionsargument“ *Schoch*, Jura 2001, 201 (204): Der Staat sei kein „monolithischer Block“.

²⁹ BVerfGE 15, 256 (262) (Universitäre Selbstverwaltung); 31, 314 (322) (2. Rundfunkentscheidung [Umsatzsteuer]).

³⁰ BVerfGE 45, 63 (79) (Stadtwerke Hameln); 61, 82 (103) (Sasbach); 68, 193 (207) (Zahntechniker-Innungen); 75, 192 (197) (Sparkassen).

³¹ BVerfGE 75, 192 (196) (Sparkassen); BVerfG, NVwZ-RR 2009, 361 (361 ff.) zur Grundrechtsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen.

³² BVerfGE 45, 63 (79) (Stadtwerke Hameln); 61, 82 (105) (Sasbach).

³³ Vgl. ausführlich *Bleckmann/Helm*, DVBl. 1992, 9 (10 ff.).

³⁴ BVerfGE 45, 63 (79) (Stadtwerke Hameln).

Staat hinreichend unabhängig sein und sich insofern in einer **grundrechtstypischen Gefährdungslage** befinden. Zweitens müssen sie der Sicherung individueller Rechte der hinter ihr stehenden natürlichen Personen dienen und daher ein **personales Substrat** aufweisen. Das BVerfG ist in dieser Hinsicht allerdings ausgesprochen zurückhaltend. Zumindest teilweise grundrechtsfähig sind nach der bisherigen Rechtsprechung:

- **Kirchen und Religionsgemeinschaften** als Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV).³⁵ Diese sind trotz ihres Status auf Grund des Verbots der Staatskirche gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV nicht in den Staat eingegliedert und dienen der Verwirklichung religiöser Freiheit, sodass sie umfassend grundrechtsfähig sind.³⁶ 165
- **Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten** sind jedenfalls im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG³⁷ grundrechtsfähig. Darüber hinaus sind die Rundfunkanstalten grundrechtsfähig, soweit ein die Ausübung der Rundfunkfreiheit unterstützendes Verhalten von einem anderen Grundrecht geschützt wird. Das BVerfG hat dies beispielsweise für Art. 10 Abs. 1 GG und partiell Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG bejaht,³⁸ für Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 14 Abs. 1 GG hingegen verneint.³⁹ Denn die Rundfunkanstalten müssen schon von Verfassungs wegen in Bezug auf das Programm und damit (nur) in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG staatsfern ausgestaltet sein und dienen zudem der Rundfunkfreiheit der Redakteure. 166
- **Universitäten und Fakultäten** sind im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG grundrechtsfähig. Denn die Universitäten sind im Bereich von Forschung und Lehre und damit (nur) in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vom Staat unabhängig und dienen zugleich der Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit.⁴⁰ 167
- In einer Einzelentscheidung hat das BVerfG schließlich einer **Handwerksinnung** die Grundrechtsfähigkeit zugesprochen, soweit diese Aufgaben reiner Interessenvertretung wahrnimmt.⁴¹ Hinsichtlich der Verallgemeinerung dieser Entscheidung ist allerdings Zurückhaltung geboten. 168

BVerfGE 68, 193 (205 ff.) (Zahntechniker-Innungen): „Nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind die Grundrechte in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Demgemäß dienen sie vorrangig dem Schutz der

³⁵ Vgl. Rn. 324.

³⁶ BVerfGE 19, 1 (5) (Religionsgesellschaften); 42, 312 (322) (Inkompatibilität/Kirchliches Amt); 53, 366 (387) (Konfessionelle Krankenhäuser).

³⁷ BVerfGE 31, 314 (322) (2. Rundfunkentscheidung [Umsatzsteuer]); 59, 231 (254) (Freie Mitarbeiter); 78, 101 (102 f.) (Eigentumsrecht von Rundfunkanstalten).

³⁸ BVerfGE 107, 299 (310 f.) (Fernmeldegeheimnis der Rundfunkanstalten).

³⁹ BVerfGE 59, 231 (255) (Freie Mitarbeiter); 78, 101 (102) (Eigentumsrecht von Rundfunkanstalten).

⁴⁰ BVerfGE 15, 256 (262) (Universitäre Selbstverwaltung).

⁴¹ BVerfGE 70, 1 (20) (Orthopädietechniker-Innungen); anders aber etwa für die kassenärztlichen Vereinigungen (BVerfGE 62, 354 [369] [Heilfürsorgeansprüche der Soldaten]) und für die Zahntechniker-Innungen (BVerfGE 68, 193 [211 f.] [Zahntechniker-Innungen]).

Freiheitssphäre des einzelnen Menschen als natürlicher Person gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt; darüber hinaus sichern sie Voraussetzungen und Möglichkeiten für eine freie Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen. **Juristische Personen als Grundrechtsinhaber** anzusehen und sie in den Schutzbereich bestimmter materieller Grundrechte einzubeziehen, ist nur dann gerechtfertigt, **wenn deren Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der privaten natürlichen Personen** ist, insbesondere wenn der ‚Durchgriff‘ auf die hinter ihnen stehenden Menschen es als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt.

Diese Voraussetzungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei **juristischen Personen des Privatrechts** vielfach erfüllt. Bei ihnen kann daher grundsätzlich von einer möglichen Grundrechtsfähigkeit ausgegangen und sodann im Einzelfall geprüft werden, ob das mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachte einzelne Grundrecht seinem Wesen nach auf den jeweiligen Beschwerdeführer anwendbar ist. Demgegenüber sind die materiellen Grundrechte und der zu ihrer Verteidigung geschaffene Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde auf **juristische Personen des öffentlichen Rechts** nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich nicht anwendbar. Jedenfalls gilt dies, soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen. Denn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch juristische Personen des öffentlichen Rechts vollzieht sich in aller Regel nicht in Wahrnehmung unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten, sondern auf Grund von Kompetenzen, die vom positiven Recht zugeordnet und inhaltlich bemessen und begrenzt sind. Die Regelung dieser Beziehungen und die Entscheidung daraus resultierender Konflikte sind nicht Gegenstand der Grundrechte, weil der **unmittelbare Bezug zum Menschen fehlt**. Für den Rechtsschutz im Streitfall bestehen besondere Verfahren. Dagegen kann die Verfassungsbeschwerde als der spezifische Rechtsbehelf des Bürgers gegen den Staat nicht dazu benutzt werden, die Zuständigkeitsordnung im Verhältnis der Hoheitsträger untereinander zu schützen oder für die Einhaltung der gesetzmäßigen Formen bei einer Änderung zu sorgen.

Eine **Ausnahme** von diesen Grundsätzen hat das Bundesverfassungsgericht für solche juristische Personen des öffentlichen Rechts oder ihre Teilgliederungen anerkannt, die von den ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben her unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind oder kraft ihrer Eigenart ihm von vornherein zugehören. Bei diesen Ausnahmen handelt es sich durchweg um juristische Personen des öffentlichen Rechts, die (im Umfang der dargelegten Zuordnung) Bürgern (auch) zur Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen, und die als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen bestehen. Ihre Tätigkeit betrifft insoweit nicht den Vollzug gesetzlich zugewiesener hoheitlicher Aufgaben, sondern die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten. (...)

Die vorstehenden Darlegungen zeigen: Grund der Nicht-Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen des öffentlichen Rechts ist nicht die Rechtsform als solche. (...) Maßgebend ist vielmehr, ob und inwieweit in der Rechtsstellung als juristische Person des öffentlichen Rechts eine Sach- und Rechtslage Ausdruck findet, welche nach dem ‚Wesen‘ der Grundrechte deren Anwendung auf juristische Personen entgegensteht. Diese Frage wird sich nicht in einer generellen Formel beantworten lassen. Es kommt namentlich auf die Funktion an, in der eine juristische Person des öffentlichen Rechts von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen wird. Besteht diese Funktion in der Wahrnehmung gesetzlich zugewiesener und geregelter öffentlicher Aufgaben, so ist die juristische Person zumindest insoweit nicht grundrechtsfähig.“

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Fälle, in denen sich juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Grundrechte berufen, sind eher selten. Nur in diesen Fällen ist eine umfangreiche Argumentation in Bezug auf die Grundrechtsfähigkeit gefragt, die von der Systematik („grundrechtstypische Gefährdungslage“) und dem Normzweck („personales Substrat“) ausgehen sollte. Im Normalfall der juristischen Person des Privatrechts ist deren Grundrechtsfähigkeit nach dem eindeutigen Normtext des Art. 19 Abs. 3 GG unproblematisch. Es sollte daher nur knapp festgestellt werden, dass juristische Personen des Privatrechts – soweit sie sich nicht ausnahmsweise ganz oder teilweise in öffentlicher Hand befinden – von Art. 19 Abs. 3 GG erfasst werden. Auf eine Darstellung der Argumente kann verzichtet werden.

Teile der Literatur⁴² und gelegentlich wohl auch das BVerfG⁴³ behandeln die Problematik der juristischen Personen des öffentlichen Rechts erst beim Folgepunkt der wesensmäßigen Anwendbarkeit. Nach der Entstehungsgeschichte der Norm (s. o.) kann diese Anbindung allerdings nicht überzeugen. Zudem bietet auch der Wortlaut keinen Anhaltspunkt für ein solches Verständnis, was eine saubere Darstellung in der Klausur ausgesprochen schwierig macht. Nimmt man hingegen den Normtext zum Ausgangspunkt, empfiehlt sich eine Behandlung bereits beim Begriff der „juristischen Person“.

bb) „Inländisch“ i. S. v. Art. 19 Abs. 3 GG

Art. 19 Abs. 3 GG beschränkt die Grundrechtsträgerschaft auf inländische juristische Personen. Eine juristische Person ist inländisch, wenn sie ihren **effektiven Sitz**, d. h. den tatsächlichen Mittelpunkt der Tätigkeit, im Bundesgebiet hat. Nicht maßgeblich ist dagegen der rechtliche Sitz, sodass eine im Ausland rechtlich ansässige Firma in Deutschland Grundrechtsschutz genießt, sobald sie ihren Tätigkeitsmittelpunkt in Deutschland hat. Bei international verflochtenen Unternehmen ist das der Fall, wenn die Mehrheit der Entscheidungen über die Geschäftsführung im Inland fällt.⁴⁴

Entgegen dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 GG („inländisch“) erstreckt sich die Grundrechtsberechtigung nach der Rechtsprechung des BVerfG auch auf **juristische Personen aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union**. Das Gericht trägt damit dem Unionsrecht, namentlich dem vertraglich konstituierten Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot auf Grund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) Rechnung. Die Überschreitung der Wortlautgrenze rechtfertigt das

⁴² Etwa *Stern*, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 71, S. 1109; *Schoch*, Jura 2001, 201 (203 f.).

⁴³ I. E. nicht ganz eindeutig BVerfGE 68, 193 (205) (Zahntechniker-Innungen).

⁴⁴ *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Rn. 299.

BVerfG mit einer vertraglich veranlassten Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes, um eine Kollision von Grundgesetz und Unionsrecht zu vermeiden.⁴⁵

cc) „Ihrem Wesen nach auf diese anwendbar“ i. S. v. Art. 19 Abs. 3 GG

- 172** Sind also juristische Personen ebenso wie natürliche Personen grundsätzlich grundrechtsfähig, heißt dies allerdings nicht, dass sie sich ebenso wie diese auf alle Grundrechte berufen können. Denn Art. 19 Abs. 3 GG begrenzt die Grundrechtsfähigkeit auf diejenigen Grundrechte, die „ihrem Wesen nach“ auf juristische Personen anwendbar sind. Dies ist der Fall, wenn die von dem Grundrecht geschützten Tätigkeiten auch von juristischen Personen – d. h. kollektiv – ausgeübt werden können, also **nicht an natürliche Eigenschaften des Menschen anknüpfen**.⁴⁶ Beispielsweise hat eine juristische Person ebenso wie eine natürliche Person Eigentum (Art. 14 GG), sie kann ungleich behandelt werden (Art. 3 GG), eine Versammlung veranstalten (Art. 8 GG) und eine Meinung äußern (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG). Sie hat aber weder Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) noch Leben oder Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), sie schließt weder Ehen, noch bekommt sie Kinder (Art. 6 Abs. 1, 2 GG).⁴⁷

3. Prozess- und Postulationsfähigkeit⁴⁸

- 173** Verfassungsbeschwerde kann nur erheben, wer prozessfähig ist. Prozessfähigkeit bedeutet, dass Grundrechte im Verfahren von ihrem Träger selbst geltend gemacht, also Verfahrenshandlungen wie das Stellen von Anträgen selbst oder durch selbst bestimmte Bevollmächtigte vorgenommen werden können. Trotz des Fehlens einer gesetzlichen Regelung im BVerfGG können die Regelungen der sonstigen Prozessordnungen, die regelmäßig an die Geschäftsfähigkeit anknüpfen⁴⁹, im Verfassungsprozess nicht ohne weiteres entsprechend angewandt werden.⁵⁰ Es kommt vielmehr darauf an, ob der Betreffende hinsichtlich des in Streit stehenden Grundrechts **reif und einsichtsfähig** („grundrechtsmündig“) ist.⁵¹ Dies hängt maßgeblich von der Ausgestaltung und Eigenart des jeweiligen Grundrechts sowie von den Wertungen der Rechtsordnung ab: Bei Art. 4 Abs. 1, 2 GG wird beispielsweise auf die Altersgrenze des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung zurückgegriffen und Prozessfähigkeit entsprechend der Wahlmöglichkeit des § 5 S. 1 RelKErzG ab

⁴⁵ BVerfGE 129, 78 (99) (Le Corbusier); BVerfG, NJW 2016, 1436. Vgl. Rn. 584.

⁴⁶ BVerfGE 42, 212 (219) (Quick/Durchsuchungsbefehl); 122, 342 (355) (Bayerisches Versammlungsgesetz).

⁴⁷ Überblick zur Rechtsprechung des BVerfG bei *Schoch*, Jura 2001, 201 (203) und *Krausnick*, JuS 2008, 869 (872 f.).

⁴⁸ Wird nur geprüft, wenn der Sachverhalt entsprechenden Anlass bietet.

⁴⁹ Beispielsweise §§ 51 ff. ZPO, § 62 VwGO.

⁵⁰ BVerfGE 1, 87 (88 f.) (Querulant); 19, 93 (100) (Zwangspflegschaft); 28, 243 (254) (Dienstpflichtverweigerung).

⁵¹ BVerfGE 28, 243 (254 f.) (Dienstpflichtverweigerung).

14 Jahren angenommen.⁵² Wer prozessunfähig ist, muss durch seine gesetzlichen Vertreter vertreten werden (Minderjährige i. d. R. durch die Eltern, juristische Personen durch ihre Organe oder Vertreter). Das Verfassungsbeschwerdeverfahren kennt **keinen Anwaltszwang**. Jeder Bürger kann selbst Verfassungsbeschwerde erheben.

4. Beschwerdegegenstand

Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde ist gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG ein **Akt** 174
 „**öffentlicher Gewalt**“. Darunter fallen alle Handlungen und Unterlassungen (vgl. §§ 92, 95 Abs. 1 BVerfGG) der deutschen Staatsgewalt. Während zumeist Handlungen wie etwa ein Gesetz oder ein Urteil angegriffen werden, steht ein Unterlassen in Rede, wenn ein Beschwerdeführer einen Leistungsanspruch, etwa einen Verstoß gegen eine grundrechtliche Schutzpflicht⁵³, geltend macht.⁵⁴

Taugliche Beschwerdegegenstände sind Akte **aller drei Gewalten**, also der Legislative, Exekutive und Judikative.⁵⁵ Als **Legislativakte** kommen alle Gesetze im formellen Sinne in Betracht (Parlamentsgesetze).⁵⁶ **Exekutivakte** sind alle Akte der vollziehenden Gewalt, also der Verwaltung im weitesten Sinne. Darunter fallen insbesondere Verwaltungsakte und auch Rechtsverordnungen. Insofern kommt der Verfassungsbeschwerde aber nur eine geringe Bedeutung zu, weil die Verfassungsbeschwerde in aller Regel nicht unmittelbar gegen einen Exekutivakt gerichtet werden kann. Vielmehr ist zunächst der Rechtsweg zu den Fachgerichten zu beschreiten.⁵⁷ Liegt aber ein letztinstanzliches Urteil vor, das den Exekutivakt bestätigt, ist diese Gerichtsentscheidung Gegenstand der Verfassungsbeschwerde. Daneben sollte allerdings stets auch der Exekutivakt angegriffen werden, um dem BVerfG gegebenenfalls auch seine Aufhebung zu ermöglichen.⁵⁸ **Judikativakte** sind alle Gerichtsentscheidungen; darunter fallen die Entscheidungen der Bundes- und Landesgerichte sowie der berufsständischen Gerichte öffentlich-rechtlicher Körperschaften (z. B. das Ehrengericht der Rechtsanwaltskammer), nicht aber des BVerfG selbst. Hier ist zu beachten, dass stets die letztinstanzliche Entscheidung angefochten werden muss. Weitere Entscheidungen können angefochten werden, soweit von ihnen noch eine Beschwer ausgeht. Dies kann etwa bei der Rüge der Verletzung von Verfahrensgrundsätzen der Fall sein, soweit nicht im nachfolgenden Verfahren eine Heilung stattgefunden hat. Vorangegangene Entscheidungen müssen auch 175

⁵² BVerfGE 1, 87 (89) (Querulant). Vgl. Rn. 299.

⁵³ Vgl. Rn. 122 ff.

⁵⁴ BVerfGE 56, 54 (70) (Fluglärm); 77, 170 (214) (Lagerung chemischer Waffen). Vgl. zur Verfassungsbeschwerde bei Schutzpflichtverstößen *Möstl*, DÖV 1998, 1029 ff.

⁵⁵ Unter den Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG fällt dagegen nur die Exekutive, vgl. Rn. 924.

⁵⁶ *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 90 Rn. 124.

⁵⁷ Vgl. Rn. 188 ff.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 84, 1 (3 f.) (Kindergeld für Besserverdienende); *Ruppert*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 95 Rn. 41 ff.

dann angefochten werden, wenn die letztinstanzliche Entscheidung zur materiellen Rechtslage aus formellen Gründen nicht Stellung bezieht.⁵⁹

176 Als Gegenstände einer Verfassungsbeschwerde kommen prinzipiell nur Akte **deutscher öffentlicher Gewalt** in Betracht.⁶⁰ Daher sind die Europäischen Verträge ebenso wie völkerrechtliche Verträge keine zulässigen Beschwerdegegenstände. Anders ist dies hingegen bei den jeweiligen Zustimmungsgesetzen (Art. 59 Abs. 2 GG), die als deutsche Gesetze einen tauglichen Beschwerdegegenstand darstellen.

177 Ob und wann **Maßnahmen der Europäischen Union**, also etwa Normen des sekundären Unionsrechts oder die darauf beruhenden Ausführungshandlungen deutscher Behörden, beispielsweise Umsetzungsakte in Form von Gesetzen und Rechtsverordnungen oder auch Einzelfallentscheidungen wie Verwaltungsakte, Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte verletzen können, ist seit jüngster Zeit wieder in der Diskussion. Das BVerfG hat sich zunächst für befugt gehalten, sekundäres Unionsrecht „solange“ am Maßstab der deutschen Grundrechte zu überprüfen, wie das Unionsrecht keinen dem Grundgesetz vergleichbaren Grundrechtskatalog enthielt.⁶¹ Damit war die Begrenzung der Verfassungsbeschwerde auf Akte der deutschen öffentlichen Gewalt durchbrochen. 1986 entschied das BVerfG in Umkehrung der sog. Solange-I-Rechtsprechung, dass es seine Gerichtsbarkeit hinsichtlich der Anwendung von sekundärem Unionsrecht „solange“ nicht mehr ausüben werde, wie die damaligen Europäischen Gemeinschaften, insbesondere der Europäische Gerichtshof (EuGH), einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleisten, der dem vom Grundgesetz gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleichzuachten sei (Solange II).⁶² Diese Rechtsprechung gilt ungeachtet der durch die Maastricht-Entscheidung ausgelösten Irritationen⁶³ bis heute fort: Solange der durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelte Grundrechtsschutz nicht *generell* unter das nach dem Grundgesetz erforderliche Niveau absinkt, können sekundäres Unionsrecht sowie die entsprechenden deutschen Ausführungshandlungen grundsätzlich **nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde** sein.⁶⁴ Das gilt insbesondere auch für nationales Recht, das Richtlinien i. S. v. Art. 288 S. 3 AEUV umsetzt. Soweit allerdings dem nationalen Recht Spielräume belassen worden sind, überprüft das BVerfG, ob diese Spielräume verfassungsgemäß genutzt worden sind.⁶⁵ Insoweit unterliegt das deutsche Staatshandeln der vollen Grundrechtsbindung. Im Übrigen haben die nationalen Gerichte bei grundrechtlichen Bedenken die Sache

⁵⁹ Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (948).

⁶⁰ BVerfGE 58, 1 (26) (Eurocontrol I); 118, 79 (95) (Treibhausgas-Emissionsberechtigungen).

⁶¹ BVerfGE 37, 271 (280) (Solange I); siehe zum Verhältnis BVerfG/EuGH auch Rn. 1032.

⁶² BVerfGE 73, 339 (387) (Solange II).

⁶³ BVerfGE 89, 155 (174 f.) (Maastricht); vgl. Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, S. 193 ff.

⁶⁴ BVerfGE 102, 147 (164) (Bananenmarktordnung); 118, 79 (95) (Treibhausgas-Emissionsberechtigungen); 125, 260 (306) (Vorratsdatenspeicherung); BVerfG, NJW 2016, 2247 (2253) (Sampling).

⁶⁵ BVerfGE 118, 79 (98) (Treibhausgas-Emissionsberechtigungen); 125, 260 (306 f.) (Vorratsdatenspeicherung); 129, 78 (100 f.) (Le Corbusier).

dem EuGH zur Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV vorzulegen. Erklärt der EuGH daraufhin die Richtlinie für ungültig, bleibt das nationale Recht zwar wirksam, unterliegt jedoch wieder der vollen verfassungsgerichtlichen Kontrolle.⁶⁶

Von dem vorgenannten Grundsatz, dass nationales Recht, welches zwingendes Unionsrecht umsetzt, nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte zu prüfen ist und demzufolge nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann, macht das BVerfG allerdings seit jüngstem eine **Ausnahme**, deren Tragweite noch nicht vollständig abzusehen ist.⁶⁷ Auf der Grundlage seiner ständigen Rechtsprechung zur fortbestehenden **Identitätskontrolle**, wonach Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union eine äußerste, absolute Grenze setzt⁶⁸, überprüft es materielles Unionsrecht darauf, ob es gegen die integrationsfesten Grundsätze des Art. 1 und des Art. 20 GG verstößt.⁶⁹ Insbesondere Verstöße gegen die Menschenwürdegarantie können daher auch dann mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden, wenn sie auf einer unionsrechtlichen bzw. unionsrechtlich determinierten Regelung beruhen. Das setzt allerdings voraus, dass ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG substantiiert dargelegt wird.⁷⁰ Ob Vergleichbares gilt, wenn eine unionsrechtliche Regelung gegen den Menschenwürdegehalt eines Einzelgrundrechts verstößt, bleibt abzuwarten, liegt aber in der Logik dieser Rechtsprechung.⁷¹ Problematisch dabei ist allerdings, dass die bisherige, auch in der Praxis gut zu handhabende Vorstellung getrennter Grundrechtsräume aufgeweicht wird. Abhängig davon, wie großzügig das BVerfG zukünftig bei der Einzelfallkontrolle von Unionsrecht verfahren wird, fällt diese Rechtsprechung mehr oder weniger deutlich hinter den mit der Solange-Rechtsprechung etablierten Stand zurück.

177a

5. Beschwerdebefugnis

Gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG wird die Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erhoben, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers muss sich also die Möglichkeit einer Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten ergeben. Darüber hinaus muss der Beschwerdeführer beschwert sein. Dies setzt voraus, dass er selbst, gegenwärtig und unmittelbar von der geltend gemachten Grundrechtsverletzung betroffen ist.

178

⁶⁶ BVerfGE 118, 79 (97) (Treibhausgas-Emissionsberechtigungen); 121, 1 (16) (Einstweilige Anordnung Vorratsdatenspeicherung).

⁶⁷ Vgl. *Karaosmanoğlu/Ebert*, DVBl. 2016, 875 (878 ff.); *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1136 f.).

⁶⁸ BVerfGE 123, 267 (344 ff.) (Vertrag von Lissabon); 132, 195 (238 ff.) (ESM); BVerfG; NJW 2016, 2473 (2474 ff.) (OMT).

⁶⁹ BVerfG, NJW 2016, 1149 (1150 ff.) (Europäischer Haftbefehl II).

⁷⁰ BVerfG, NJW 2016, 1149 (1152) (Europäischer Haftbefehl II).

⁷¹ *Karaosmanoğlu/Ebert*, DVBl. 2016, 875 (878); *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1137).

a) Behauptung einer Grundrechtsverletzung

179 Zunächst muss der Beschwerdeführer eine **Verletzung von Grundrechten** oder grundrechtsgleichen Rechten geltend machen, also die **Möglichkeit** einer derartigen Rechtsverletzung hinreichend deutlich werden lassen. Nicht ausreichend ist es, wenn der Beschwerdeführer lediglich eine Verletzung des einfachen Rechts, zumeist durch eine Gerichtsentscheidung, geltend macht. Die Rüge muss sich vielmehr gegen eine „**Verletzung spezifischen Verfassungsrechts**“ richten.⁷² Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Bedeutung der Grundrechte nicht erkannt oder grundsätzlich verkannt worden ist. Daran scheitern in der Praxis zahlreiche Verfassungsbeschwerden, mit denen lediglich die Fehlerhaftigkeit einer Entscheidung vorgebracht wird. Das aber genügt nicht. Die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts sind allein Aufgabe der Fachgerichte. Selbst eine zweifelsfrei fehlerhafte Rechtsanwendung begründet für sich genommen keinen Verstoß gegen Verfassungsrecht, wenn nicht Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte spezifisch betroffen sind.⁷³ Eine fehlerhafte Rechtsanwendung verletzt allerdings das **Willkürverbot** des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt, der Inhalt einer Norm in krasser Weise missverstanden oder sonst in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet wird. In derartigen Fällen ist eine Verfassungsbeschwerde zulässig und begründet.⁷⁴

180 Im Übrigen ist das BVerfG in diesem Punkt eher großzügig: Die Beschwerdebefugnis ist nur dann ausgeschlossen, wenn eine Verletzung von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.⁷⁵ Dieser weite Maßstab gilt auch dann, wenn ein **Verstoß gegen eine Schutzpflicht** gerügt wird. Der Beschwerdeführer muss in diesem Fall schlüssig dartun, dass eine Verletzung des Untermaßverbots in Betracht kommt. Er muss also vortragen, dass die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder dass die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind.⁷⁶ Will der Beschwerdeführer geltend machen, dass die öffentliche Gewalt ihrer Schutzpflicht allein dadurch genügen kann, dass sie eine ganz bestimmte Maßnahme ergreift, muss er auch dies und die Art der zu ergreifenden Maßnahme schlüssig darlegen.⁷⁷

181 Hinweis zur Fallbearbeitung:

Die „Behauptung einer Grundrechtsverletzung“ ist bei jeder Verfassungsbeschwerde zu prüfen. Spätestens an dieser Stelle sollten alle in Betracht

⁷² BVerfGE 18, 85 (92) (Spezifisches Verfassungsrecht). Vgl. *Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945 (947).

⁷³ Ausführlich dazu *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 178 ff.

⁷⁴ BVerfGE 89, 1 (13 f.) (Besitzrecht des Mieters); 96, 189 (203) (Fink).

⁷⁵ BVerfGE 38, 139 (146) (Dienstaufsicht); 52, 303 (327) (Privatliquidation); 94, 49 (84) (Sichere Drittstaaten).

⁷⁶ BVerfGK 17, 57 (61 ff.).

⁷⁷ BVerfGE 77, 170 (215) (Lagerung chemischer Waffen).

kommenden Grundrechte genannt und die offensichtlich nicht einschlägigen Rechte bereits aussortiert werden. Vor allem in Fallbüchern ist in Anlehnung an das Erfordernis der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung häufig von der „Möglichkeitstheorie“ die Rede. Die Sinnhaftigkeit dieses Ausdrucks mag dahinstehen; er ersetzt in der Fallbearbeitung jedenfalls niemals die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale des § 90 Abs. 1 BVerfGG.

Da die Frage der tatsächlichen Rechtsverletzung erst im Rahmen der Begründetheit geprüft werden darf, empfiehlt sich folgende Vorgehensweise: Eine offensichtliche und daher leicht und rasch zu begründende Ablehnung des Schutzbereichs eines Grundrechts oder des Eingriffs in den Schutzbereich führt zur Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde.⁷⁸ Weitergehende Erörterungen sollten dagegen erst im Rahmen der Begründetheit erfolgen; die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ist zu bejahen. Auch Ausführungen zum Prüfungsmaßstab, wie sie vor allem bei Urteilsverfassungsbeschwerden und in den sog. Drittwirkungsfällen⁷⁹ erforderlich sind, sollten der Begründetheitsprüfung vorbehalten bleiben. Letzteres ist zwar nicht zwingend, vermeidet aber eine die Übersichtlichkeit beeinträchtigende „Wasserkopfbildung“ in der Zulässigkeitsprüfung. Im Übrigen gilt für die Fallbearbeitung stets die Vermutung, dass die Verfassungsbeschwerde jedenfalls teilweise zulässig ist. Andernfalls wäre die Begründetheit in einem Hilfsgutachten zu prüfen, was eine außerordentlich seltene Ausnahme darstellt.

b) Beschwer

Weiterhin ist erforderlich, dass der Beschwerdeführer **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** von der möglichen Grundrechtsverletzung betroffen ist (sog. **Betroffenheitstrias**⁸⁰). Die folgenden Punkte werfen in der Regel nur bei Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze Probleme auf. Sie gelten aber für alle Verfassungsbeschwerden.

182

aa) Eigene Betroffenheit

Durch die Voraussetzung der eigenen Betroffenheit sollen Popularklagen ausgeschlossen werden. Der Antragsteller ist dann selbst betroffen, wenn er der **Adressat** der angegriffenen Maßnahme ist.⁸¹ Dies ist etwa bei den Parteien in einem Gerichtsprozess hinsichtlich der Urteile und Beschlüsse der Fall; das Gleiche gilt für den Adressaten eines Verwaltungsakts. Es genügt aber auch eine faktische Selbstbetroffenheit. Daher ist nicht erforderlich, dass eine Maßnahme im Rechtssinne ausdrücklich an den „Adressaten“ gerichtet ist. Problematisch ist gelegentlich, inwieweit Organisationen Grundrechte ihrer Mitglieder geltend machen können. Das

183

⁷⁸ Beispiel dafür in BVerfGE 80, 137 (150) (Reiten im Walde).

⁷⁹ Vgl. Rn. 343 ff.

⁸⁰ Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 90 Rn. 128.

⁸¹ BVerfGE 74, 297 (318) (5. Rundfunkentscheidung); 108, 370 (384) (Exklusivlizenz).

BVerfG hat dies abgelehnt und Organisationen auf die eigenen Grundrechte auch dann beschränkt, wenn die Satzung die Vertretung der Mitglieder vorschreibt.⁸² Auch eine Prozessstandschaft – also die Geltendmachung eines fremden Rechts im eigenen Namen – ist grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme macht das BVerfG hauptsächlich für „Parteien kraft Amtes“ (Insolvenzverwalter⁸³, Nachlassverwalter⁸⁴, Testamentsvollstrecker⁸⁵), die aus eigenem Recht handeln.⁸⁶

bb) Gegenwärtige Betroffenheit

184 Die Beschwerdebefugnis erfordert ferner, dass der Beschwerdeführer gegenwärtig (**aktuell**) betroffen ist. Dies ist der Fall, wenn die Beeinträchtigung schon eingetreten ist und noch nicht geendet hat, nicht dagegen aber bei zukünftigen oder vergangenen Beeinträchtigungen. Ausnahmsweise reicht es allerdings aus, dass die **Beeinträchtigung** erst **bevorsteht**, wenn

- die Norm den Beschwerdeführer bereits jetzt zu einer später nicht mehr korrigierbaren Entscheidung zwingt⁸⁷,
- klar abzusehen und gewiss ist, dass und wie der Beschwerdeführer in der Zukunft betroffen sein wird⁸⁸ oder
- es sich um Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen i. S. v. Art. 59 Abs. 2 GG handelt.⁸⁹ Damit soll verhindert werden, dass sich die Bundesrepublik Deutschland in verfassungswidriger Weise völkerrechtlich bindet und in die Situation gerät, aus Treue zur Verfassung einen Völkerrechtsbruch begehen zu müssen (gleiches gilt bei der abstrakten Normenkontrolle). I. d. R. fehlt es aber bei diesen Vertragsgesetzen an der unmittelbaren Betroffenheit.

185 **Vergangene Beeinträchtigungen** betreffen den Beschwerdeführer gegenwärtig, wenn von ihnen weiterhin beeinträchtigende Wirkungen ausgehen⁹⁰ oder eine Wiederholungsgefahr besteht.⁹¹

⁸² BVerfGE 13, 54 (89 f.) (Neugliederung Hessen); 31, 275 (280) (Bearbeiter-Urheberrechte).

⁸³ BVerfGE 51, 405 (409) (Prozessfähigkeit Gemeinschuldner); 65, 182 (190) (Sozialplan).

⁸⁴ BVerfGE 27, 326 (333) (Freiheitsentziehungsschäden).

⁸⁵ BVerfGE 21, 139 (143) (Freiwillige Gerichtsbarkeit).

⁸⁶ Vgl. *Ruppert*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 90 Rn. 84 f.

⁸⁷ BVerfGE 43, 291 (386) (numerus clausus II); 74, 297 (320) (5. Rundfunkentscheidung); 102, 197 (207) (Spielbankengesetz Baden-Württemberg); 106, 225 (230 f.) (Beihilfefähigkeit von Wahlleistungen I).

⁸⁸ Beispiel in BVerfGE 26, 246 (251 f.) (Ingenieur): Das Ingenieurgesetz, das den Absolventen bestimmter Ausbildungsgänge verbietet, die Bezeichnung „Ingenieur“ zu führen, betrifft schon die in der Ausbildung Befindlichen gegenwärtig. Ebenso BVerfGE 97, 157 (164) (Saarländisches Pressegesetz); 101, 54 (73 f.) (Schuldrechtsanpassungsgesetz).

⁸⁹ BVerfGE 1, 396 (411 ff.) (Deutschlandvertrag zur abstrakten Normenkontrolle; 24, 33 (53 f.) (Deutsch-Niederländischer Finanzvertrag); 112, 363 (367) (EU-Verfassung) zur Verfassungsbeschwerde.

⁹⁰ BVerfGE 15, 226 (230) (Entziehung der Verteidigungsbefugnis).

⁹¹ BVerfGE 56, 99 (106) (Kommunales Vertretungsverbot NRW).

cc) Unmittelbare Betroffenheit

Ferner muss der Beschwerdeführer unmittelbar betroffen sein. Dies setzt voraus, dass **keine weiteren Vollzugsakte** erforderlich sind, um Rechtswirkungen gegenüber dem Beschwerdeführer zu entfalten. Bei Verfassungsbeschwerden gegen Akte der Judikative und der Exekutive ist dies zumeist unproblematisch. Anders ist das aber bei Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze: Setzt ein Gesetz nämlich zu seiner Durchführung einen besonderen Vollzugsakt voraus (z. B. in Gestalt eines Verwaltungsaktes), kann sich die Verfassungsbeschwerde nur gegen diesen Vollzugsakt als den unmittelbaren Eingriff in die Rechte des Einzelnen richten. Der Beschwerdeführer hat zunächst einen gegen den Vollzugsakt gegebenen Rechtsweg zu erschöpfen.⁹² Verfassungsbeschwerden gegen Normen, die zum Erlass einer Verordnung, einer Satzung oder eines Verwaltungsakts ermächtigen, sind somit unzulässig. Dagegen ist die unmittelbare Betroffenheit gegeben, wenn das Gesetz keines weiteren Vollzugsakts bedarf („self-executing-Norm“).

186

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Die Prüfung der eigenen, gegenwärtigen und unmittelbaren Betroffenheit sollte sich im Normalfall eher knapp gestalten und nur die problematischen Punkte näher ausführen. Insbesondere bei Verfassungsbeschwerden gegen Verwaltungshandeln und gegen Gerichtsentscheidungen genügt an dieser Stelle häufig die nur einen Satz umfassende Feststellung, dass eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit gegeben ist.

187

6. Erschöpfung des Rechtswegs und Grundsatz der Subsidiarität**a) Erschöpfung des Rechtswegs**

Gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, zu dessen Erlass Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG ermächtigt, kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Der Beschwerdeführer muss alle gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfe ausschöpfen, um die Beseitigung des Hoheitsaktes zu erreichen, dessen Grundrechtswidrigkeit er geltend macht. Dies schließt sogar Rechtsbehelfe ein, deren Zulässigkeit nicht eindeutig geklärt ist.⁹³ Nur offensichtlich unzulässige Rechtsmittel braucht der Beschwerdeführer nicht zu bemühen; derartige Rechtsmittel haben aus diesem Grund auch keinen Einfluss auf den Lauf der Verfassungsbeschwerdefrist.⁹⁴ Relevant wird dieser Punkt in erster Linie bei Verfassungsbeschwerden gegen **Judikativ- und Exekutivakte**. Hier sind Verfassungsbeschwerden grundsätzlich nur gegen letztinstanzliche Gerichtsentscheidungen zulässig. Die Erschöpfung des Rechtswegs verlangt auch, dass der Beschwerdeführer die prozessualen

188

⁹² BVerfGE 1, 97 (102 f.) (Hinterbliebenenrente).

⁹³ BVerfGE 91, 93 (105) (Kindergeld).

⁹⁴ BVerfGE 5, 17 (19 f.) (SBZ-Volljährigkeit); 107, 299 (308 f.) (Fernmeldegeheimnis der Rundfunkanstalten).

Möglichkeiten nicht versäumt haben darf (z. B. durch Versäumung der Frist zur Einlegung eines statthaften Rechtsbehelfs oder Nichtbeachtung der formellen Anforderungen).⁹⁵

189

Mit der **Anhörungsrüge** stellen die Verfahrensordnungen – etwa in § 321a ZPO, § 78a ArbGG, § 152a VwGO ein weiteres Rechtsmittel bereit.⁹⁶ Diese ermöglicht es einem Gericht, gegen dessen Entscheidungen kein Rechtsmittel gegeben ist, das Verfahren fortzuführen und einen behaupteten Gehörsverstoß zu heilen. Vorangegangen war dieser Neuregelung eine Entscheidung des BVerfG. Das Gericht sah den allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip⁹⁷ dadurch verletzt, dass innerhalb des fachgerichtlichen Verfahrens eine Korrektur von Verstößen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)⁹⁸ ausgeschlossen war, wenn der Verstoß in der letzten Instanz erfolgte.⁹⁹ Die Neuregelung führt dazu, dass die Anhörungsrüge immer dann Teil des Rechtswegs ist, wenn eine **Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG** ausdrücklich oder der Sache nach geltend gemacht wird.¹⁰⁰ Unterbleibt in diesen Fällen die Anhörungsrüge, ist die Verfassungsbeschwerde nach der so genannten Queen-Mary-II-Rechtsprechung insgesamt – also auch in Bezug auf alle weiteren als verletzt gerügten Rechte – wegen mangelnder Rechtswegerschöpfung unzulässig.¹⁰¹ Denn im Zuge der Fortführung des Verfahrens bei Erfolg der Anhörungsrüge hätten alle behaupteten Rechtsverletzungen geheilt werden können. Allerdings steht es dem Beschwerdeführer im Rahmen seiner Dispositionsfreiheit über den Verfahrensgegenstand grundsätzlich frei, die Rüge einer Gehörsverletzung nach Art. 103 Abs. 1 GG im Verfassungsbeschwerdeverfahren zurückzunehmen, sodass eine Anhörungsrüge entbehrlich und die Voraussetzung der Rechtswegerschöpfung nachträglich erfüllt wird.¹⁰² Jeder Beschwerdeführer muss also genau überlegen, ob eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG ernsthaft in Betracht kommt. Ist das der Fall, muss er die Anhörungsrüge erheben. Hat er Zweifel, empfiehlt es sich, parallel die Anhörungsrüge und die Verfassungsbeschwerde zu erheben und in der Verfassungsbeschwerde um deren einstweilige Nichtbearbeitung bis zum Vorliegen des Beschlusses über die Anhörungsrüge zu bitten.¹⁰³ Dagegen ist es in derartigen Fällen nicht ratsam, allein

⁹⁵ Vgl. *Sperlich*, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 90 Rn. 120 f.

⁹⁶ Ausführlich dazu *Desens*, NJW 2006, 1243 ff., *Heinrichsmeier*, NVwZ 2010, 228 f.

⁹⁷ Vgl. Rn. 926.

⁹⁸ Vgl. Rn. 943 ff.

⁹⁹ BVerfGE 107, 395 (410 ff.) (Rechtsschutz gegen den Richter I).

¹⁰⁰ BVerfGE 134, 106 (113) (Deichsicherheit).

¹⁰¹ BVerfGE 134, 106 (113) (Deichsicherheit); BVerfG, NJW 2005, 3059 (3059 f.).

¹⁰² BVerfGE 126, 1 (17 f.) (Fachhochschullehrer); 134, 106 (113) (Deichsicherheit).

¹⁰³ In der Praxis wird eine solche Verfassungsbeschwerde zunächst in das so genannte Allgemeine Register (AR) eingetragen und keinem Richter vorgelegt. Eine Eintragung in das Verfahrensregister und eine Vorlage an einen Richter erfolgen erst dann, wenn der Beschwerdeführer explizit oder implizit danach verlangt, indem er beispielsweise den Beschluss vorlegt. Vgl. *Lübbe-Wolff*, AnwBl 2005, 509 (513).

auf die Anhörungsrüge zu setzen. Denn ein offensichtlich unzulässiges Rechtsmittel¹⁰⁴ setzt die Verfassungsbeschwerdefrist nicht erneut in Lauf.¹⁰⁵

Gegen **Legislativakte** (Parlamentsgesetze) gibt es hingegen keinen fachgerichtlichen Rechtsschutz, weil kein Rechtsweg gegen solche Normen besteht (vgl. § 93 Abs. 3 BVerfGG). **Rechtssetzungsakte der Exekutive** (Satzungen und Rechtsverordnungen der Länder) können nach Maßgabe des § 47 Abs. 1 VwGO i. V. m. Landesrecht in einem Normenkontrollverfahren vor den Obergerverwaltungsgerichten/Verwaltungsgerichtshöfen überprüft werden.

b) Subsidiarität

Eine Verfassungsbeschwerde ist nur zulässig, **wenn die Grundrechtsverletzung auf keinerlei andere Weise hätte beseitigt werden können**.¹⁰⁶ Daher muss der Beschwerdeführer vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde alle zumutbaren Möglichkeiten fachgerichtlichen Rechtsschutzes in Anspruch nehmen. Der vom BVerfG entwickelte **Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde** dient verschiedenen Zielen¹⁰⁷: Das BVerfG will zum einen den Vorrang des Grundrechtsschutzes durch die Fachgerichte (Art. 92 GG) sichern. Zum anderen will es bei seiner späteren Anrufung – gegebenenfalls durch die Fachgerichte gemäß Art. 100 Abs. 1 GG – einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht aufbereiteten Fall erhalten. Und schließlich spielt die Arbeitsbelastung des BVerfG eine nicht unerhebliche Rolle.¹⁰⁸ Aus dem Grundsatz der Subsidiarität folgt beispielsweise, dass es regelmäßig nicht genügt, wenn der Beschwerdeführer ein Verfahren des Eilrechtsschutzes (etwa §§ 80, 123 VwGO) bis zur letzten Instanz durchläuft und damit diesen Rechtsweg erschöpft. Sofern der Beschwerdeführer nicht gerade eine Rechtsverletzung im Verfahren des Eilrechtsschutzes geltend macht, ist er gehalten, vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde auch das Hauptsacheverfahren durchzuführen.¹⁰⁹ Ein anderes Beispiel betrifft die Anhörungsrüge. Auch dann, wenn der Beschwerdeführer keine Gehörsverletzung geltend machen will, verlangt der Grundsatz der Subsidiarität eine Durchführung des Anhörungsrügeverfahrens, wenn ein Gehörsverstoß nahe liegt und eine Abhilfe ernstlich in Betracht kommt.¹¹⁰

Auch wenn der Beschwerdeführer durch ein **Gesetz** selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist, muss er grundsätzlich den Vollzug oder sonstige Auswirkungen des Gesetzes abwarten oder gar herbeiführen, gegen die Vollzugsmaßnahmen die Gerichte anrufen und auf diesem Weg eine inzidente Normenkontrolle

¹⁰⁴ Offensichtlich unzulässig ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ein Rechtsmittel dann, wenn der Rechtsmittelführer nach dem Stand der Rechtsprechung und Lehre bei Einlegung des Rechtsmittels über die Unzulässigkeit nicht im Ungewissen sein konnte. Vgl. BVerfGE 49, 252 (255) (Rechtliches Gehör/Prüfung durch Instanzgerichte).

¹⁰⁵ BVerfGE 122, 190 (199) (Fachgerichtlicher Rechtsschutz).

¹⁰⁶ Eingehend *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 90 Rn. 157 ff.

¹⁰⁷ BVerfGE 49, 252 (258) (Rechtliches Gehör/Prüfung durch Instanzgerichte); 55, 244 (247) (ModEnG); 69, 122 (125) (KVEG); 74, 69 (75) (LHO).

¹⁰⁸ BVerfGE 69, 122 (125 f.) (KVEG); 72, 39 (46) (Erziehungszeitengesetz).

¹⁰⁹ BVerfGE 104, 65 (70 ff.) (Schuldnerspiegel); 110, 77 (88) (Rechtsschutzinteresse).

¹¹⁰ BVerfGE 134, 106 (115 f.) (Deichsicherheit).

190

191

192

herbeiführen.¹¹¹ Allerdings steht der Grundsatz der Subsidiarität unter dem **Vorbehalt der Zumutbarkeit**: Nicht zumutbar ist es, wenn auf Grund einer gefestigten und einheitlichen aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Abweichung zu erwarten ist, weil z. B. die streitgegenständliche Norm der Verwaltung keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum einräumt und damit der Misserfolg eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens von vornherein feststeht.¹¹² Nicht zumutbar ist weiter, die Inkaufnahme von straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionen zu verlangen.¹¹³ In Betracht kommt in diesem Fall aber eine **Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO**. Diese zielt auf die Feststellung, dass wegen Ungültigkeit oder Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm aufgrund der Verletzung von Grundrechten, kein Rechtsverhältnis zu dem Beschwerdeführer begründet sei. Jedenfalls soweit es um Normen unterhalb eines Parlamentsgesetzes – also um **Rechtsverordnungen** des Bundes und der Länder – geht, verlangt das BVerfG deren Erhebung.¹¹⁴ Dies ist sachgerecht, weil die Verwaltungsgerichte über eine eigene Verwerfungskompetenz verfügen. Eine Feststellungsklage ist unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde aber auch dann geboten, wenn die behauptete Grundrechtsverletzung von einem **Parlamentsgesetz** ausgeht.¹¹⁵ In diesem Fall hindert Art. 100 Abs. 1 GG die Verwaltungsgerichte zwar daran, die angegriffene Vorschrift selbst für verfassungswidrig zu erklären. Gleichwohl ist nach Auffassung des BVerfG die Erhebung einer Feststellungsklage regelmäßig geboten, um zu vermeiden, dass eine verfassungsgerichtliche Entscheidung ohne die Fallanschauung der Fachgerichte auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage ergehen muss. Ein unmittelbarer Zugang zum Verfassungsbeschwerdeverfahren besteht nur dann, wenn von einer vorausgegangenen fachgerichtlichen Prüfung keine verbesserte Entscheidungsgrundlage zu erwarten ist. Dies kommt in Betracht, wenn ein Sachverhalt allein spezifisch verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, deren Beantwortung weder von der näheren Sachverhaltsermittlung noch von der Auslegung und Anwendung von Vorschriften des einfachen Rechts durch die Fachgerichte, sondern allein von der Auslegung und Anwendung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe abhängt.¹¹⁶

193 Hingegen ist ein Beschwerdeführer aus § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG grundsätzlich nicht verpflichtet, verfassungsrechtliche Erwägungen und Bedenken vor den Fachgerichten vorzutragen. Mit anderen Worten gibt es **keine Pflicht** des Beschwerdeführers, **bereits das fachgerichtliche Verfahren als Verfassungsprozess zu führen**.¹¹⁷ Etwas anderes gilt, wenn das fachgerichtliche Verfahren ohne verfassungsrechtliche Argumentation nicht sachgerecht zu führen ist. Das ist etwa der Fall,

¹¹¹ BVerfGE 97, 157 (166) (Saarländisches Pressegesetz).

¹¹² BVerfGE 78, 155 (160) (Nicht-Kassenzulassung von Heilpraktikern); 123, 148 (172) (Jüdische Gemeinde Brandenburg); 126, 1 (18) (Fachhochschullehrer).

¹¹³ BVerfGE 81, 70 (82 f.) (Rückkehrgebot für Mietwagen); BVerfGK 15, 491 (502).

¹¹⁴ BVerfGE 115, 81 (95 f.) (Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen). Vgl. *Seiler*, DVBl. 2007, 538 ff.

¹¹⁵ BVerfGE 123, 148 (173) (Jüdische Gemeinde Brandenburg); BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 (2).

¹¹⁶ BVerfG, NVwZ-RR 2016, 1 (2); zu einem solchen Ausnahmefall BVerfGE 138, 261 (271 f.) (Thüringer Ladenöffnungsgesetz).

¹¹⁷ BVerfGE 112, 50 (60 ff.) (OEG).

wenn der Erfolg einer Verfassungsbeschwerde von der Verfassungswidrigkeit einer Rechtsnorm abhängt.¹¹⁸

BVerfGE 86, 382 (386 f.) (DDR-Bergbau): „Der Zulässigkeit steht jedoch der **Grundsatz der Subsidiarität** der Verfassungsbeschwerde entgegen. Die Bf. können zwar vor den Fachgerichten nicht unmittelbar gegen die angegriffene Regelung Rechtsschutz erlangen. Sie können aber die Fachgerichte zur Sicherung und Durchsetzung der Rechte in Anspruch nehmen, die sie aus der Verfassungswidrigkeit der Regelung herleiten. Zur Herbeiführung einer Vorklärung der tatsächlichen und einfachrechtlichen Lage sind sie gehalten, zunächst – zumindest vorläufigen – Rechtsschutz vor den Fachgerichten zu suchen. 1. Der in § 90 Abs. 2 BVerfGG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Subsidiarität gewährleistet unter anderem, dass dem BVerfG in der Regel nicht nur die abstrakte Rechtsfrage und der Sachvortrag des Bf. unterbreitet werden, sondern auch die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch ein für diese Materie zuständiges Gericht. Der Vorklärung durch die Fachgerichte kommt insbesondere dort Bedeutung zu, wo die Beurteilung der mit der Verfassungsbeschwerde erhobenen Rügen die Prüfung tatsächlicher oder einfachrechtlicher Fragen voraussetzt, für die das Verfahren vor den Fachgerichten besser geeignet ist. **Der Subsidiaritätsgrundsatz stellt sicher, dass dem BVerfG in solchen Fällen infolge der fachgerichtlichen Vorprüfung der Beschwerdepunkte ein bereits eingehend geprüftes Tatsachenmaterial vorliegt und ihm auch die Fallanschauung und die Rechtsauffassung der Fachgerichte vermittelt werden.**“

c) Ausnahmen von den Grundsätzen der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität

Ausnahmsweise werden die Grundsätze der Rechtswegerschöpfung und der Subsidiarität durchbrochen. Das BVerfG kann gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG¹¹⁹ sofort entscheiden, wenn

194

- die Entscheidung von allgemeiner Bedeutung ist, also die Entscheidung beispielsweise die Klärung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Fragen erwarten lässt bzw. Klarheit über die Rechtslage in zahlreichen gleich gelagerten Fällen schafft,¹²⁰ oder
- dem Beschwerdeführer ansonsten ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde;¹²¹ dies ist z. B. der Fall, wenn das Durchlaufen des gesamten fachgerichtlichen Verfahrens im Hinblick auf das Lebensalter des Beschwerdeführers und die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rügen unzumutbar erscheint.¹²²

Eine Entscheidung nach § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG kommt jedoch nur in Betracht, wenn der fachgerichtliche Rechtsweg vom Beschwerdeführer noch beschränkt

¹¹⁸ BVerfGE 112, 50 (62) (OEG).

¹¹⁹ Bei einer Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde handelt es sich mangels Rechtsweges um eine entsprechende Anwendung des § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG, da dieser wegen des engen Zusammenhangs mit S. 1 direkt nur für die Urteils-Verfassungsbeschwerde gilt („ist [...] der Rechtsweg zulässig“).

¹²⁰ BVerfGE 84, 90 (116) (Bodenreform I); 98, 218 (243 f.) (Rechtsschreibreform).

¹²¹ BVerfGE 106, 225 (231) (Beihilfefähigkeit von Wahlleistungen I).

¹²² BVerfGK 3, 277 (283).

ten werden könnte, wenn also die entsprechenden Rechtsbehelfsfristen noch nicht abgelaufen sind.¹²³

195

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Bei allen Verfassungsbeschwerden, die unmittelbar gegen ein Gesetz gerichtet sind, stellt sich die Frage der Subsidiarität gegenüber einer Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO). Für Klausuren und Hausarbeiten birgt das ein praktisches Problem. Denn in aller Regel geht die Lösungsskizze von der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde aus, weil der Schwerpunkt im Bereich der Begründetheitsprüfung liegt und ein Hilfsgutachten außerordentlich selten dem favorisierten Lösungsweg entspricht. Also sollte auch die Klausur- bzw. Hausarbeitslösung nach Möglichkeit zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gelangen. Soweit die Verfassungsbeschwerde gegen ein Parlamentsgesetz gerichtet ist, empfiehlt es sich zurzeit, die Subsidiarität gegenüber der Feststellungsklage mit einem kurzen Hinweis auf die fehlende Verwerfungskompetenz der Verwaltungsgerichte (Art. 100 Abs. 1 GG) zu verneinen. Bei Rechtsnormen unterhalb eines Parlamentsgesetzes – etwa bei Rechtsverordnungen – ist dieser Weg ausgeschlossen, zumal hier eine eindeutige Senatsentscheidung des BVerfG vorliegt.¹²⁴ Daher sollte hier das Augenmerk auf die Ausnahmen gemäß § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG gerichtet werden.

7. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

196

Bei dem Rechtsschutzbedürfnis handelt es sich um ein allgemeines Institut des Prozessrechts. Es fehlt dann, wenn durch eine Entscheidung des BVerfG die rechtliche Stellung des Antragstellers nicht verbessert werden kann oder wenn ein einfacher und schnellerer Weg zur Rechtsdurchsetzung gegeben ist. Nach Prüfung der Beschwerdebefugnis, der Rechtswegerschöpfung und des Grundsatzes der Subsidiarität kommt der Frage des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses im Regelfall keine eigenständige Bedeutung zu.

196a

Bedeutung erlangt die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses allerdings in Fällen, in denen sich das Begehren des Beschwerdeführers erledigt hat. **Erledigung** tritt ein, wenn eine belastende Regelung ihre Rechtswirkungen verloren hat, also etwa der Gesetzgeber ein Verbotsgesetz oder die Verwaltungsbehörde einen Verwaltungsakt aufgehoben hat. Erledigung kann auch aus tatsächlichen Gründen, etwa durch Zeitablauf oder veränderte Umstände, eintreten. Wird ein Strafgefangener aus der Haft entlassen, erledigen sich die mit der Haft verbundenen Belastungen. Brennt das Haus ab, zu dessen Beseitigung der Eigentümer von der Behörde ver-

¹²³ BVerfGE 11, 244 (244) (Zulässigkeit Vorabentscheidung); 13, 284 (288 f.) (Fristversäumnis).

¹²⁴ BVerfGE 115, 81 (95 f.) (Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen).

pflichtet war, erledigt sich die Beseitigungsverfügung. In diesen Fällen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine Entscheidung des BVerfG die Rechtsstellung des Beschwerdeführers nicht verbessert; eine Verfassungsbeschwerde ist deswegen unzulässig.

Von diesem Grundsatz gibt es allerdings einige, in der Praxis sehr bedeutsame **Ausnahmen**, in denen eine verfassungsgerichtliche Entscheidung gleichwohl von Nutzen ist. Diese Ausnahmen hat die Rechtsprechung des BVerfG in **Fallgruppen** zusammengefasst, die die relevanten Fälle praktisch vollständig erfassen. Folgende Fallgruppen eines fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnisses trotz Erledigung sind anerkannt:

- **Wiederholungsgefahr**¹²⁵; insofern bedarf es konkreter Anhaltspunkte dafür, dass sich eine vergleichbare Situation wiederholt; die rein theoretische Möglichkeit genügt nicht. In derartigen Fällen gebieten das Rechtsschutzinteresse des Bürgers wie die Verfahrensökonomie, dass über die Verfassungsbeschwerde trotz Erledigung entschieden wird.
- **Fortdauernde faktische Beeinträchtigung** trotz Entfallens der direkten Belastung¹²⁶; dies kommt insbesondere bei besonders schwerwiegenden oder diskriminierenden Grundrechtseingriffen in Betracht, in denen ein **Rehabilitationsinteresse** besteht.
- **Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung**¹²⁷; diese Fallgruppe ist einschlägig, wenn die Frage über den Einzelfall hinaus von erheblicher Wichtigkeit und vom Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden ist; diese Ausnahme resultiert aus der Aufgabe des BVerfG, für eine Fortentwicklung des Verfassungsrechts Sorge zu tragen.
- **Gewichtiger, sich typischerweise kurzfristig erledigender Grundrechtseingriff**¹²⁸, bei dem sich die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt üblicherweise auf eine kurze Zeitspanne beschränkt, in welcher eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts regelmäßig nicht zu erlangen ist; für diese Ausnahme ist das Gebot effektiven Rechtsschutzes maßgeblich. Es gibt Überschneidungen zu der zweiten Fallgruppe der fortdauernden faktischen Beeinträchtigung.

196b

8. Ordnungsgemäßer Antrag¹²⁹

Die Verfassungsbeschwerde ist gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG schriftlich zu erheben. Ein Telefax reicht zur schriftlichen Erhebung aus,¹³⁰ eine E-Mail jedoch

197

¹²⁵ BVerfGE 81, 138 (140 f.) (Arbeitsfreistellung); 116, 69 (79) (Jugendstrafvollzug).

¹²⁶ BVerfGE 81, 138 (140) (Arbeitsfreistellung); 116, 69 (79) (Jugendstrafvollzug).

¹²⁷ BVerfGE 69, 315 (341) (Brokdorf); 139, 148 (171 f.) (TU Cottbus).

¹²⁸ BVerfGE 81, 138 (140 f.) (Arbeitsfreistellung); 83, 24 (29 f.) (Polizeigewahrsam).

¹²⁹ Wird nur geprüft, wenn der Sachverhalt entsprechenden Anlass bietet.

¹³⁰ BVerfG, NJW 1996, 2857.

nicht.¹³¹ Ferner bedarf der Antrag gemäß § 23 Abs. 1 S. 2, § 92 BVerfGG der **Begründung**. Dabei sind nicht nur gemäß § 92 BVerfGG das verletzte Recht und die angegriffene Handlung bzw. Unterlassung zu bezeichnen. Die Anforderungen, die das BVerfG an die gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG erforderliche Begründung stellt, sind vielmehr außerordentlich hoch und ein wichtiger Grund für das Scheitern zahlreicher Verfassungsbeschwerden noch in der Zulässigkeitsprüfung.

198 Um die **Anforderungen an eine ausreichend substantiierte Begründung** zu bestimmen, ist vom Sinn und Zweck des Begründungserfordernisses auszugehen. Dieser besteht darin, dem BVerfG die Grundlage über die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung gemäß § 93a ff. BVerfGG zu liefern. Die Begründung muss das BVerfG also in die Lage versetzen, ohne weitere Ermittlungen über die Zulässigkeitsvoraussetzungen zu befinden und eine – für die Annahme gemäß § 93a Abs. 2 BVerfGG bedeutsame – Prognose über die Erfolgsaussicht der Verfassungsbeschwerde anzustellen. Die Begründung muss folglich eine zuverlässige **Grundlage für die Behandlung der Angelegenheit** bieten. Das erfordert einen vollständigen Vortrag der für die Entscheidung relevanten Tatsachen.¹³² Dabei ist zu beachten, dass das BVerfG auch bei Urteilsverfassungsbeschwerden zur Beurteilung der Frage einer Annahme zur Entscheidung in aller Regel die Akten des Ausgangsverfahrens nicht beizieht. Umso wichtiger ist es, dass die angefochtenen Urteile und Bescheide der Verfassungsbeschwerde vollständig beigelegt werden oder zumindest ihrem Inhalt nach ausführlich wiedergegeben sind. Ist das nicht der Fall, ist die Verfassungsbeschwerde schon deshalb mangels ausreichender Substantiierung unzulässig.¹³³

199 Von dem Beschwerdeführer werden ferner **Rechtsausführungen** verlangt, aus denen hervorgeht, welches Grundrecht aus welchem Grund verletzt ist; es ist jedoch nicht erforderlich, dass alle in Betracht kommenden Grundrechte ausdrücklich und korrekt benannt werden.¹³⁴ Die Ausführungen müssen gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG die Verletzung von Grundrechten möglich erscheinen lassen. Soweit es feststehende Maßstäbe in der Rechtsprechung des BVerfG gibt, sind diese zu berücksichtigen.¹³⁵ Inwieweit darüber hinaus eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerfG erforderlich ist, ist unklar.¹³⁶ Die Anforderungen sollten nicht überspannt werden, weil die verfassungsrechtliche Würdigung grundsätzlich die originäre Aufgabe des BVerfG darstellt. Bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen bedarf es einer Auseinandersetzung mit der Argumentation der Gerichte. Dies schließt unter Umständen Ausführungen zur einfach-rechtlichen Lage ein.¹³⁷

¹³¹ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 88a; Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl. 2015, § 23 Rn. 3.

¹³² Vgl. Lübbe-Wolff, AnwBl 2005, 509 (513); Klein/Sennekamp, NJW 2007, 945 (952 ff.).

¹³³ BVerfGE 88, 40 (45) (Private Grundschule); 93, 266 (288) („Soldaten sind Mörder“).

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 108, 370 (383 f.) (Exklusivlizenz); 115, 166 (180) (Verbindungsdaten).

¹³⁵ BVerfGE 101, 331 (346) (Berufsbetreuer).

¹³⁶ Vgl. im Einzelnen Magen, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 92 Rn. 41 ff. Sehr weitgehend BVerfGE 15, 156 (160).

¹³⁷ Magen, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 92 Rn. 45 f.

9. Frist¹³⁸

Bezüglich der Frist ist gemäß § 93 BVerfGG zwischen einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz und sonstigen Verfassungsbeschwerden zu unterscheiden. Bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz beträgt die Frist ein Jahr ab Inkrafttreten (§ 93 Abs. 3 BVerfGG). Die Frist läuft bei rückwirkenden Gesetzen ab der Verkündung.¹³⁹ Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen, läuft die Frist so lange nicht, wie die Untätigkeit des Gesetzgebers andauert.¹⁴⁰ Bei sonstigen Verfassungsbeschwerden beträgt die Frist einen Monat (§ 93 Abs. 1 BVerfGG). Grundsätzlich beginnt die Frist mit der Zustellung oder formlosen Mitteilung der Entscheidung, wenn diese von Amts wegen vorzunehmen ist (§ 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG). In anderen Fällen beginnt sie mit der Verkündung der Entscheidung, oder, wenn diese nicht zu verkünden ist, mit ihrer sonstigen Bekanntgabe an den Beschwerdeführer (§ 93 Abs. 1 S. 3 BVerfGG). Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist gemäß § 93 Abs. 2 BVerfGG möglich, wenn die Verfassungsbeschwerdefrist ohne Verschulden des Beschwerdeführers versäumt worden ist. Rechtliche Grundlagen zur Berechnung der Fristen enthält das BVerfGG nicht; das BVerfG greift insoweit in ständiger Rechtsprechung auf die §§ 187 ff. BGB zurück.¹⁴¹

200

III. Das Annahmeverfahren gemäß §§ 93a ff. BVerfGG

Geht eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG ein, wird sie zunächst vom **Präsident**¹⁴² geprüft. Erweist sich die Verfassungsbeschwerde dabei als offensichtlich unzulässig oder unbegründet, wird sie zunächst im Allgemeinen Register erfasst (§ 60 Abs. 2 a) GOBVerfG). Der Beschwerdeführer wird auf die Bedenken hingewiesen. Nur wenn er dennoch eine richterliche Entscheidung begehrt, wird die Verfassungsbeschwerde in das Verfahrensregister übernommen (§ 61 Abs. 2 GOBVerfG). Diejenigen Verfassungsbeschwerden, bei denen offensichtliche Bedenken nicht bestehen, werden sofort in das Verfahrensregister eingetragen.

201

Im nächsten Schritt wird die Verfassungsbeschwerde dem zuständigen Richter zur Berichterstattung zugeleitet. In dessen Dezernat wird dann ein Entscheidungsvorschlag hinsichtlich der **Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung** erstellt. Eine Annahme erfolgt, wenn der Verfassungsbeschwerde grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt oder ihre Annahme zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 BVerfGG). Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung hat eine Verfassungsbeschwerde, wenn sie eine Frage aufwirft, die sich nicht ohne weiteres

202

¹³⁸ Wird nur geprüft, wenn der Sachverhalt entsprechenden Anlass bietet.

¹³⁹ BVerfGE 64, 367 (376) (Sonderschuloberlehrer).

¹⁴⁰ BVerfGE 69, 161 (167) (Gefangenenuurlaub).

¹⁴¹ BVerfGE 102, 254 (295) (EALG).

¹⁴² Vgl. zu den praktischen Aspekten des Annahmeverfahrens *Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945 (946 f.).

aus dem Grundgesetz beantworten lässt und die noch nicht durch die Rechtsprechung geklärt ist.¹⁴³ Zur Durchsetzung angezeigt ist die Annahme, wenn die geltend gemachte Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten besonderes Gewicht hat oder den Beschwerdeführer in existenzieller Weise betrifft.¹⁴⁴ Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Die Nichtannahme erfolgt durch Beschluss der **Kammer** (§ 15 BVerfGG), die mit drei Richtern besetzt ist und von denen jeder der beiden Senate über drei verfügt. Der Nichtannahmebeschluss muss nicht begründet werden und wird in der Praxis zumeist auch nicht begründet (§ 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG). Erweist sich die Verfassungsbeschwerde hingegen als zur Durchsetzung von Rechten des Beschwerdeführers angezeigt, sind die verfassungsrechtlichen Fragen durch das BVerfG geklärt und ist die Verfassungsbeschwerde zugleich offensichtlich begründet, kann die Kammer der Verfassungsbeschwerde durch Beschluss stattgeben (§ 93c Abs. 1 BVerfGG).¹⁴⁵

203 In den übrigen Fällen entscheidet der **Senat** über die Annahme der Verfassungsbeschwerde (§ 93b S. 2 BVerfGG). Hauptsächlich diese Verfahren werden in der Öffentlichkeit wahrgenommen. Senatsentscheidungen sind in der Praxis sehr selten; unter den 5884 Entscheidungen in Verfassungsbeschwerdeverfahren im Jahr 2015 waren nur 17 Senatsentscheidungen.¹⁴⁶ Verfassungsbeschwerden werden in aller Regel durch die Präsidialräte und die Kammern erledigt.

204 **Hinweis zur Fallbearbeitung:**

Das Annahmeverfahren kommt in verfassungsrechtlichen Klausuren in der Regel nicht vor. Insofern sind Detailkenntnisse entbehrlich. Grundkenntnisse sind aber für die mündliche Prüfung und natürlich die Praxis zwingend erforderlich, da das Annahmeverfahren für Erfolg oder Misserfolg einer Verfassungsbeschwerde zentrale Bedeutung hat. Im Rahmen der zunehmenden Anwaltsorientierung der Ausbildung muss durchaus mit derartigen praktischen Fragen gerechnet werden.

IV. Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde

205 Die Verfassungsbeschwerde ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG begründet, wenn der Beschwerdeführer durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte tatsächlich verletzt ist. Grundsätzlich überprüft das BVerfG in diesem Zusammenhang den angegriffenen Akt **umfassend** auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, wobei sich der Erste

¹⁴³ BVerfGE 90, 22 (24 f.) (Grundsätzliche Bedeutung).

¹⁴⁴ BVerfGE 96, 245 (248) (Besonders schwerer Nachteil).

¹⁴⁵ Zur Bedeutung der Kammerrechtsprechung in Verfassungsbeschwerdesachen Zuck, EuGRZ 2013, 662 ff.

¹⁴⁶ Zahlen aus der Jahresstatistik des BVerfG 2015, www.bverfg.de.

Senat auf eine Prüfung am Maßstab der als verletzt gerügten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte beschränkt. Davon abgesehen werden insbesondere Rechtsnormen bis in ihre Einzelheiten auf ihre formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit hin überprüft. Der Grund dafür ist, dass eine rechtswidrige belastende Norm den Beschwerdeführer zumindest in seinem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.¹⁴⁷

Besonderheiten gelten für die **Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile**. Denn das BVerfG hat im Gerichtsaufbau insoweit eine Sonderstellung, als jedes gerichtliche Urteil als Akt öffentlicher Gewalt i. S. v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ein tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde ist. In allen gerichtlichen Streitigkeiten ist damit das BVerfG faktisch die letzte Instanz. Das BVerfG lehnt es jedoch ab, Urteile umfassend auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Die Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG stelle einen außerordentlichen Rechtsbehelf bei Grundrechtsverletzungen dar. Es geht nicht darum, Entscheidungen auf eine Verletzung des einfachen Rechts hin zu überprüfen. Dem BVerfG kommt nach den Art. 92, 93 GG **nicht** die Stellung einer „**Superrevisionsinstanz**“ zu¹⁴⁸; die Anwendung des einfachen Rechts ist allein Aufgabe der Fachgerichte. Ob daher ein mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenes Urteil gegen einfaches Recht verstößt, unterliegt keiner Nachprüfung durch das BVerfG. Eine Urteilsverfassungsbeschwerde ist nur begründet, wenn die ordentlichen Gerichte „**spezifisches Verfassungsrecht**“ durch eine fehlerhafte Bestimmung von Reichweite und Grenzen der Grundrechte verletzt haben.¹⁴⁹

206

¹⁴⁷ Vgl. Rn. 566.

¹⁴⁸ BVerfGE 7, 198 (207) (Lüth); 18, 85 (92) (Spezifisches Verfassungsrecht).

¹⁴⁹ Zuletzt etwa BVerfGE 108, 282 (294) (Kopftuch Ludin). Vgl. zum Prüfungsumfang des BVerfG bei zivilgerichtlichen Entscheidungen auch Rn. 367.

V. Aufbauschema: Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde

207

Verfassungsbeschwerde

(Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG)

I. Zuständigkeit des BVerfG

Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG

II. Parteifähigkeit/Beteiligtenfähigkeit

Jedermann i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist derjenige, der Träger der im konkreten Fall in Betracht kommenden Grundrechte (Art. 1 – 19 GG) oder grundrechtsgleichen Rechte (Art. 20 Abs. 4, Art. 33, 38, 101, 103, 104 GG) ist.

- Natürliche Personen
 - Einschränkung bei nur Deutschen gewährten Grundrechten
- Juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG)
 - des Privatrechts, sofern inländisch und Grundrechte dem Wesen nach anwendbar
 - des öffentlichen Rechts nur in Ausnahmefällen

(III. Prozessfähigkeit)

IV. Beschwerdegegenstand

§ 90 Abs. 1 BVerfGG: Akt der öffentlichen Gewalt

- Handeln oder Unterlassen aller drei Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative)

V. Beschwerdebefugnis

- § 90 Abs. 1 BVerfGG: Behauptung einer Grundrechtsverletzung
 - Voraussetzung: Vortrag des Beschwerdeführers ergibt Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung
- eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit

VI. Erschöpfung des Rechtsweges und Grundsatz der Subsidiarität

- § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG: Erschöpfung des Rechtswegs
 - i.d.R. kein Rechtsweg gegen Rechtsnormen
- Subsidiarität
 - Pflicht zur Nutzung aller sonstigen Rechtsschutzmöglichkeiten
- Ausnahmen (§ 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG)
 - Entscheidung von allgemeiner Bedeutung
 - schwerer und unabwendbarer Nachteil

VII. Ordnungsgemäßer Antrag (§ 23 Abs. 1, § 92 BVerfGG), Frist (§ 93 BVerfGG)

© Epping, Grundrechte

Kapitel 5: Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 Abs. 1, 2 GG)

Literatur:

Epping, Volker/Lenz, Sebastian, Das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG), Jura 2007, 881 ff.; *Grimm, Dieter*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697 ff.; *Hillgruber, Christian*, Die Meinungsfreiheit als Grundrecht der Demokratie, JZ 2016, 495 ff.; *Sajuntz, Sascha*, Die Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts in den Jahren 2008 bis 2010, NJW 2010, 2992 ff.; *Schoch, Friedrich*, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, Jura 2008, 25 ff.; *Wirtz, Sonja/Brink, Stefan*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Informationszugangsfreiheit, NVwZ 2015, 1166 ff.

Fallbearbeitungen:

Bäcker, Carsten, Öffentliches Recht: Verfassungsrecht – Die O-Söhne, JuS 2013, 522 ff.; *Brinktrine, Ralf/Šarčević, Edin*, Klausur Nr. 4 (S. 75 ff.); *Castendyk, Oliver/Woesler, Monika*, Werbeverbote für überregionale Hörfunksender und Verfassungsrecht, Jura 2007, 791 ff.; *Degenhart, Christoph*, Fälle 15 (S. 222 ff.), 16 (S. 232 ff.), 17 (S. 249 ff.), II, Fall 13 (S. 322 ff.); *Frenzel, Eike Michael*, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – „Marmor, Stein und Eisen bricht...“, JuS 2013, 37 ff.; *Höfling, Wolfram*, Fall 9 (S. 97 ff.); *Kremer, Carsten*, Warnung vor gentechnisch veränderten Lebensmitteln, Jura 2008, 299 ff.; *Mielke, Sebastian K.*, Religionsgemeinschaften und die Meinungsfreiheit, Jura 2008, 548 ff.; *Nolte, Martin/Tams, Christian J.*, Grundfälle zu Art. 5 I 1 GG, JuS 2004, 111 ff., 199 ff., 294 ff.; *Pieroth, Bodo/Görisch, Christoph/Hartmann, Bernd J.*, Hausarbeit Nr. 4 (S. 99 ff.), 8 (S. 186 ff.); *Straßburger, Benjamin*, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Grundrechte – Syria TV, JuS 2015, 136 ff.; *Volkmann, Uwe*, Fall 7 (S. 177 ff.).

Leitentscheidungen:

BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth); 20, 162 ff. (Spiegel); 25, 256 ff. (Blinkfüer); 27, 71 ff. (Leipziger Volkszeitung); 73, 118 ff. (4. Rundfunkentscheidung [Landesrundfunkgesetz Niedersachsen]); 93, 266 ff. („Soldaten sind Mörder“); 103, 44 ff. (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II); 114, 339 ff. (Stolpe); 117, 244 ff. (Cicero); 119, 309 ff. (Gerichtsfernsehen); 120, 180 ff. (Caroline von Monaco II); 124, 300 ff. (Wunsiedel).

I. Hintergrund

Ebenso wie die Versammlungsfreiheit gehören auch die Kommunikationsfreiheiten zum traditionellen Bestand aller deutschen Grundrechtskataloge. Bereits in der

208

Paulskirchenverfassung war die Meinungs- und Pressefreiheit in § 143 verankert. Ihre besondere Bedeutung gewinnen die Kommunikationsfreiheiten aus ihrer Funktion als politische Grundrechte. Eine Demokratie ohne freie Meinungsäußerung und freie Presse ist schlechthin nicht denkbar. Genau wie die Versammlungsfreiheit sind die Kommunikationsgrundrechte daher im Zuge der Demokratisierung erkämpft worden. Konflikte hat es in der Bundesrepublik besonders um die Meinungsfreiheit gegeben. In jüngerer Zeit kreisen die Diskussionen insbesondere um die Meinungsäußerungsfreiheit von Rechtsextremisten und Neonazis. Fällt es in den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit, wenn die geäußerten Meinungen Grundwerte der Bundesrepublik Deutschland, namentlich das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip oder die Menschenwürdegarantie, verletzen? In Art. 10 EMRK und in Art. 11 GR-Charta finden sich mit Art. 5 GG vergleichbare Bestimmungen.

II. Schutzbereich

- 209** Art. 5 Abs. 1 GG enthält insgesamt vier verschiedene Grundrechte: die Meinungsfreiheit, die Informationsfreiheit, die Pressefreiheit sowie die Rundfunk- und Filmfreiheit.

1. Persönliche Schutzbereiche

- 210** Die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG enthalten in persönlicher Hinsicht keine Beschränkungen, sondern gelten für jedermann. Damit sind alle natürlichen und gemäß Art. 19 Abs. 3 GG¹ auch alle juristischen Personen Träger des Grundrechts. Träger des Grundrechts sind nach der Rechtsprechung des BVerfG auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wie das ZDF oder der WDR. Diese sind unmittelbar dem durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Lebensbereich zugeordnet, sodass ihnen selbst der Grundrechtsschutz zu Gute kommt.²

2. Sachliche Schutzbereiche

211 **Fall 6: Rudolf-Heß-Gedenkveranstaltung**

B veranstaltet als führendes Mitglied der deutschen Neonazi-Szene jährlich wiederkehrende Märsche in der Stadt Wunsiedel zum „Gedenken an Rudolf Heß“, der nach seinem Selbstmord im Jahr 1987 im Kriegsverbrechergesängnis Spandau auf dem örtlichen Friedhof der Stadt beigesetzt wurde. Die

¹ Vgl. Rn. 156 ff.

² BVerfGE 31, 314 (322) (2. Rundfunkentscheidung [Umsatzsteuer]); 59, 231 (254 f.) (Freie Mitarbeiter).

nächste Veranstaltung, die wie auch in den Jahren zuvor am Todestag von Rudolf Heß, geplant war, meldete B bei der zuständigen Versammlungsbehörde an. Für den Gedenkaufmarsch wurden mehrere hundert Personen aus ganz Deutschland erwartet.

Die zuständige Versammlungsbehörde verbot die Veranstaltung sowie jede Form von Ersatzveranstaltung sowohl unter freiem Himmel als auch in geschlossenen Räumen. Sie begründete das Verbot unter Verweis auf § 15 Abs. 1 VersG des Bundes i. V. m. § 130 Abs. 4 StGB damit, dass die Ehrung von Rudolf Heß als führendem Repräsentanten des NS-Regimes und Stellvertreter Adolf Hitlers an dessen Todestag an seiner Begräbnisstätte eine Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft darstelle. Daraus folge eine Verletzung der Würde der Opfer, die den öffentlichen Frieden störe.

Fachgerichtlicher Rechtsschutz blieb erfolglos. Die Gerichte führten aus, dass die grundgesetzliche Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG dem Versammlungsverbot nicht entgegenstehe. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 130 Abs. 4 StGB seien erfüllt. Aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums sei die Glorifizierung von Rudolf Heß als Billigung der nationalsozialistischen Herrschaft einschließlich der verübten Gräueltaten zu verstehen.

B erhebt frist- und formgerecht Verfassungsbeschwerde und trägt zur Begründung vor, dass sowohl § 130 Abs. 4 StGB als auch dessen Auslegung ihn in seinen Grundrechten aus Art. 8 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 GG verletzen würde. § 130 Abs. 4 StGB verstoße gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, sei kein allgemeines Gesetz i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG und sei nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, da nur positive Bewertungen der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft, nicht aber solche anderer Regime strafbewehrt seien. Des Weiteren seien unabhängig von der Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 130 Abs. 4 StGB die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 VersG nicht erfüllt, da eine friedliche und gewaltfreie Versammlung nicht gegen Strafgesetze verstoßen könne.

Hat die Verfassungsbeschwerde des B Erfolg?

§ 130 Abs. 4 StGB (Volksverhetzung): Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

Fall leicht abgewandelt nach BVerfGE 124, 300 ff. (Wunsiedel)

a) Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)

- 212 Der Verfassungstext umschreibt die Meinungsfreiheit als „das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten“. Zentral für die Bestimmung des Schutzzumfangs sind einerseits der Begriff der „Meinung“ und andererseits die Begriffe „äußern und verbreiten“.

aa) Schutzgegenstand: Meinung

- 213 Eine **Meinung** ist mit den Worten des BVerfG dadurch geprägt, dass sie ein „Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen der geistigen Auseinandersetzung“ enthält. „Auf den Wert, die Richtigkeit, die Vernünftigkeit der Äußerung kommt es nicht an“³. Geschützt sind auch Äußerungen, die auf eine Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung abzielen.⁴ Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt nicht nur sachlich-differenzierte Äußerungen, sondern Kritik darf pointiert, polemisch und überspitzt erfolgen.⁵ Kurz: Meinung ist **jede wertende Stellungnahme**.

BVerfGE 124, 300 (320 f.) (Wunsiedel): „Geschützt sind damit von Art. 5 Abs. 1 GG auch Meinungen, die auf eine grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und wie weit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind. Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus. Den hierin begründeten Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürgerschaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen gemäß Art. 7 GG zu.“

- 214 Abzugrenzen ist die Meinung von bloßen **Tatsachen**, denen jedes wertende Element fehlt und die daher nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen.⁶ Im Gegensatz zu Meinungen sind Tatsachen dem Beweis zugänglich. Es gibt also wahre und unwahre Tatsachenbehauptungen. So plausibel und eindeutig diese Unterscheidung auf den ersten Blick erscheint, so schwierig ist die Unterscheidung von Meinung und Tatsache im Einzelfall. Regelmäßig vermischen sich nämlich Tatsachen und Meinungen miteinander und bilden eine unteilbare Äußerung. So dienen Tatsachen regelmäßig dazu, die Richtigkeit bestimmter Meinungen zu belegen. Stellt man in solchen Fällen allein die Meinung, nicht aber die Tatsachenbehauptung unter den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, bleibt der Schutz fragmentarisch und erfüllt das Ziel, den gesamten meinungsgebundenen Kommunikationsprozess zu schützen, nicht. Schließlich liegt häufig bereits in der Auswahl bestimmter Tatsachen und deren Mitteilung eine Bewertung – die Meinung versteckt sich sozusagen hinter der Tatsache. Diese Probleme bei der Definition des Meinungsbegriffs hat

³ BVerfGE 65, 1 (41) (Volkszählung).

⁴ BVerfGE 124, 300 (320) (Wunsiedel).

⁵ BVerfGE 82, 272 (283 f.) (Postmortale Schmähkritik); 85, 1 (16) (Bayer-Aktionäre).

⁶ Gelegentlich umstritten, für die Einbeziehung von Tatsachenbehauptungen etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 5 I, II Rn. 64 f.

auch das BVerfG erkannt: Es nimmt daher an, dass auch eine Tatsachenbehauptung von der Meinungsfreiheit geschützt ist, wenn „sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist.“⁷ Vermischen sich also in einer einheitlichen Äußerung Meinungen und Tatsachen untrennbar, so erfasst die Meinungsfreiheit die gesamte Äußerung. Lediglich die reine Kundgabe von Tatsachen ohne jedes wertende Element, etwa im Rahmen einer statistischen Erhebung⁸, ist nicht von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.

BVerfGE 90, 241 (247 f.) (Auschwitzlüge): „Gegenstand des grundrechtlichen Schutzes aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sind Meinungen. Auf sie bezieht sich die Freiheit der Äußerung und Verbreitung. **Meinungen sind durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage geprägt. Für sie ist das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens kennzeichnend. Insofern lassen sie sich auch nicht als wahr oder unwahr erweisen. Sie genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird.** Der Schutz des Grundrechts erstreckt sich auch auf die Form der Aussage. Eine Meinungsäußerung verliert den grundrechtlichen Schutz nicht dadurch, dass sie scharf oder verletzend formuliert ist. In dieser Hinsicht kann die Frage nur sein, ob und inwieweit sich nach Maßgabe von Art. 5 Abs. 2 GG Grenzen der Meinungsfreiheit ergeben.

Tatsachenbehauptungen sind dagegen im strengen Sinn keine Meinungsäußerungen. Im Unterschied zu diesen steht bei ihnen die objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Realität im Vordergrund. Insofern sind sie auch einer Überprüfung auf ihren Wahrheitsgehalt zugänglich. Tatsachenbehauptungen fallen deswegen aber nicht von vornherein aus dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG heraus. Da sich Meinungen in der Regel auf tatsächliche Annahmen stützen oder zu tatsächlichen Verhältnissen Stellung beziehen, sind sie durch das Grundrecht jedenfalls insoweit geschützt, als sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind, welche Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit gewährleistet.

Infolgedessen endet der Schutz von Tatsachenbehauptungen erst dort, wo sie zu der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung nichts beitragen können. Unter diesem Gesichtspunkt ist unrichtige Information kein schützenswertes Gut. Das Bundesverfassungsgericht geht deswegen in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die bewusst oder erwiesenen unwarne Tatsachenbehauptung nicht vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst wird. Allerdings dürfen die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet und auch zulässige Äußerungen aus Furcht vor Sanktionen unterlassen werden.

Die Abgrenzung von Meinungsäußerungen und Tatsachenbehauptungen kann freilich schwierig sein, weil beide häufig miteinander verbunden werden und erst gemeinsam den Sinn einer Äußerung ausmachen. In diesem Fall ist eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile nur zulässig, wenn dadurch der Sinn der Äußerung nicht verfälscht wird. Wo das nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen und in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit einbezogen werden, weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte.“

Zudem nimmt das BVerfG eine Einschränkung des Schutzbereichs vor, indem es „**erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptung(en)** nicht vom Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG umfasst“ sieht.⁹ Diese könnten – so das BVerfG – zur ver-

⁷ BVerfGE 90, 1 (15) (Jugendgefährdende Schriften III); 90, 241 (247) (Auschwitzlüge).

⁸ BVerfGE 65, 1 (41) (Volkszählung).

⁹ BVerfGE 90, 241 (247) (Auschwitzlüge).

fassungsrechtlich geschützten Meinungsbildung nichts beitragen und seien daher nicht schutzwürdig. In der Literatur stößt diese Einschränkung teilweise auf Widerspruch, soweit erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen von vornherein aus dem Schutzbereich ausgeschlossen werden sollen: Die Meinungsfreiheit diene schließlich auch dem Schutz der Freiheit des Irrenden.¹⁰ Dem hat sich das BVerfG zwar zu Recht angeschlossen. Es legt aber die Hürde des „erwiesen Unwahren“ sehr hoch; die Unwahrheit muss im Zeitpunkt der Äußerung unzweifelhaft feststehen.¹¹ Dies gilt etwa für die Leugnung der Judenverfolgung im Dritten Reich. Tatsachenbehauptungen, deren Wahrheitsgehalt nicht festgestellt werden kann, unterfallen dem Schutz der Meinungsfreiheit.¹²

216 In den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen grundsätzlich auch Fragen. **Echte Fragen** nehmen als Teil des Kommunikationsprozesses stets am Schutz der Meinungsfreiheit teil, auch wenn sie selbst keine Meinung ausdrücken, sondern eine Meinungsäußerung eines Dritten erst herbeiführen wollen.¹³ Andernfalls wäre der von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG intendierte Schutz der freien öffentlichen und individuellen Meinungsbildung nicht effektiv. Fragen können aber auch eine Meinungsäußerung bzw. Tatsachenbehauptung beinhalten, die ihren Charakter als Frage in den Hintergrund treten lässt. In diesen Fällen ist von **rhetorischen Fragen** die Rede. Diese fallen dann in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, wenn ihnen ein wertendes Element innewohnt. Je höher der Anteil an konkreten Aussagen ist, umso näher liegt die Einstufung als rhetorische Frage. Aber auch bei sehr konkreten Fragesätzen hängt die Einordnung als echte oder rhetorische Frage davon ab, ob die Frage auf eine inhaltlich noch nicht feststehende Antwort zielt oder ob der Fragende den Zweck seiner Äußerung bereits mit der Stellung der Frage erreicht hat. Im Zweifel ist von einem weiten Fragebegriff auszugehen.¹⁴

217 Den Schutz der Meinungsfreiheit genießt auch die **kommerzielle Werbung**.¹⁵ Denn die Kundgabe einer Meinung bleibt auch dann eine Meinungsäußerung, wenn sie wirtschaftliche Vorteile bringen soll.¹⁶ Ihr Schutz ist aber ebenso wie der Schutz aller Äußerungen zur Verfolgung nur privater Interessen tendenziell schwächer als der Schutz von Beiträgen zu einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden politischen Auseinandersetzung.¹⁷ Hierin kommt die Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie zum Ausdruck.

¹⁰ *Sachs*, VerFR II, Kap. B 5 Rn. 7.

¹¹ BVerfGE 99, 185 (197) (Scientology).

¹² BVerfG, NJW 2016, 3360 (3361) (Abwägungsentscheidung bei nicht erweislicher Tatsachenbehauptung).

¹³ BVerfGE 85, 23 (32) (Pflegerotstand).

¹⁴ BVerfGE 85, 23 (33) (Pflegerotstand).

¹⁵ BVerfGE 95, 173 (182) (Warnhinweise für Tabakerzeugnisse); 102, 347 (359) (Schockwerbung I). Ausführlich dazu mit weiteren Nachweisen: *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 25.

¹⁶ BVerfGE 30, 336 (352) (Jugendgefährdende Schriften).

¹⁷ BVerfGE 54, 129 (137) (Kunstkritik); 82, 272 (281) (Schubart).

bb) Geschütztes Verhalten

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt nicht nur das Haben einer Meinung, sondern auch das Recht, die Meinung in „Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten“. Die Meinungsfreiheit ist also genauer gesagt eine **Meinungsäußerungsfreiheit**. Geschützt ist jede Form der Meinungskundgabe. Die angegebenen Modalitäten sind bloß beispielhaft aufgeführt. Geschützt sind nach der Verfassungsrechtsprechung beispielsweise das Tragen von Plaketten¹⁸ und das Sammeln von Unterschriften¹⁹. Selbst die kommentarlose Verbreitung von Fotografien kann eine geschützte Form der Meinungsäußerung darstellen.²⁰

Die Meinungsfreiheit erfasst sämtliche **Modalitäten des Kommunikationsprozesses** von der Kundgabe der Meinung bis zur Ankunft beim Empfänger.²¹ Neben dem Inhalt erfasst der Schutz auch die Form und die Art und Weise einer Äußerung. Geschützt sind ferner die Wahl des Ortes und des Zeitpunkts einer Äußerung.²² Denn das Grundrecht zielt darauf ab, die geistige Wirkung einer Meinungsäußerung zu ermöglichen.²³ Der sich Äußernde darf diejenigen Umstände wählen, von denen er sich die größte Verbreitung oder die stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe verspricht.²⁴ Nicht geschützt sind allerdings **Äußerungsformen**, die über den „geistigen Kampf der Meinungen“²⁵ hinausgehen und sich wirtschaftlichen Druckes oder Gewalt bedienen. Die Trennlinie hat das BVerfG in den beiden zentralen Entscheidungen „Lüth“²⁶ und „Blinkfuer“²⁷ herausgearbeitet:

- Im Fall „**Lüth**“ hatte ein Hamburger Senatsdirektor mit gleichem Namen öffentlich zum Boykott des Films „Unsterbliche Geliebte“ des Regisseurs Veit Harlan aufgerufen. Harlan war an der Produktion des jüdenfeindlichen NS-Films „Jud Süß“ beteiligt gewesen. Diesen öffentlichen Boykottaufruf, der von umfangreichen Hinweisen zur Rolle Harlans im Nationalsozialismus begleitet war, hielt das BVerfG als Teil des Meinungskampfes für zulässig.
- Anders entschied das Gericht hingegen im Fall „**Blinkfuer**“ im Jahr 1969. Stein des Anstoßes war in diesem Fall die im Raum Hamburg verbreitete gleichnamige Wochenzeitung, in der neben den westdeutschen Fernsehprogrammen auch die Programme der DDR abgedruckt waren. Deshalb forderte der damals einen guten Teil des Hamburger Zeitungsmarktes beherrschende Axel-Springer-Verlag sämtliche Zeitungshändler auf, den Vertrieb von Blinkfuer sofort einzustellen. Es erscheine unbegreiflich, dass sich ein Verlag zum „Abdruck der Ostzonenprogramme für die Verbreitung der Lügen aus Pankow“ hergebe. Folge ein Händler

¹⁸ BVerfGE 71, 108 (113) (Anti-Atomkraftplakette).

¹⁹ BVerfGE 44, 197 (201 f.) (Solidaritätsadresse).

²⁰ BVerfGE 102, 347 (359 f.) (Schockwerbung I).

²¹ BVerfGE 27, 71 (81) (Leipziger Volkszeitung).

²² BVerfGE 93, 266 (289) („Soldaten sind Mörder“).

²³ BVerfGE 7, 198 (210) (Lüth).

²⁴ BVerfGE 93, 266 (289) („Soldaten sind Mörder“); 97, 391 (398) (Missbrauchsbezeichnung).

²⁵ BVerfGE 25, 256 (265) (Blinkfuer).

²⁶ BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth). Vgl. zur Bedeutung dieser Entscheidung *Schulze-Fielitz*, Jura 2008, 52 ff.

²⁷ BVerfGE 25, 256 ff. (Blinkfuer).

218

219

220

221

diesem Boykottaufruf nicht, so werde man prüfen, ob man zu solchen Händlern die Geschäftsbeziehungen fortsetzen könne. Im Gegensatz zum Lüth-Urteil hielt das BVerfG diesen Boykottaufruf für unzulässig. Es gehe nicht um den freien Meinungskampf, sondern hier werde den betroffenen Zeitungshändlern die Möglichkeit genommen, in voller innerer Freiheit zu entscheiden. Damit sei der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit überschritten.

BVerfGE 25, 256 (265) (Blinkfuer): „Jedoch müssen die Mittel, deren sich der Verrufer zur Durchsetzung der Boykottaufforderung bedient, verfassungsrechtlich zu billigen sein. Ein Boykottaufruf wird durch das Grundrecht der freien Meinungsäußerung dann nicht geschützt, wenn er nicht nur auf geistige Argumente gestützt wird, sich also auf die Überzeugungskraft von Darlegungen, Erklärungen und Erwägungen beschränkt, sondern darüber hinaus sich solcher Mittel bedient, die den Angesprochenen die Möglichkeit nehmen, ihre Entscheidung in voller innerer Freiheit und ohne wirtschaftlichen Druck zu treffen. Dazu gehören insbesondere Androhung oder Ankündigung schwerer Nachteile und Ausnutzung sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit, wenn dies dem Boykottaufruf besonderen Nachdruck verleihen soll. Die Freiheit der geistigen Auseinandersetzung ist eine unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren der freiheitlichen Demokratie, weil nur sie die öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeinem Interesse und staatspolitischer Bedeutung gewährleistet. **Die Ausübung wirtschaftlichen Druckes, der für den Betroffenen schwere Nachteile bewirkt und das Ziel verfolgt, die verfassungsrechtlich gewährleistete Verbreitung von Meinungen und Nachrichten zu verhindern, verletzt die Gleichheit der Chancen beim Prozess der Meinungsbildung. Sie widerspricht auch dem Sinn und dem Wesen des Grundrechts der freien Meinungsäußerung, das den geistigen Kampf der Meinungen gewährleisten soll.**“

222 Geschützt ist nach Ansicht des BVerfG auch die sog. **negative Meinungsfreiheit**.²⁸ Diese gewährleistet das Recht, bestimmte Meinungen nicht zu äußern und zu verbreiten. Es geht mithin darum, nicht zur Kundgabe eigener Meinungen gezwungen zu werden. Die Verpflichtung, eine erkennbar fremde Meinung²⁹ oder Tatsachen, etwa statistische Angaben³⁰, kundzugeben, lässt die Meinungsfreiheit aber unberührt. Diskutiert wurde eine Verletzung im Hinblick auf den auf Zigaretenverpackungen anzubringenden Warnhinweis vor Gesundheitsschäden.³¹ Da hier jedoch darauf hingewiesen wird, dass die Warnung von den EG-Gesundheitsministern ausgeht und somit nicht eine eigene, sondern eine fremde Meinung wiedergegeben wird, hielt das BVerfG bereits den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG für nicht berührt.³²

b) Schutzbereich der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG)

223 Die Informationsfreiheit schützt das Recht, „sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten“. Diese erstmalig im Grundgesetz zu findende Frei-

²⁸ BVerfGE 65, 1 (40) (Volkszählung); 95, 173 (182) (Warnhinweise für Tabakerzeugnisse).

²⁹ BVerfGE 95, 173 (182) (Warnhinweise für Tabakerzeugnisse).

³⁰ BVerfGE 65, 1 (40 f.) (Volkszählung).

³¹ Vgl. *Hardach/Ludwigs*, DÖV 2007, S. 288 ff.

³² BVerfGE 95, 173 (182) (Warnhinweise für Tabakerzeugnisse); kritisch *Di Fabio*, NJW 1997, 2863 f.

heitsgewährleistung stellt eine Reaktion u. a. auf das Verbot des Hörens sog. Feindsender während des zweiten Weltkriegs dar.

Gegenstand der Information und damit maßgeblich für den Schutzzumfang ist der Begriff der „**allgemein zugänglichen Quellen**“. Quelle ist zunächst jeder denkbare Träger von Information. Problematisch ist allerdings, wann eine Quelle „allgemein zugänglich“ ist. Hier bieten sich im Wesentlichen zwei Auslegungsmöglichkeiten an: Man kann darauf abstellen, ob eine Quelle faktisch allgemein zugänglich ist, also zur allgemeinen Unterrichtung geeignet erscheint. Die Folge dieser Auslegung wäre, dass aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ein Anspruch auf Zugänglichmachung derartiger geeigneter Quellen gegenüber dem Staat erwachsen würde. Genau dies widerspricht aber sowohl der systematischen als auch der genetischen Auslegung der Vorschrift: Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wäre dann in weitem Umfang ein Leistungsrecht, was dem klar abwehrrechtlichen Charakter der textlich eng verbundenen Meinungsäußerungsfreiheit entgegensteht. Zudem ist Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wie erläutert eine Reaktion auf die Feindsenderregeln des Nationalsozialismus. Es ging darum, dem Staat zu verbieten, vom Urheber für die Allgemeinheit bestimmte Informationen von seinen Bürgern fern zu halten. Dieser beschränkten Zielsetzung hat auch das BVerfG Rechnung getragen: „Allgemein zugänglich ist eine Informationsquelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen“.³³ Erforderlich ist die **Zweckbestimmung durch den Urheber** als „allgemein zugänglich“. Wo diese fehlt, wie etwa bei Gerichtsverhandlungen³⁴, beim Polizeifunk oder beim Grundbuch³⁵, ist der Schutzbereich von vornherein nicht eröffnet.³⁶ Die Ausübung des Bestimmungsrechts ist für Dritte kein Eingriff im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG. „Erst nach der Herstellung der allgemeinen Zugänglichkeit und nur in ihrem Umfang kann der grundrechtliche Schutzbereich (...) betroffen sein.“³⁷ Nach ihrer Bestimmung durch den Urheber stets allgemein zugänglich sind etwa Radio- und Fernsehübertragungen, Zeitungen des In- und Auslandes³⁸, das Internet, öffentlich gehaltene Reden, Anschläge an öffentlichen Informationstafeln oder Litfaßsäulen, Flugblätter, Bücher und Filme. Seinem begrenzten Schutzzumfang ent-

³³ BVerfGE 103, 44 (60) (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II).

³⁴ Vgl. § 169 S. 2 GVG, Verbot von Ton- und Bildaufnahmen während der Gerichtsverhandlung. Vgl. BVerfGE 103, 44 ff. (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II); anders aber für die Zeit vor und nach der Verhandlung, vgl. BVerfGE 119, 309 (318 ff.) (Gerichtsfernsehen).

³⁵ Vgl. § 12 Abs. 1 S. 1 GBO: „Die Einsicht des Grundbuchs ist jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt.“ Ob diese einfachgesetzliche Einschränkung der Einsichtnahmemöglichkeit das Grundbuch als nicht allgemein zugängliche Informationsquelle qualifiziert, ist umstritten. Vgl. BVerfG, NJW 2001, 503 ff. (Grundbuch).

³⁶ Ausführlich dazu Wirtz/Brink, NVwZ 2015, 1166 (1169 f.).

³⁷ BVerfGE 103, 44 (60) (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II).

³⁸ Anschauliches Beispiel in BVerfGE 27, 71 ff. (Leipziger Volkszeitung): Dort hatte sich der Beschwerdeführer Anfang der 60er Jahre die Leipziger Volkszeitung aus der DDR zuschicken lassen; diese war jedoch im Rahmen der westdeutschen Postkontrolle auf Grund ihres angeblich strafbaren Inhaltes von den Zollbehörden eingezogen worden. Das BVerfG nahm hier eine Verletzung der Informationsfreiheit an.

sprechend ist Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung bislang eher selten in Erscheinung getreten.

225 Als Handlungsform schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG „**sich zu unterrichten**“. Damit ist jede Form der Kenntnisnahme einschließlich der Anwendung der erforderlichen Hilfsmittel gemeint. Geschützt ist daher beispielsweise die Beschaffung und Nutzung einer Satellitenschüssel zum Fernsehempfang.³⁹ Eine verbreitete Auffassung in der Literatur geht zudem davon aus, dass die Informationsfreiheit auch den Prozess der **Informationsverarbeitung**, also die Speicherung oder das Fertigen einer schriftlichen Notiz, erfasst.⁴⁰ Diese Auffassung ist mit Wortlaut und Systematik der Kommunikationsfreiheiten nicht zu vereinbaren. Die Informationsverarbeitung durch Presse und Rundfunk unterfällt den entsprechenden Grundrechten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG⁴¹; ansonsten ist die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig. Die **Abgrenzung zur Meinungsfreiheit** erfolgt nach dem geschützten Personenkreis. Die Informationsfreiheit schützt ausschließlich den Empfänger, während die Meinungsfreiheit den sich Äußernden erfasst.⁴²

c) Schutzbereich der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)

226

Fall 7: Presseinsicht ins Grundbuch

Der H-Verlag gibt das Wirtschaftsmagazin „Wirtschaftswoche“ heraus. Er beantragte ohne weitere Darlegungen beim Grundbuchamt, einer Redakteurin Einsicht in bestimmte Grundbuchblätter zu gewähren. Das Amtsgericht wies den Verlag darauf hin, dass Voraussetzung für die Gewährung der Einsicht an einen Vertreter der Presse die Anhörung des in den betreffenden Grundbüchern eingetragenen Eigentümers und die Abwägung der von der Presse wahrgenommenen öffentlichen Interessen mit dem Individualinteresse des Eigentümers sei. Um eine derartige Interessenabwägung vornehmen zu können, wurde die Redakteurin gebeten, die Gründe für die beantragte Grundbucheinsicht mitzuteilen. Dies lehnte sie ab: Zum „berechtigten Interesse“ im Sinne des § 12 der Grundbuchordnung (GBO) sei auf den durch Art. 5 GG legitimierten öffentlichen Auftrag der Presse zu verweisen. Die Darlegung eines besonderen berechtigten Interesses führe dazu, dass jegliche Recherchearbeit, die maßgeblich auch auf die Vertraulichkeit im Recherchestadium angewiesen sei, unmöglich gemacht werde. Einem – im Gesetz nicht vorgesehenen und allein auf Richterrecht beruhenden – Anhörungsrecht des Eigentümers vor einer Entscheidung über das Einsichtsbegehren stünden die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen entgegen. Bei Vorabunterrichtung des Grundstückseigentümers erübrige sich die Recherche, weil dieser dadurch über die Recherchen informiert werde. Der zuständige

³⁹ BVerfGE 90, 27 (32 f.) (Parabolantenne I).

⁴⁰ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 5 I, II Rn. 83.

⁴¹ BVerfGE 103, 44 (59) (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II).

⁴² BVerfGE 27, 71 (81) (Leipziger Volkszeitung); 90, 27 (32) (Parabolantenne I).

Urkundsbeamte wies den Antrag auf Einsicht daraufhin zurück. Verletzt die ablehnende Entscheidung den H-Verlag in seinen Grundrechten?

§ 12 Abs. 1 GBO: Die Einsicht des Grundbuchs ist jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. (...)

Fall nach BVerfG, NJW 2001, 503 ff.

„Die Pressefreiheit“ wird „gewährleistet“. Kurz und bündig bekennt sich das Grundgesetz in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu diesem für die Demokratie zentralen Grundrecht. Das BVerfG leitet aus diesen wenigen Worten einen umfassenden Schutz für das Pressewesen und die dort Beschäftigten ab, der von der **Funktion der Presse** in der Demokratie mitbestimmt wird.

227

BVerfGE 20, 162 (174 f.) (Spiegel): „Eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenen Presse ist ein Wesenselement des freiheitlichen Staates; insbesondere ist eine freie, regelmäßig erscheinende politische Presse für die moderne Demokratie unentbehrlich. Soll der Bürger politische Entscheidungen treffen, muss er umfassend informiert sein, aber auch die Meinungen kennen und gegeneinander abwägen können, die andere sich gebildet haben. Die Presse hält diese ständige Diskussion in Gang; sie beschafft die Informationen, nimmt selbst dazu Stellung und wirkt damit als orientierende Kraft in der öffentlichen Auseinandersetzung. In ihr artikuliert sich die öffentliche Meinung; die Argumente klären sich in Rede und Gegenrede, gewinnen deutliche Konturen und erleichtern so dem Bürger Urteil und Entscheidung. In der repräsentativen Demokratie steht die Presse zugleich als ständiges Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seinen gewählten Vertretern in Parlament und Regierung. Sie fasst die in der Gesellschaft und ihren Gruppen unaufhörlich sich neu bildenden Meinungen und Forderungen kritisch zusammen, stellt sie zur Erörterung und trägt sie an die politisch handelnden Staatsorgane heran, die auf diese Weise ihre Entscheidungen auch in Einzelfragen der Tagespolitik ständig am Maßstab der im Volk tatsächlich vertretenen Auffassungen messen können.“

Sachlich bestimmt wird der Schutzbereich durch den **Begriff der Presse**. Im allgemeinen Sprachgebrauch erfasst der Begriff alle periodisch erscheinenden Druckschriften, zumeist Zeitungen und Zeitschriften. Der verfassungsrechtliche Pressebegriff geht jedoch über dieses relativ enge Verständnis von Presse deutlich hinaus und erfasst jegliche zur Verbreitung geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse.⁴³ Maßgeblich ist weder der Inhalt noch die Form des Druckerzeugnisses. Es kommt vielmehr darauf an, dass sich das Erzeugnis an einen allgemeinen, nicht individuell bestimmten Adressatenkreis richtet. Der Grund für diesen weiten Pressebegriff liegt in teleologischen und historischen Erwägungen: Vom Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG her ergibt es wenig Sinn, etwa Bücher aus dem Schutzbereich der Pressefreiheit auszunehmen, obwohl diese gegen staatliche Eingriffe keineswegs weniger anfällig als etwa Zeitungen sind. Auch historisch liegt der Pressefreiheit

228

⁴³ BVerfGE 95, 28 (35) (Werkszeitungen).

ein umfassender Pressebegriff zu Grunde: Bereits § 143 der Paulskirchenverfassung bezog die Pressefreiheit auf alle Druckerzeugnisse, vor allem auf Bücher. Dass das Grundgesetz dahinter zurückbleiben will, ist angesichts des Ziels einer umfassenden Schutzgewähr nicht anzunehmen.

229 Fraglich ist, inwieweit sog. „**neue Medien**“ wie etwa CDs, DVDs und vergleichbare Ton- und Datenträger von der Pressefreiheit geschützt werden. Eine Entscheidung des BVerfG zu dieser Frage fehlt bislang. Verlangt man dem traditionellen Begriff entsprechend ein „Druckerzeugnis“, so fallen sämtliche elektronische Medien aus dem Schutzbereich heraus. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG legt ein solches Verständnis aber nicht nahe. Im Gegenteil dürfte es überzeugender sein, im Sinne eines entwicklungsoffenen Pressebegriffs neben dem Druck auch jede andere Verkörperung genügen zu lassen.⁴⁴ Soweit folglich ein Trägermedium vorliegt, ist der Schutzbereich der Pressefreiheit eröffnet. Publikationen im **Internet** fallen nach dieser Abgrenzung nicht in den Schutzbereich der Pressefreiheit, sondern in den der Rundfunkfreiheit.⁴⁵

230 Hinsichtlich der möglichen **Betätigungen der Pressefreiheit** wählt das BVerfG ebenfalls einen weiten Ansatz: Geschützt sind sämtliche Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Erzeugung und Verbreitung von Presseprodukten, und zwar von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung von Nachrichten und Meinungen.⁴⁶ Damit sind alle Betätigungen im Pressewesen von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfasst, die für das Funktionieren einer freien Presse erforderlich sind.⁴⁷ Der Schutzbereich beschränkt sich daher nicht auf die unmittelbar inhaltsbezogenen Presstätigkeiten, sondern erfasst auch inhaltsferne Hilfsfunktionen von Presseunternehmen wie die Buchhaltung und die Anzeigenaufnahme.⁴⁸ Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG schützt ferner das Redaktionsgeheimnis gegen Durchsuchungen⁴⁹ ebenso wie das Zeugnisverweigerungsrecht für Journalisten⁵⁰. Die Pressefreiheit kann schließlich auch als Leistungsrecht gegen den Staat wirken und einen Anspruch auf Zugänglichmachung von Informationen gewährleisten.⁵¹

231 Umstritten ist schließlich, ob die Pressefreiheit neben der Erzeugung von Presseerzeugnissen auch deren **Inhalt** schützt. Das BVerfG verneint diese Frage in mittlerweile ständiger Rechtsprechung und sieht den Schutz des Meinungsinhalts allein durch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet.⁵² Die Pressefreiheit schütze lediglich die Funktion der freien Presse, also die im Pres-

⁴⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 5 I, II Rn. 90; *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 5 Rn. 22; *Clemens*, in: Umbach/Clemens, Art. 5 Rn. 69b.

⁴⁵ BGHZ 183, 353 (353 ff.); anders OLG München, GRUR-RR 2005, 372 (373 f.); differenzierend *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 5 I, II Rn. 91. Vgl. Rn. 232.

⁴⁶ BVerfGE 20, 162 (176) (Spiegel); 77, 346 (354) (Presse-Grosso); 91, 125 (134) (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal I).

⁴⁷ BVerfGE 77, 346 (354) (Presse-Grosso).

⁴⁸ BVerfGE 25, 296 (304) (Geib/Stern); 64, 108 (114 f.) (Chiffreanzeigen).

⁴⁹ BVerfGE 20, 162 ff. (Spiegel); 117, 244 (258) (CICERO).

⁵⁰ BVerfGE 64, 108 (114 f.) (Chiffreanzeigen).

⁵¹ BVerfG, NJW 2001, 503 (504).

⁵² BVerfGE 85, 1 (11 f.) (Bayer-Aktionäre); 97, 391 (400) (Missbrauchsbeziehung); a. A. *J. Ipsen*, Rn. 442 ff.

sewesenen tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion, das Presseerzeugnis selbst, die institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen sowie die Institution einer freien Presse.⁵³ Der Meinungsinhalt der Presseerzeugnisse werde hingegen wie jede andere Meinung auch von der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt. Hinter diesem Konflikt steht die Frage des **systematischen Verhältnisses der Meinungsfreiheit zur Presse-, aber auch zur Rundfunk- und Filmfreiheit**. Aus der Stellung der Pressefreiheit im zweiten Satz des Art. 5 Abs. 1 GG lässt sich durchaus ableiten, dass die Pressefreiheit als *lex specialis* zur Meinungsfreiheit die Presse umfassend, also auch auf den Inhalt bezogen, schützt.⁵⁴ Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wäre damit von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vollständig verdrängt. Das BVerfG sieht die Pressefreiheit hingegen als zusätzliche, neben Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG stehende Schutzgewähr, die lediglich pressenspezifische Verhaltensweisen einem ergänzenden Schutz unterstellt. Für den Inhalt bleibt es damit beim jedermann zustehenden Schutz aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Allerdings umfasst die Pressefreiheit nach Auffassung des BVerfG Meinungsäußerungen Dritter, die den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG genießen; der Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist in den Schutz der Pressefreiheit „eingebettet“.⁵⁵ Im Ergebnis kommen beide Ansichten angesichts der identischen Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG zu einem gleichwertigen Schutz, sodass der Frage lediglich dogmatische Bedeutung zukommt.

BVerfGE 85, 1 (11 f.) (Bayer-Aktionäre): „Zwar handelt es sich bei dem Aufruf, der die umstrittene Äußerung enthält, um ein Druckerzeugnis, das zur Verbreitung geeignet und bestimmt ist und damit nach herrschender Auffassung die Voraussetzung des Pressebegriffs im Sinn von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfüllt. Daraus folgt jedoch nicht ohne weiteres, dass dieses Grundrecht auch die einzelne Meinungsäußerung schützt, sobald sie in einem Druckerzeugnis enthalten ist. **Die Pressefreiheit ist weder ein Spezialgrundrecht für drucktechnisch verbreitete Meinungen noch eine auf die Presse gemünzte verstärkende Wiederholung der Meinungsfreiheit.** Wäre es nur darum gegangen sicherzustellen, dass auch die gedruckte Meinung grundrechtlich geschützt ist, so hätte es einer eigenen Garantie der Pressefreiheit nicht bedurft. Vielmehr wäre die Beibehaltung des Mediums ‚Druck‘, das bereits in Art. 143 Abs. 1 S. 1 der Paulskirchen-Verfassung und Art. 118 Abs. 1 der Weimarer Verfassung neben Wort, Schrift und Bild stand, ausreichend gewesen. Auch aus den Debatten im Parlamentarischen Rat ergibt sich, dass der Verzicht auf das Wort ‚Druck‘ im Rahmen der Meinungsfreiheit und die Schaffung einer eigenen Garantie der Pressefreiheit nicht den Sinn haben sollte, gedruckte Äußerungen aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszuschließen und stattdessen dem Schutzbereich der Pressefreiheit zuzuweisen. Das Wort ‚Druck‘ wurde vielmehr nur deswegen aus dem Entwurf gestrichen, weil es nach Auffassung des Parlamentarischen Rats bereits im Tatbestandsmerkmal ‚Schrift‘ enthalten war (vgl. JöR N. F. 1, S. 80 ff.).

Während die in einem Presseerzeugnis enthaltene Meinungsäußerung bereits durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist, geht es bei der besonderen Garantie der Pressefreiheit um die einzelne Meinungsäußerungen übersteigende Bedeutung der Presse für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung, die Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisten will. Daher bezieht sich der Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vor allem auf die Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit die Presse ihre Aufgabe im Kom-

⁵³ BVerfGE 85, 1 (13) (Bayer-Aktionäre).

⁵⁴ So *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 47.

⁵⁵ BVerfGE 102, 347 (359) (Schockwerbung I).

munikationsprozess erfüllen kann. Das ist gemeint, wenn das Bundesverfassungsgericht von einem weiten Pressebegriff gesprochen und festgestellt hat, das Grundrecht schütze die institutionelle Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung. Wenn es bei dieser Gelegenheit heißt, die institutionelle Sicherung der Presse schließe das subjektive öffentliche Recht der im Pressewesen tätigen Personen ein, ihre Meinung in der ihnen geeignet erscheinenden Form ebenso frei und ungehindert zu äußern wie jeder andere Bürger, so waren damit nicht einzelne Äußerungen in der Presse gemeint. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage dieser Formulierung die Verfassungsmäßigkeit eines Landesgesetzes geprüft, das der Regierung das Recht einräumte, Redakteuren unter bestimmten Voraussetzungen die Berufsausübung zu untersagen.

Der Schutzbereich der Pressefreiheit ist daher berührt, wenn es um **die im Pressewesen tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion, um ein Presseerzeugnis selbst, um seine institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen sowie um die Institution einer freien Presse überhaupt geht.** Handelt es sich dagegen um die Frage, ob eine bestimmte Äußerung erlaubt war oder nicht, insbesondere ob ein Dritter eine für ihn nachteilige Äußerung hinzunehmen hat, ist ungeachtet des Verbreitungsmediums Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG einschlägig. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht auch bisher schon die Zulässigkeit von Meinungsäußerungen in Büchern oder Flugblättern, also Publikationen, die nach allgemeiner Auffassung dem Pressebegriff unterfallen, am Grundrecht der Meinungsfreiheit gemessen.“

d) Schutzbereich der Rundfunk- und Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)

232 Mit der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit öffnet sich das Grundgesetz gegenüber der bei seinem Inkrafttreten neuartigen Technologie der Übermittlung von Inhalten durch elektromagnetische Wellen. **Rundfunk** ist demnach jede Verbreitung von Inhalten aller Art für einen unbestimmten Personenkreis in drahtgebundener oder drahtloser Form. Von dem entwicklungs offenen Begriff „Rundfunk“ werden sowohl der Hörfunk als auch das Fernsehen erfasst.⁵⁶ Trotz der relativ engen Fassung des Wortlauts („Berichterstattung“) hat das BVerfG frühzeitig klargestellt, dass von der Rundfunkfreiheit nicht nur rein berichtende Sendungen umfasst sind: „Information und Meinung können ebenso wohl durch ein Fernsehspiel oder eine Musiksendung vermittelt werden wie durch Nachrichten oder politische Kommentare.“⁵⁷

233 Als Komplementärgrundrecht zur Pressefreiheit schützt die Rundfunkfreiheit alle elektromagnetisch oder elektrisch übertragenen, nicht verkörperten Inhalte. Die **Abgrenzung von Presse- und Rundfunkfreiheit** erfolgt mithin danach, ob eine **Verkörperung der Information** vorliegt.⁵⁸ Damit unterfallen **neue Medien** wie das **Internet** der Rundfunkfreiheit.⁵⁹ E-Mails fallen hingegen als Mittel der individuellen Kommunikation nicht in den Schutzbereich. Insofern sind Art. 2

⁵⁶ BVerfGE 12, 205 (226) (1. Rundfunkentscheidung); 74, 297 (350) (5. Rundfunkentscheidung); 83, 238 (302) (6. Rundfunkentscheidung).

⁵⁷ BVerfGE 35, 202 (222) (Lebach).

⁵⁸ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 5 I, II Rn. 91.

⁵⁹ Eingehend zur Frage, ob das Internet Rundfunk i. S. v. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist, *Peine*, in: FS Folz, 2003, S. 257 ff.

Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht)⁶⁰ und Art. 10 Abs. 1 GG (Fernmeldegeheimnis)⁶¹ einschlägig.

Wenig Bedeutung hat bislang die Filmfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewonnen. Ihre Aufnahme in das Grundgesetz verdankt die Filmfreiheit der „Wochenschau“, die früher – vor dem Fernsehzeitalter – eine wesentliche Quelle aktueller politischer Information darstellte. **Film** ist jede Übermittlung von Gedankeninhalten durch Bilderreihen, die zur Projektierung bestimmt sind.⁶² Auf die Aufzeichnungsart kommt es nicht an, sodass grundsätzlich auch Videofilme und DVDs der Filmfreiheit unterfallen. Entsprechend der ursprünglichen Schutzrichtung der Filmfreiheit erfolgt die Abgrenzung zur Rundfunkfreiheit dadurch, dass Filme am Ort des Abspielens des Bildträgers vorgeführt werden; die Filmwiedergabe im Fernsehen unterfällt folglich der Rundfunkfreiheit.⁶³ Fraglich ist, ob für den privaten Gebrauch angebotene Videos und DVDs, die nicht zur allgemeinen Vorführung bestimmt sind, von der Filmfreiheit geschützt sind oder ob aufgrund der Verkörperung die Pressefreiheit einschlägig ist.⁶⁴

Hinsichtlich der **Betätigungsformen** entspricht die Rundfunkfreiheit der Pressefreiheit. Die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) schützt die Beschaffung der Informationen und die Erstellung der Programminhalte bis hin zu ihrer Verbreitung unter Nutzung rundfunkspezifischer Mittel der Informationsaufnahme, insbesondere von Ton- und Bewegtbildaufnahmen.⁶⁵ Auch vom Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG umfasst sind die Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten, ohne welche der Rundfunk seine Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen kann; geschützt sind folglich auch die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zu den Informanten sowie die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit.⁶⁶ Der Zugang zu einer für die Medien wie den Bürger allgemein zugänglichen Informationsquelle unterfällt hingegen allein dem Schutz der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.

Besonderheiten sind allerdings bei der Rundfunkfreiheit insofern zu berücksichtigen, als die Anzahl der **Frequenzen** (bislang) begrenzt und der Rundfunk im deutschen dualen System teils öffentlich-rechtlich, teils privat-rechtlich organisiert ist. Diesen Dualismus hält das BVerfG für zulässig. Zudem betrachtet das BVerfG Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als sog. **normgeprägtes Grundrecht**, dessen Gehalt der Gesetzgeber ausgestalten muss.⁶⁷ So verlangt das BVerfG, dass die (Landes-)Gesetzgeber Regelungen schaffen, die einen Meinungspluralismus auch im privaten Rundfunk sicherstellen.⁶⁸

⁶⁰ Vgl. Rn. 623 ff.

⁶¹ Vgl. Rn. 688 ff.

⁶² Schemmer, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 5 Rn. 90.

⁶³ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 5 I, II Rn. 111.

⁶⁴ Vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 5 I, II Rn. 112.

⁶⁵ BVerfGE 103, 44 (59) (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II); 119, 309 (318 f.) (Gerichtsfernsehen).

⁶⁶ BVerfG, NJW 2011, 1859 (1860) (Durchsuchung Radioredaktion).

⁶⁷ BVerfGE 57, 295 (319) (3. Rundfunkentscheidung [FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz]). Vgl. zum Begriff des normgeprägten Grundrechts Rn. 433 ff.

⁶⁸ BVerfGE 83, 238 (297 f.) (6. Rundfunkentscheidung); 97, 228 (257 f.) (Kurzberichterstattung).

234

235

236

III. Eingriffe

- 237** Eingriffe in die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG sind in vielfältiger Hinsicht denkbar: In Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG wird durch jedes Verbot und jede Behinderung einer Meinungsäußerung eingegriffen. Die Presse- und Rundfunkfreiheit wird durch jede Beeinträchtigung der Arbeit von Presse und Rundfunk verkürzt. Insofern genügen auch mittelbare Einwirkungen auf die Presse wie etwa die Aufnahme eines Presseorgans in den Bericht des Verfassungsschutzes.⁶⁹ Eingriffe in die Informationsfreiheit liegen in jeder Behinderung des Zugangs zu allgemein zugänglichen Informationen.
- 238** Die **Rundfunkfreiheit** enthält nach der Rechtsprechung des BVerfG den Auftrag, sicherzustellen, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet. Die **Ausgestaltung** dieser Ordnung ist Aufgabe des Gesetzgebers, der dabei einen weiten Gestaltungsspielraum vorfindet.⁷⁰ Er muss allerdings den **Grundsatz der Staatsfreiheit** des Rundfunks beachten.

IV. Rechtfertigung von Eingriffen

1. Die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG

- 239** Die Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG sind nicht schrankenlos gewährleistet, sondern „finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre“. Art. 5 Abs. 2 GG knüpft damit Beschränkungen an bestimmte materielle Voraussetzungen, namentlich besondere Zielsetzungen. Es handelt sich bei Art. 5 Abs. 2 GG um einen **qualifizierten Gesetzesvorbehalt**, also einen Gesetzesvorbehalt, der Eingriffe des Gesetzgebers an besondere Qualifikationen bindet.⁷¹ Einen weiteren qualifizierten Gesetzesvorbehalt enthält Art. 17a Abs. 1 GG.

a) „Allgemeine Gesetze“

- 240** Zentralbegriff der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG ist der Begriff der „allgemeinen Gesetze“. Der Begriff stammt aus der Weimarer Zeit; bereits in Art. 118 Abs. 1 WRV fand die Meinungsfreiheit hier ihre Schranke. Für das Ausmaß der möglichen Einschränkungen ist die Auslegung des Wortes „**allgemein**“ entscheidend. Orientiert man sich streng am Wortlaut, könnte man all jene Gesetze für „allgemein“ halten, die für alle gleichermaßen gelten und nicht bloß einen Einzelfall regeln (abstrakt-generelle Regelungen). Dieser Auslegung steht allerdings ein zwingendes systematisches Argument entgegen: Das Verbot des Einzelfallgesetzes

⁶⁹ BVerfGE 113, 63 (73 f.) (Junge Freiheit).

⁷⁰ Vgl. zuletzt BVerfGE 119, 181 (214) (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag); 121, 30 (50) (Parteienrundfunk); 136, 9 (28) (ZDF-Staatsvertrag).

⁷¹ Anders der einfache Gesetzesvorbehalt z. B. des Art. 8 Abs. 2 GG, vgl. Rn. 43, 46.

enthält bereits Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, sodass Art. 5 Abs. 2 GG bei dieser Auslegung faktisch kein qualifizierter, sondern ein einfacher Gesetzesvorbehalt wäre. Dem Wort „allgemein“ käme keine begrenzende Funktion mehr zu.

Das BVerfG hat deshalb auf Grund teleologischer und vor allem historischer Erwägungen schon 1958 eine andere, inhaltsbezogene Auslegung gewählt.⁷² Es knüpft dabei an die zu Art. 118 Abs. 1 WRV vertretenen Auffassungen⁷³ an: die Abwägungslehre und die Sonderrechtslehre. Nach der **Abwägungslehre** sind all diejenigen Gesetze „allgemein“ i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG, die einem höheren „Allgemeininteresse“ dienen und deshalb auf Grund des von ihnen geschützten höherwertigen Rechtsgutes den Vorrang vor den Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG verdienen. Kern der Abwägungslehre ist folglich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Daraus leitet sich auch die Kritik der Abwägungslehre ab: Anders als zur Weimarer Zeit stellt die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit heute ein konstitutives Element jeder Grundrechtsprüfung dar, sodass das Wort „allgemein“ wiederum keine eigenständige begrenzende Funktion aufwies.

Dieser Kritik begegnet die **Sonderrechtslehre**, die nach dem Ziel des einschränkenden Gesetzes fragt und insofern eine „allgemeine“ Zielsetzung erfordert. Hintergrund ist, dass die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG nicht von der Beachtung der allgemeinen Rechtsordnung freistellen, sondern lediglich Sonderrecht gegen die Kommunikationsfreiheiten verhindern sollen. Die Sonderrechtslehre existiert in zwei Varianten: „Allgemein“ ist ein Gesetz nach der ersten Variante, wenn es sich nicht gegen eine Meinung als solche, also gegen einen bestimmten Meinungsinhalt richtet. Das Gesetz muss also inhaltlich neutral sein (**„Meinungsneutralität der allgemeinen Gesetze“**). Nach der zweiten Variante ist ein Gesetz nur dann allgemein, wenn es sich nicht gezielt gegen die Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG richtet, sondern Betätigungen „allgemein“ und unabhängig davon betrifft, ob der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG betroffen ist oder nicht.

All diese aus der Weimarer Zeit historisch überlieferten Auslegungsansätze hat das BVerfG zu einer Formel verbunden, die es seit dem Lüth-Urteil mit nur geringfügigen Veränderungen immer wieder zur Anwendung bringt: **Allgemein** sind Gesetze dann, „wenn sie sich weder gegen die Meinungsfreiheit an sich noch gegen bestimmte Meinungen richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“⁷⁴. Allgemeine Gesetze müssen mithin **zwei Voraussetzungen** erfüllen: Sie müssen erstens ein Rechtsgut allgemein und damit unabhängig davon schützen, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt wird.⁷⁵ Zweitens muss ein allgemeines Gesetz so ausgestaltet sein, dass es sich tatsächlich gegenüber verschiedenen Meinungen neutral verhält und nicht im Hinblick auf den angestrebten Rechtsgüterschutz eine bestimmte Meinung diskriminiert.

⁷² BVerfGE 7, 198 (209 f.) (Lüth).

⁷³ Vgl. *Anschtütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 118 Anm. 3 f.

⁷⁴ BVerfGE 97, 125 (146) (Caroline von Monaco I); 113, 63 (78) (Junge Freiheit).

⁷⁵ BVerfGE 111, 147 (155) (Inhaltsbezogenes Versammlungsgebot); 117, 244 (260) (CICERO); 124, 300 (322) (Wunsiedel).

241

242

243

Beispiel: § 130 Abs. 4 StGB droht demjenigen Strafe an, der öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt. Die Vorschrift schützt den öffentlichen Frieden und damit ein Rechtsgut, das in der Rechtsordnung auch sonst unabhängig davon, in welcher Weise es angegriffen wird, geschützt wird. Allerdings erfasst die Vorschrift als Tathandlung ausschließlich die Äußerung einer bestimmten Meinung. In der tatsächlichen Ausgestaltung ist § 130 Abs. 4 StGB mithin nicht meinungsneutral und demnach kein allgemeines Gesetz.⁷⁶

BVerfGE 124, 300 (322 ff.) (Wunsiedel): „Ausgangspunkt für die Prüfung, ob ein Gesetz ein allgemeines ist, ist zunächst die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft. Erfasst sie das fragliche Verhalten völlig unabhängig vom Inhalt einer Meinungsäußerung, bestehen hinsichtlich der Allgemeinheit keine Zweifel. Knüpft sie demgegenüber an den Inhalt einer Meinungsäußerung an, kommt es darauf an, ob die Norm dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts dient. Ist dies der Fall, ist in der Regel zu vermuten, dass das Gesetz nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet ist, sondern meinungsneutral-allgemein auf die Abwehr von Rechtsgutverletzungen zielt. Insoweit nimmt nicht schon jede Anknüpfung an den Inhalt von Meinungen als solche einem Gesetz den Charakter als allgemeines Gesetz. **Vielmehr sind auch inhaltsanknüpfende Normen dann als allgemeine Gesetze zu beurteilen, wenn sie erkennbar auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter und nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet sind.** (...) Allerdings kann aus dieser Rechtsprechung nicht im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass immer, wenn eine Norm ein anerkanntes Rechtsgut schützt, deren Allgemeinheit schon allein damit gesichert ist. Die Tatsache, dass ein meinungsbeschränkendes Gesetz ein anerkanntes Rechtsgut schützt, garantiert dessen Allgemeinheit nicht für jeden Fall, sondern ist lediglich Indiz für die Wahrung rechtsstaatlicher Distanz und die Einhaltung des Gebots der Meinungsneutralität. (...) An der Allgemeinheit eines Gesetzes fehlt es, wenn eine inhaltsbezogene Meinungsbeschränkung nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet. **Gesetze zum Schutz von Rechtsgütern sind nur allgemein, wenn sie sich bei der gebotenen Gesamtsicht als konsequent und abstrakt vom Rechtsgut her gedacht erweisen und ohne Ansehung konkret vorfindlicher Auffassungen ausgestaltet sind.** Hierzu gehört eine hinreichend allgemein gefasste Formulierung der Verletzungshandlung sowie der geschützten Rechtsgüter, die sicherstellt, dass die Norm im politischen Kräftefeld als gegenüber verschiedenen Gruppierungen offen erscheint und sich die pönbalisierte oder verbotene Meinungsäußerung grundsätzlich aus verschiedenen politischen, religiösen oder weltanschaulichen Grundpositionen ergeben kann. Geboten ist eine Fassung der Norm, die in rechtsstaatlicher Distanz gegenüber konkreten Auseinandersetzungen im politischen oder sonstigen Meinungskampf strikte ‚Blindheit‘ gegenüber denen gewährleistet, auf die sie letztlich angewendet werden soll. Sie darf allein an dem zu schützenden Rechtsgut ausgerichtet sein, nicht aber an einem Wert- oder Unwerturteil hinsichtlich der konkreten Haltungen oder Gesinnungen. (...)

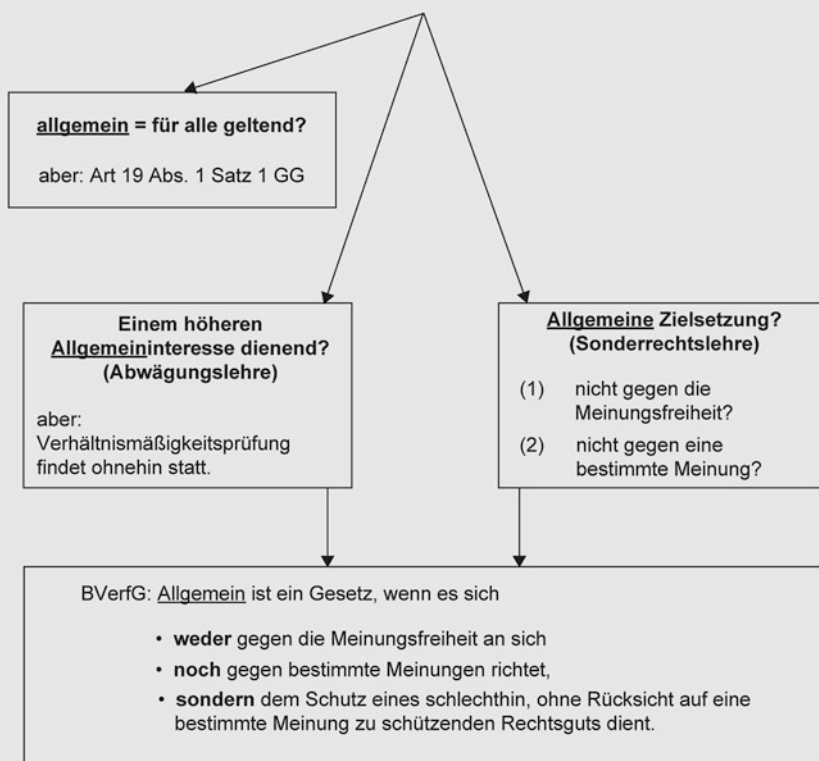
Die Frage, ob eine Norm nach diesen Grundsätzen noch als allgemeines Gesetz oder als Sonderrecht zu beurteilen ist, lässt sich dabei nicht schematisch beantworten. Es kommt vielmehr auf eine Gesamtsicht an. Abzustellen ist hierbei insbesondere darauf, in welchem Maße eine Norm sich auf abstrakt-inhaltsbezogene, für verschiedene Haltungen offene Kriterien beschränkt oder konkret-standpunktbezogene, insbesondere etwa ideologiebezogene Unterscheidungen zugrunde legt. Ein Indiz für Sonderrecht ist es etwa, wenn sich eine Norm als Antwort auf einen konkreten Konflikt des aktuellen öffentlichen Meinungskampfes versteht oder anknüpfend an inhaltliche Positionen einzelner vorfindlicher Gruppe-

⁷⁶ BVerfGE 124, 300 (325) (Wunsiedel); anders wohl noch BVerfGE 90, 241 (251) (Auschwitzlüge).

rungen so formuliert ist, dass sie im Wesentlichen nur gegenüber diesen zur Anwendung kommen kann. Entsprechendes gilt für Sanktionen eines Verhaltens, das typischerweise einer konkreten Geisteshaltung oder einer spezifischen weltanschaulichen, politischen oder historischen Deutung entspringt, beziehungsweise auch für Normen, die exklusiv auf die Zugehörigkeit zu Gruppen abstellen, die durch solche Haltungen definiert sind. **Je mehr eine Norm so angelegt ist, dass sie absehbar allein Anhänger bestimmter politischer, religiöser oder weltanschaulicher Auffassungen trifft und somit auf den öffentlichen Meinungskampf einwirkt, desto mehr spricht dafür, dass die Schwelle zum Sonderrecht überschritten ist.** Ein Anzeichen für Sonderrecht ist gleichfalls, wenn ein meinungsbeschränkendes Gesetz an bestimmte historische Deutungen von Geschehnissen anknüpft oder es sich auf den Schutz von Rechtsgütern eines nicht mehr offenen, sondern bereits feststehenden Personenkreises beschränkt. **Insgesamt kommt es darauf an, ob die meinungsbeschränkende Norm eine prinzipielle inhaltliche Distanz zu den verschiedenen konkreten Positionen im politischen und weltanschaulichen Meinungskampf wahr.**“

Schranke der allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG)

"Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze ..."



- 245 Ausnahmsweise können auch nicht allgemeine Gesetze die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG einschränken. Das gilt für solche Vorschriften, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen. **Das Verbot von Sonderrecht gemäß Art. 5 Abs. 2 GG weist insoweit eine verfassungsimmanente Schranke auf.**⁷⁷ Das BVerfG begründet dies in seiner Wunsiedel-Entscheidung damit, dass das Grundgesetz als Gegenentwurf zur nationalsozialistischen Schreckensherrschaft zu sehen ist.⁷⁸ Das Gericht betont allerdings, dass dem Grundgesetz kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip entnommen werden kann. Auch Äußerungen mit nationalsozialistischem Inhalt unterfallen deshalb dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG. Eingriffe sind am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu messen.⁷⁹
- 246 Die Wunsiedel-Entscheidung ist als Versuch zu sehen, die Bekämpfung nationalsozialistischen Gedankengutes zu erlauben und trotzdem den Grundsatz der Meinungsneutralität des Grundgesetzes zu verteidigen.⁸⁰ Zu diesem Zweck bricht das BVerfG mit der überkommenen Dogmatik, indem es unter Zuhilfenahme historischer Überlegungen Sonderrecht gegen die Meinungsfreiheit gestattet. Im Ergebnis handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, deren **dogmatische Konsistenz zweifelhaft** ist. Insofern ist die Frage zu stellen, ob es nicht konsequenter gewesen wäre, die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankengutes trotz der damit verbundenen Missbrauchsgefahren vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG auszunehmen.

BVerfGE 124, 300 (327 ff.) (Wunsiedel): „§ 130 Abs. 4 StGB ist auch als nichtallgemeines Gesetz mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG vereinbar. **Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent.** (...) Das Grundgesetz kann weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden und ist von seinem Aufbau bis in viele Details hin darauf ausgerichtet, aus den geschichtlichen Erfahrungen zu lernen und eine Wiederholung solchen Unrechts ein für alle Mal auszuschließen. (...)

Die Offenheit des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für derartige Sonderbestimmungen, die sich auf Äußerungen zum Nationalsozialismus in den Jahren zwischen 1933 und 1945 beziehen, nimmt den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit nicht zurück. Insbesondere kennt das Grundgesetz kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip, das ein Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaubte. (...) Auch die nach Art. 5 Abs. 1 und 2 GG anzuerkennende Ausnahme von dem Allgemeinheitserfordernis meinungsbeschränkender Gesetze aufgrund der Einzigartigkeit der Verbrechen der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft und der

⁷⁷ BVerfGE 124, 300 (327 f.) (Wunsiedel).

⁷⁸ BVerfGE 124, 300 (328) (Wunsiedel).

⁷⁹ BVerfGE 124, 300 (330 f.) (Wunsiedel).

⁸⁰ Vgl. Schaefer, DÖV 2010, 379 ff., Volkmann, NJW 2010, 417 ff. Vgl. auch Rn. 64.

daraus folgenden Verantwortung für die Bundesrepublik Deutschland öffnet hierzu keine Türen, sondern belässt die Verantwortung für die notwendige Zurückdrängung solch gefährlicher Ideen der Kritik in freier Diskussion. Sie erlaubt dem Gesetzgeber lediglich, für Meinungsäußerungen, die eine positive Bewertung des nationalsozialistischen Regimes in ihrer geschichtlichen Realität zum Gegenstand haben, gesonderte Bestimmungen zu erlassen, die an die spezifischen Wirkungen gerade solcher Äußerungen anknüpfen und ihnen Rechnung tragen. Auch solche Bestimmungen müssen jedoch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen und hierbei strikt an einem veräußerlichten Rechtsgüterschutz, nicht aber einer inhaltlichen Bewertung der betroffenen Meinung orientiert sein.“

b) „Gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend“

Art. 5 Abs. 1 GG unterliegt zwei weiteren Schranken, denen jedoch auf Grund der sehr weiten Auslegung der Schranke der allgemeinen Gesetze kaum mehr eigenständige Bedeutung zukommt. Gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Jugend sind alle Rechtsnormen, die die **ungestörte Entwicklung der Jugend** vor Gefahren schützen sollen. „Derartige Gefahren drohen auf sittlichem Gebiet von allen Druck-, Ton- und Bilderzeugnissen, die Gewalttätigkeiten oder Verbrechen glorifizieren, Rassenhass provozieren, den Krieg verherrlichen oder sexuelle Vorgänge in grob schamverletzender Weise darstellen und deswegen zu erheblichen, schwer oder gar nicht korrigierbaren Fehlentwicklungen führen können.“⁸¹ Das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gemäß Art. 5 Abs. 2 GG erstreckt sich auch auf die Bestimmungen zum Jugendschutz, sodass auch diesbezüglich ein Verbot von Sonderrecht gilt.⁸²

247

c) „Recht der persönlichen Ehre“

Schließlich begrenzt das Recht der persönlichen Ehre die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG. Auch wenn die Textfassung anderes nahe legt, gilt hier ebenfalls der Vorbehalt des Gesetzes. Ansonsten gelten die Ausführungen zum Jugendschutz entsprechend.

248

2. Schranken-Schranken: die Wechselwirkungslehre

Bereits im Lüth-Urteil 1958 führte das BVerfG zu Art. 5 Abs. 1, 2 GG aus, dass eine Wechselwirkung zwischen den die Kommunikationsfreiheiten beschränkenden allgemeinen Gesetzen einerseits und der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts andererseits bestehe. Es müsse also eine Abwägung zwischen dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG und dem mit dem allgemeinen Gesetz verfolgten Ziel stattfinden. Damit ist de facto nichts anderes als eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im klassischen Sinn⁸³ angesprochen. 1958 allerdings war die Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch nicht voll entwickelt, sodass der sog. **Wechselwirkungslehre** damals durchaus eigenständige Bedeutung zukam.

249

⁸¹ BVerfGE 30, 336 (347) (Jugendgefährdende Schriften).

⁸² BVerfGE 124, 300 (326 f.) (Wunsiedel).

⁸³ Vgl. Rn. 48 ff.

BVerfGE 7, 198 (208 ff.) (Lüth): „Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat ergibt sich, dass es vom Standpunkt dieses Verfassungssystems aus nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz (und damit zwangsläufig durch die Rechtsprechung der die Gesetze auslegenden Gerichte) zu überlassen. Es gilt vielmehr im Prinzip auch hier, was oben allgemein über das Verhältnis der Grundrechte zur Privatrechtsordnung ausgeführt wurde: **die allgemeinen Gesetze müssen in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, dass der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muss, auf jeden Fall gewahrt bleibt.** Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und „allgemeinem Gesetz“ ist also nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die „allgemeinen Gesetze“ aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die „allgemeinen Gesetze“ zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen. (...)“

Die – so verstandene – Meinungsäußerung ist als solche, d. h. in ihrer rein geistigen Wirkung, frei; wenn aber durch sie ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut eines anderen beeinträchtigt wird, dessen Schutz gegenüber der Meinungsfreiheit den Vorrang verdient, so wird dieser Eingriff nicht dadurch erlaubt, dass er mittels einer Meinungsäußerung begangen wird. Es wird deshalb eine „Güterabwägung“ erforderlich: Das Recht zur Meinungsäußerung muss zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden. Ob solche überwiegenden Interessen anderer vorliegen, ist auf Grund aller Umstände des Falles zu ermitteln.“

250 Heute ist die Wechselwirkungslehre weitgehend im allgemeinen **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** aufgegangen. Dennoch weist die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 5 Abs. 1 GG Besonderheiten gegenüber anderen Grundrechten auf, die auch heute noch mit dem Begriff der Wechselwirkungslehre umschrieben werden.⁸⁴ So geht das BVerfG bei der Überprüfung eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit von **drei Ebenen**⁸⁵ aus, auf denen Art. 5 Abs. 1 GG jeweils Bedeutung gewinnt: der Sinn- und Deutungs-, der Normauslegungs- und der Normanwendungsebene. Die Prüfung dieser Ebenen ist Bestandteil der Angemessenheitsprüfung (= Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) entweder hinsichtlich des Gesetzes (Normauslegungsebene) oder hinsichtlich des Einzelaktes (Deutungs- und Normanwendungsebene).

251 Zunächst ist Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG beim Verständnis der Äußerung zu beachten, die zu dem Eingriff Anlass gegeben hat. Auf dieser „**Sinn- oder Deutungsebene**“ ist die Äußerung selbst zurückhaltend auszulegen. Dabei sind etwa der Anlass der Äußerung, der Ort, die Zeit, die Adressaten und die möglichen verschiedenen Bedeutungen heranzuziehen. In einer erhitzten Diskussion mit Rede und Gegenrede mag etwa eine scharfe Äußerung, die isoliert als ehrverletzend gesehen werden könnte, im Kontext bereits auf der Deutungsebene als harmlos angesehen werden. Maßgeblich für die Deutung ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis der von der Äußerung Betroffenen, sondern der

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 124, 300 (331 f.) (Wunsiedel).

⁸⁵ Dazu insgesamt Grimm, NJW 1995, 1697 (1700 ff.).

Sinn, den eine Äußerung nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums hat. Ist der Sinn unter Zugrundelegung dieses Maßstabs eindeutig, ist er der weiteren Prüfung zu Grunde zu legen. Zeigt sich aber, dass ein unvoreingenommenes und verständiges Publikum eine Äußerung als mehrdeutig wahrnimmt, oder verstehen erhebliche Teile des Publikums den Inhalt jeweils unterschiedlich, ist bei der weiteren Prüfung von einem mehrdeutigen Inhalt auszugehen.⁸⁶

Mehrdeutige Äußerungen sind stets daraufhin zu untersuchen, ob ein Verständnis möglich ist, das für Beschränkungen von vornherein keinen Anlass gibt. Diese auch als **wohlwollende Auslegung**⁸⁷ qualifizierte Vorgehensweise verlangt insbesondere von den Fachgerichten die Suche nach einer Deutung der Meinungsäußerung, die mit anderen Rechtsgütern nicht in Konflikt gerät.⁸⁸ So war etwa bei der Äußerung „Soldaten sind Mörder“ isoliert betrachtet eine Wertung als Ehrverletzung der Bundeswehrsoldaten durchaus möglich. Zu berücksichtigen war jedoch auch der Kontext, also in einem Beispiel die Einbeziehung der Äußerung in ein Flugblatt, das sich mit dem Krieg allgemein und ohne jeden Bezug zur Bundeswehr beschäftigte. Eine isolierte Betrachtung des Satzes hielt das BVerfG in diesem Fall für sinnentstellend und angesichts der Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG für unzulässig.⁸⁹

Nur wenn eine solche wohlwollende Auslegung fern liegend erscheint, darf eine **konfliktträchtige Deutungsvariante** der Urteilsfindung zu Grunde gelegt werden.⁹⁰ Diese Rechtsprechung hat das BVerfG allerdings in entscheidender Weise modifiziert:⁹¹ Führt eine nicht fern liegende, d. h. von einem erheblichen Teil des Publikums so verstandene Deutungsvariante⁹² zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ist diese Variante zu Grunde zu legen, **wenn die Unterlassung der Äußerung begehrt wird**. Denn dem sich Äußernden sei es zuzumuten, die Persönlichkeitsrechtsverletzung mit Wirkung für die Zukunft durch eine Klarstellung bzw. die Wahl einer eindeutigen Formulierung auszuräumen. Wird hingegen Schadensersatz begehrt oder steht eine strafgerichtliche Verurteilung in Rede, ist wie bisher die Deutungsvariante zu wählen, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht verletzt, weil insofern die Vergangenheit beurteilt wird.⁹³ Diese Rechtsprechung überzeugt nicht.⁹⁴ Sie stellt einen Einbruch in den bislang starken Schutz der Meinungsfreiheit dar und schwächt diese ganz erheblich, weil bei jeder mehrdeutigen Äußerung Abmahnungen und Unterlassungsklagen drohen. Denn auch Abmahnungen und Unterlassungsklagen haben aus Sicht der Betroffenen Sankti-

252

253

⁸⁶ BVerfGE 93, 266 (295) („Soldaten sind Mörder“); 114, 339 (348 f.) (Stolpe).

⁸⁷ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 662.

⁸⁸ BVerfGE 93, 266 (295 ff.) („Soldaten sind Mörder“); 114, 339 (349) (Stolpe).

⁸⁹ BVerfGE 93, 266 (297 ff.) („Soldaten sind Mörder“).

⁹⁰ BVerfGE 94, 1 (9) (DGHS).

⁹¹ BVerfGE 114, 339 (350 f.) (Stolpe); ebenso BVerfGK 8, 89 (103 ff.).

⁹² BVerfGK 13, 97 (102).

⁹³ BVerfGE 114, 339 (350) (Stolpe); BVerfGK 8, 89 (104).

⁹⁴ Vgl. Seelmann-Eggebert, AfP 2007, 86 ff., und ders., NJW 2008, 2551 (2553); anders dagegen Hochhuth, NJW 2006, 189 ff. Vgl. auch Mori, Der Staat 47 (2008), 258 ff.

onscharakter. Vielfach werden die Betroffenen – zumal Privatpersonen und Initiativen – das Prozessrisiko scheuen und deshalb vorsorglich auf eine Meinungsäußerung verzichten. Damit tritt genau die Situation ein, die das BVerfG nach eigenem Bekunden immer vermeiden wollte.⁹⁵ Die neue Rechtsprechung sollte deshalb zumindest auf Fälle schwer wiegender Persönlichkeitsrechtsverletzungen begrenzt bleiben.⁹⁶

254 Auf der zweiten „**Normauslegungsebene**“ ist die in die Kommunikationsfreiheiten eingreifende Norm selbst grundrechtsbezogen auszulegen. Das BVerfG geht hier von einer Vermutung zu Gunsten der Meinungsfreiheit aus und hält dementsprechend überhöhte Anforderungen an die Zulässigkeit von Kritik oder die Sorgfaltspflicht bei Tatsachenmitteilungen für generell ausgeschlossen.⁹⁷ Jede Norm muss daher ohne Rückgriff auf den Einzelfall so ausgelegt werden, dass überhöhte Anforderungen nicht begründet werden.

255 Auf der dritten „**Normanwendungsebene**“ wird schließlich im Einzelfall geprüft, ob die konkrete Normanwendung die Kollision zwischen dem Kommunikationsgrundrecht und dem kollidierenden Interesse zutreffend aufgelöst hat. Auf dieser Ebene der Prüfung der Angemessenheit des Einzelaktes findet mithin die bekannte einzelfallbezogene Abwägung statt, bei der die Wertigkeit der jeweiligen Rechtsgüter und das Maß ihrer Betroffenheit ins Verhältnis gesetzt werden. Zumeist stehen die Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrechte gegeneinander. Dabei kommt es auf Anlass, Umstände und Inhalt der Meinungsäußerung sowie auf das Gewicht der entgegenstehenden Persönlichkeitsrechte an. Von Bedeutung ist für die insoweit gebotene Abwägung unter anderem, ob die Äußerung lediglich eine private Auseinandersetzung zur Verfolgung von Eigeninteressen betrifft oder ob von der Meinungsfreiheit im Zusammenhang mit einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage Gebrauch gemacht wird. Handelt es sich bei der umstrittenen Äußerung um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung, so spricht eine Vermutung zu Gunsten der Freiheit der Rede.⁹⁸ Die Behauptung wahrer Tatsachen, die Vorgänge aus der Sozialsphäre betreffen, muss grundsätzlich hingenommen werden müsse, denn das Persönlichkeitsrecht verleiht keinen Anspruch darauf, nur so in der Öffentlichkeit dargestellt zu werden, wie es genehm ist.⁹⁹ Das BVerfG zieht der Meinungsfreiheit allerdings eine wichtige Grenze: Herabsetzende Äußerungen, die sich als Formalbeleidigung („Idiot“, „Spinner“) oder als eine Person diffamierende Schmähung darstellen, erfordern ausnahmsweise keine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht, weil die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurücktritt.¹⁰⁰ Hinsichtlich des Vorliegens von Formalbeleidigungen und Schmähkritik sind allerdings strenge Maßstäbe anzuwen-

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 13, 97 (103).

⁹⁶ Vgl. insoweit zutreffend OLG Köln, NJW-RR 2007, 698 (701); bestätigt von BGH, NJW 2008, 2110 ff. („Müllermilch = Genmilch“). Vgl. *Gostomzyk*, NJW 2008, 2082 ff.

⁹⁷ BVerfGE 42, 163 (170 f.) (Echternach).

⁹⁸ BVerfG, NVwZ 2016, 761 (762).

⁹⁹ BVerfGE 97, 391 (403) (Missbrauchsbezeichnung).

¹⁰⁰ BVerfGE 90, 241 (248) (Auschwitzlüge); 93, 266 (294) („Soldaten sind Mörder“).

den.¹⁰¹ In der Praxis und auch in Klausuren liegt hier häufig der Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung. Erforderlich ist stets eine sorgfältige Benennung, Gewichtung und Zuordnung der kollidierenden Positionen, die insbesondere den jeweiligen Einzelfall in den Blick nimmt.

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung stellt die Wechselwirkungslehre den Bearbeiter gelegentlich vor schwierige Aufbaufragen, insbesondere dann, wenn mehrere der drei Ebenen Anlass zu Ausführungen bieten. Entsprechend der Bedeutung der Wechselwirkungslehre als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann der Begriff in der Einleitung der Verhältnismäßigkeitsprüfung genannt und kurz (!) erläutert werden. Die eigentliche Prüfung der drei Ebenen sollte hingegen zweckmäßigerweise direkt in die Angemessenheitsprüfung hinsichtlich des Gesetzes (Normauslegungsebene) bzw. hinsichtlich des Einzelakts (Deutungsebene, Normanwendungsebene) integriert werden. Dabei ist eine schematische Trennung der Ebenen nicht notwendig; es sollte aber deutlich werden, dass sowohl der Sinngehalt der Äußerung wie auch die generelle und konkrete Zielrichtung der Norm anhand der „Wechselwirkung“ mit Art. 5 Abs. 1 GG untersucht werden.

256

3. Zensurverbot

Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG verbietet darüber hinaus einen Eingriff explizit: die Zensur. Zensur meint lediglich die **Vor- bzw. Präventivzensur**. Als Vor- oder Präventivzensur werden einschränkende Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerkes, insbesondere das Abhängigmachen von behördlicher Vorprüfung oder Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt), bezeichnet. Nicht erfasst ist hingegen die Nachzensur: Ist ein Werk an die Öffentlichkeit gelangt, gilt die Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG, die bei einer Geltung des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG auch für die Nachzensur gegenstandslos wäre. Die Beschränkung des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG auf die Vorzensur wird überdies durch die Entstehungsgeschichte bestätigt: Die gleich lautende Bestimmung des Art. 118 Abs. 2 S. 1 WRV beschränkte sich nach der damals überwiegenden Ansicht im Schrifttum ebenfalls auf die Vorzensur, wovon der Verfassungsgeber nicht abweichen wollte.¹⁰² Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG gilt absolut, ist also nicht den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG unterworfen.

257

¹⁰¹ BVerfG, NJW 2016, 2870 (2870 f.) (Einordnung der Äußerung eines Rechtsanwalts als Schmähkritik).

¹⁰² BVerfGE 33, 52 (71 ff.) (Zensur).

V. Grundrechtskonkurrenzen

258 In der Praxis treffen häufig mehrere Grundrechte zusammen, die jedenfalls auf den ersten Blick ihrem Schutzbereich nach einschlägig sind. In derartigen Fällen stellt sich die Frage, nach welchem Grundrecht sich der Grundrechtsschutz im konkreten Fall bemisst, bzw. ob die Beeinträchtigung bloß an einem oder an mehreren Grundrechten zu messen ist. Insofern kommt es darauf an, die Konkurrenzverhältnisse der Grundrechte untereinander zu bestimmen.¹⁰³

259 Vor einer Bestimmung der Konkurrenzverhältnisse sind allerdings die Schutzbereiche sorgfältig auszulegen. Oft stellt sich bei näherer Betrachtung heraus, dass ein Konkurrenzverhältnis überhaupt nicht vorliegt.

Beispiel 1: Auf einer Versammlung i. S. v. Art. 8 Abs. 1 GG hält ein Teilnehmer ein Plakat mit der Aufschrift „Müller ist ein Faschist“ in die Höhe. Die zuständige Behörde beschlagnahmt das Plakat.

260 In diesem Fall könnten auf den ersten Blick sowohl die Versammlungsfreiheit des Art. 8 Abs. 1 GG als auch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG betroffen sein. Jedoch schützt die Versammlungsfreiheit nur versammlungsspezifische Betätigungen. Das Äußern einer Meinung mittels eines Plakates ist nicht versammlungsspezifisch.¹⁰⁴ Somit ist bereits der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG nicht berührt, sodass Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG allein zum Tragen kommt. Konkurrenzfragen stellen sich hier nicht; die **Abgrenzung** findet vielmehr **auf der Ebene der Schutzbereiche** statt.

261 Soweit mehrere Grundrechte betroffen sind, können diese nebeneinander zur Anwendung kommen.

Beispiel 2: A ruft mittels eines Plakats mit der Aufschrift „Müller ist ein Faschist“ zu einer Versammlung auf. Die zuständige Behörde beschlagnahmt das Plakat.

262 Anders als im Beispiel 1 richtet sich hier der staatliche Eingriff unmittelbar gegen die Vorbereitung einer Versammlung, also mithin gegen eine versammlungsspezifische Betätigung. Art. 8 Abs. 1 GG ist damit betroffen. Gleichzeitig wird das Äußern der Meinung, „Müller ist ein Faschist“, unterdrückt. Auch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist daher berührt. Da beide Grundrechte vollkommen **unterschiedliche Schutzbereiche** haben, kommen sie in einem solchen Fall **nebeneinander** zur Anwendung.¹⁰⁵ Ein Verfassungsverstoß liegt schon dann vor, wenn nur ein Grundrecht verletzt ist. Es handelt sich um einen Fall der **Idealkonkurrenz**.

¹⁰³ Ausführlich zu Grundrechtskonkurrenzen *Spielmann*, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008; *Heß*, Grundrechtskonkurrenzen, 2000; *Reßing*, Die Grundrechtskonkurrenz, 2016. Zu Konkurrenzen im öffentlichen Recht allgemein *Butzer/Epping*, S. 17 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Rn. 35.

¹⁰⁵ BVerfGE 82, 236 (258) (Schubart).

Grundrechte können durch weitere Grundrechte verstärkt werden.¹⁰⁶

263

Beispiel 3: Die Staatsanwaltschaft kopiert in der Kanzlei von Rechtsanwalt R dessen Datenbestand wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung gegen einen Mandanten.

Der Grundrechtseingriff ist an der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG¹⁰⁷ zu messen. Nicht einschlägig ist Art. 12 Abs. 1 GG, weil der Zugriff der Staatsanwaltschaft ohne Rücksicht auf die Berufstätigkeit des R erfolgt und deshalb keine berufsregelnde Tendenz vorliegt.¹⁰⁸ Gleichwohl ist Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Da faktisch die Berufstätigkeit des R beeinträchtigt wird, muss die Staatsanwaltschaft dies bei ihrer Entscheidung berücksichtigen. Der tatbestandlich allein einschlägige Art. 2 Abs. 1 GG wird durch Art. 12 Abs. 1 GG verstärkt; die Grundrechte stehen in einem **Verstärkungsverbund**.¹⁰⁹

264

In anderen Fällen verdrängt der Schutz des einen Grundrechts den Schutz des anderen Grundrechts, weil ein **Spezialitätsverhältnis** besteht.

265

Beispiel 4: Auf einer Versammlung i. S. v. Art. 8 Abs. 1 GG hält ein Teilnehmer ein künstlerisch gestaltetes Plakat in die Höhe, das Müller in Gesellschaft von NS-Tätern zeigt. Die zuständige Behörde beschlagnahmt das Plakat.

In diesem Fall kommen – Art. 8 Abs. 1 GG scheidet wie in Beispiel 1 aus – einerseits die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und andererseits die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) in Betracht. Tatbestandlich sind beide Freiheiten einschlägig. Anders als in Beispiel 2, wo die einschlägigen Grundrechte völlig unterschiedliche Schutzgüter haben, schützen hier sowohl die Meinungs- wie auch die Kunstfreiheit das Recht, eine bestimmte Aussage öffentlich zu präsentieren. Die **Schutzbereiche überschneiden sich**. Kommt es zu sachlichen Überschneidungen der Schutzbereiche, stellt sich die Frage nach der Spezialität¹¹⁰ eines Grundrechts. **Normative Spezialität** liegt dann vor, wenn die Überschneidung nur partieller Natur ist, eine der beiden Normen aber eine abschließende, etwa sachnähere, Regelung für einen bestimmten Sachverhalt trifft.¹¹¹ Hier ergibt sich also aus einer wertenden Betrachtung die Spezialität einer Norm.¹¹² Im Beispielsfall schützen Meinungs- und Kunstfreiheit das Äußern einer Meinung. Insofern liegt eine Überschneidung der Schutzbereiche vor. Diese Überschneidung ist jedoch nicht umfassend. Nicht jedes Kunstwerk beinhaltet eine Meinung und gelangt daher in den Bereich des

266

¹⁰⁶ Vgl. ausführlich Hofmann, AöR 133 (2008), 523 ff.; ders., Jura 2008, 667 ff.; Meinke, JA 2009, 6 ff., und Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008, S. 182 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Rn. 546 ff.

¹⁰⁸ BVerfGE 113, 29 (48) (Anwaltsdaten). Vgl. Rn. 400 f.

¹⁰⁹ Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008, S. 182 ff. Weitere Beispiele in BVerfGE 101, 361 (386) (Caroline von Monaco II); 104, 337 (346) (Schächten).

¹¹⁰ Vgl. Butzer/Epping, S. 20 f. mit Beispielen.

¹¹¹ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 89 f.; Heß, Grundrechtskonkurrenzen, 2000, S. 62 ff. und S. 149 ff.

¹¹² Stern, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/2, § 92, S. 1400. Vgl. Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008, S. 166 ff.

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG bringt jedoch – schon aufgrund ihrer aus der Vorbehaltlosigkeit folgenden Sonderstellung – zum Ausdruck, dass sie den gesamten Bereich der Kunst abschließend schützt. Sie steht damit im Verhältnis normativer Spezialität zur Meinungsfreiheit und kommt als speziellere Norm allein zur Anwendung.¹¹³

Beispiel 5: In einer Predigt bringt ein Pfarrer seine Glaubensüberzeugung zum Ausdruck, die er mit kritischen Bemerkungen zu anderen Religionen anreichert.

267

In diesem Fall kommen einerseits die Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) und andererseits die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) in Betracht. Auch hier überschneiden sich die Schutzbereiche beider Grundrechte. Anders als in Beispiel 3 ist die Überschneidung vollständig. Beide Grundrechte schützen das Äußern einer Meinung. Art. 4 Abs. 1 GG ist allerdings nur einschlägig, wenn die Meinung in Form eines religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses geäußert wird und enthält damit gegenüber der Meinungsfreiheit ein zusätzliches Merkmal. Die Bekenntnisfreiheit schützt einen Ausschnitt der Meinungsfreiheit und geht der Meinungsfreiheit im Wege logischer Spezialität vor.¹¹⁴ **Logische Spezialität** liegt dann vor, wenn zwei Normen bei nicht identischen Rechtsfolgen einen identischen Sachverhalt erfassen und eine der beiden Normen – hier die Bekenntnisfreiheit – hinsichtlich des geregelten Sachverhalts (mindestens) eine zusätzliche Anforderung enthält.¹¹⁵ Logische Spezialität besteht ebenso zwischen den sonstigen Freiheitsrechten und der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.¹¹⁶

268

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Konkurrenzfragen sind in der Fallbearbeitung nahezu immer von Bedeutung. In keiner Klausur oder Hausarbeit, in der die besonderen Freiheitsrechte eine Rolle spielen, sollte am Ende ein Hinweis darauf fehlen, dass die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zwar tatbestandlich einschlägig ist, aber im Wege der Spezialität verdrängt wird. Wichtig sind Überlegungen zu den Konkurrenzverhältnissen auch immer dann, wenn mehrere Grundrechte mit verschiedenen Schutzrichtungen tatbestandlich einschlägig sind. Dies ist vor allem bei den Grundrechten der Art. 4, 5, 8, 12 GG, bei Art. 12 und Art. 14 GG und innerhalb des Art. 9 GG von Bedeutung. Dabei sollte man sich über die Konkurrenzverhältnisse – ebenso wie im Strafrecht – schon zu Beginn der Bearbeitung Klarheit verschaffen. Es fällt jedenfalls negativ auf, wenn ein Bearbeiter eine längere Prüfung eines Grundrechts – womöglich noch zu Beginn der Klausur – vornimmt, das von einem anderen Grundrecht

¹¹³ BVerfGE 30, 173 (200) (Mephisto); 81, 278 (291) (Bundesflagge).

¹¹⁴ Stern, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/2, § 92, S. 1403.

¹¹⁵ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 88 f.

¹¹⁶ Vgl. Rn. 577 ff. Weitere Beispiele bei Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 2008, S. 158 ff.

verdrängt wird. Überdies sind dann massive Zeitprobleme und auch Probleme mit dem Schwerpunkt der Arbeit zu erwarten. Daher sollte man den Konkurrenzen stets die gebührende Aufmerksamkeit schenken, zumal nur wenige praxisrelevante Fälle streitig sind. Eine Unterscheidung von normativer und logischer Spezialität wird zumindest in Klausuren und üblicherweise auch in Hausarbeiten nicht erwartet. Der Verstärkungsverbund ist ein neueres Problem, das in Prüfungsarbeiten zu erwarten ist. Für Hausarbeiten enthalten zu Konkurrenzfragen nahezu alle Kommentare Ausführungen zumeist am Ende der jeweiligen Kommentierung.

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Meinungsbegriff/Abgrenzung Tatsachen/Meinungen (Rn. 213 ff.).
- Schranke der allgemeinen Gesetze (Rn. 239 ff.).
- Wechselwirkungslehre (Rn. 249 ff.).
- Meinungsfreiheit Rechtsextremer, Verfassungsmäßigkeit entsprechender Strafnormen (Rn. 245 ff.).
- Meinungsfreiheit contra Persönlichkeitsschutz, Deutung von Meinungsäußerungen im Rahmen von Unterlassungsklagen (Rn. 251 ff.).
- Reichweite der Pressefreiheit (Schutz der Erzeugnisse, der Vertriebswege etc.) (Rn. 230 f.).
- Mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit/zivilrechtliche Beleidigungsklagen (Rn. 343 ff.).
- Verhältnis der Kommunikationsfreiheiten zueinander (insbesondere Abgrenzung der Pressefreiheit zur Meinungsfreiheit) und zu anderen Grundrechten (Rn. 231 f. und Rn. 258 ff.).
- Verstärkungsverbund von Grundrechten (Rn. 263 f.).

Kapitel 6: Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG)

Literatur:

Henschel, Johann Friedrich, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 1990, 1937 ff.; *Karpen, Ulrich/Nohe, Bianca*, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung seit 1992, JZ 2001, 801 ff.; *Lenski, Sophie*, Die Kunstfreiheit des Grundgesetzes, Jura 2016, 35 ff.; *Loef, Robert C. J./Ujica, Matei*, Quod licet jovi, non licet bovi – Was darf die Kunst, was die Medien nicht dürfen?, ZUM 2010, 670 ff.; *Nettesheim, Martin*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, DVBl 2005, 1072 ff.; *Vosgerau, Ulrich*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Universalschranke der Kunstfreiheit, Der Staat 48 (2009), 107 ff.

Fallbearbeitungen:

Betzinger, Michael, Grenzen der Kunstfreiheit, JA 2009, 125 ff.; *Degenhart, Christoph*, I, Fall 11 (S. 165 ff.); *Frenzel, Eike Michael*, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – „Marmor, Stein und Eisen bricht . . .“, JuS 2013, 37 ff.; *Graf von Kielmansegg, Sebastian/Rolfes, Louis Jakob*, „Rotlicht am Himmel“, JA 2013, 910 ff.; *Höfling, Wolfram*, Fall 10 (S. 109 ff.); *Kremer, Carsten*, Persönlichkeitsschutz für Prominente, Jura 2006, 459 ff.; *Merhof, Katrin/Giorgios, Christopher*, „Die nackte Oberbürgermeisterin“, JA 2015, 519 ff.; *Schäfer, Anne/Merten, Jan O.*, Der Skandalroman, JA 2004, 548 ff.; *Schmidt am Busch, Birgit*, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Jeder Mensch ein Künstler?, JuS 2014, 37 ff.; *Volkmann, Uwe*, Fall 7 (S. 177 ff.).

Leitentscheidungen zur Kunstfreiheit:

BVerfGE 30, 173 ff. (Mephisto); 67, 213 ff. (Anachronistischer Zug); 81, 278 ff. (Bundesflagge); 83, 130 (Josephine Mutzenbacher); 119, 1 ff. (Esra).

Leitentscheidungen zur Wissenschaftsfreiheit:

BVerfGE 35, 79 ff. (Hochschul-Urteil); 90, 1 ff. (Jugendgefährdende Schriften III); 111, 333 ff. (Brandenburgisches Hochschulgesetz); 127, 87 ff. (Hamburgisches Hochschulgesetz); 136, 338 ff. (MHH).

I. Hintergrund

Die Freiheit von Kunst- und Wissenschaft gehört zwar nicht zu den klassischen Freiheitsrechten. Dennoch kann die Wissenschaftsfreiheit in Deutschland auf eine lange Tradition zurückblicken: Bereits § 152 der Paulskirchenverfassung enthielt die Feststellung: „Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei.“ Diese frühe Verankerung mag auch auf eine besondere Sensibilität des Verfassungsgebers auf Grund

270

der Zusammensetzung des Paulskirchenparlaments zurückzuführen sein: Unter den 586 Abgeordneten waren 106 Professoren (daher der Begriff: „Parlament der Professoren“). Zudem hat die wissenschaftliche, aufklärerische Denkweise maßgeblich zur Demokratisierung und Verfassungsentwicklung beigetragen. Die Kunstfreiheit hingegen hat ihren Ursprung in der Weimarer Zeit. Art. 142 WRV erklärte in einer der heutigen Textfassung sehr ähnlichen Formulierung die Kunst für frei und sah zudem einen diesbezüglichen Schutzauftrag vor. Die EMRK nennt den Schutz von Kunst und Wissenschaft nicht, wohl aber Art. 13 GR-Charta.

II. Schutzbereich der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG)

271

Fall 8: Pornografie als Kunst?

V ist Verlegerin eines Romans mit dem Titel „Josephine Mutzenbacher – Die Lebensgeschichte einer wienerischen Dirne, von ihr selbst erzählt“. Das Werk erschien ohne Autorenangabe zunächst um die Jahrhundertwende in Wien. Seit kurzer Zeit ist das Werk nun erstmals in Deutschland erhältlich. In ihm wird in sehr deutlicher Sprache das sexuelle Leben der Protagonistin ausgiebig und in allen Einzelheiten beleuchtet. Dabei werden Elemente der wienerischen Vulgärsprache verwendet; insgesamt trägt das Werk deutlich pornografische Züge. Die zuständige Behörde nahm das Werk daraufhin in die Liste jugendgefährdender Schriften auf. Dies hat verschiedene Verkaufsbeschränkungen und Verbote zur Folge. Zur Begründung führt die Behörde aus, der Roman sei pornografisch und zudem offensichtlich schwer jugendgefährdend, indem er die Prostitution verherrliche und in vulgärer Art und Weise sexuelle Ausschweifungen wiedergebe. V sieht in der Indizierung einen Verstoß gegen ihre Grundrechte. Auch wenn der Roman pornografische Züge trage, sei er doch Kunst. Der Staat dürfe sich nicht anmaßen, in diesem Bereich die Aufsicht zu führen. Verletzt die Untersagung Grundrechte der V?

§ 18 JuSchG (Liste jugendgefährdender Medien)

(1) Träger- und Telemedien, die geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu gefährden, sind von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien in eine Liste jugendgefährdender Medien aufzunehmen. Dazu zählen vor allem unsittliche, verrohend wirkende, zu Gewalttätigkeit, Verbrechen oder Rassenhass anreizende Medien (...)

(3) Ein Medium darf nicht in die Liste aufgenommen werden (...)

2. wenn es der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre dient, (...)

Fall nach BVerfGE 83, 130 ff. (Josephine Mutzenbacher)

Ihrem Wortlaut nach („Die Kunst ist frei“) ist die Kunstfreiheit als objektive Gewährleistung formuliert; sie gewährt aber auch ein individuelles Freiheitsrecht.¹

272

1. Persönlicher Schutzbereich

Dem Wortlaut nach enthält die Kunstfreiheit keine besonderen Beschränkungen, sodass sich jedermann auf dieses Grundrecht berufen kann. Das BVerfG zieht den persönlichen Schutzbereich weit: Auf die Kunstfreiheit kann sich nicht bloß der Künstler selbst berufen. Auch diejenigen, denen eine „unentbehrliche Mittlerfunktion zwischen Künstler und Publikum“ zukommt, werden vom Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG erfasst.² Dies betrifft z. B. den Verleger eines Buches, ohne dessen Mitwirkung das Werk keine Wirkung in der Öffentlichkeit entfalten kann.

273

2. Sachlicher Schutzbereich

Zentral für den sachlichen Schutzzumfang der Kunstfreiheit ist die Bestimmung des **Kunstbegriffs**. Problematisch ist dabei, dass das Grundgesetz hier an einen Begriff anknüpft, über dessen Gehalt auch im außerrechtlichen Bereich keine Einigkeit besteht. Angesichts der notwendigen Offenheit des Kunstbegriffs für neue Werkformen ist eine allgemein gültige Definition von Kunst gegebenenfalls sogar ganz unmöglich. Für den rechtlichen Bereich kann hingegen auf eine Definition nicht verzichtet werden. Andernfalls könnte die Rechtsanwendung nicht feststellen, auf welche Bereiche Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG Anwendung findet.

274

Das BVerfG hat sich daher um eine Definition bemüht, die den Begriff einerseits handhabbar macht, andererseits aber auch die notwendige Offenheit gewährleistet. In seiner ersten Entscheidung zur Kunstfreiheit führte das BVerfG aus: „Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.“³ Zentrale Elemente dieses „**materialen Kunstbegriffs**“ sind also die freie schöpferische Gestaltung einerseits und die Formensprache andererseits. Aufgrund der gerade für die Kunstform des Romans, aber auch die künstlerisch gestaltete Autobiografie, die Reportage und andere Ausdrucksformen (Satire, Doku-Drama, Faction) typischen Vermischung von Dichtung und Wirklichkeit ist es allerdings nicht möglich, Kunst und Nichtkunst nach dem Maß zu unterscheiden, in dem eine künstlerische Verfremdung gelungen ist.⁴

275

1984 erweiterte das BVerfG die Definition der Kunst um zwei weitere Begriffe: Das Wesentliche der Kunst könne auch darin liegen, „dass bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt

276

¹ BVerfGE 67, 213 (224) (Anachronistischer Zug).

² BVerfGE 30, 173 (191) (Mephisto); 119, 1 (22) (Esra).

³ BVerfGE 30, 173 (188 f.) (Mephisto); 119, 1 (20 f.) (Esra).

⁴ BVerfGE 119, 1 (21) (Esra).

sind“. Damit legt man „einen eher **formalen Kunstbegriff** zu Grunde, der an die Tätigkeit und die Ergebnisse etwa des Malens, Bildhauens, Dichtens anknüpft“.⁵ Es kommt auf die Zuordnung des Werkes zu einer klassischen Kunstform an. Denkbar sei schließlich auch ein „**offener Kunstbegriff**“, dessen Zentralelement die „Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts“ ist, also die Möglichkeit „der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiter reichende Bedeutungen zu entnehmen, sodass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“.⁶ Eine Entscheidung hinsichtlich des „richtigen“ Kunstbegriffs hat das BVerfG bislang nicht getroffen; es verwendet alle drei Kunstbegriffe nebeneinander. Von indizieller Bedeutung für die Einordnung als Kunst sind weiter die Anerkennung des Werkes durch einen in Kunstfragen erfahrenen Dritten⁷ und der künstlerische Anspruch des Urhebers⁸.

277 Dagegen ist es für die Einordnung als Kunst unerheblich, ob die Darstellung oder der Inhalt anstößig ist. Eine Niveauekontrolle, also eine Differenzierung zwischen „höherer“ und „niederer“, „guter“ und „schlechter“ (und deshalb nicht oder weniger schutzwürdiger) Kunst, liefe – so das BVerfG zu Recht – auf eine **verfassungsrechtlich unstatthafte Inhaltskontrolle** hinaus.⁹ Auch die Tatsache, dass ein Künstler mit seinem Werk eine bestimmte Meinung vermitteln will, schließt den Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht aus.¹⁰

BVerfGE 67, 213 (226 f.) (Anachronistischer Zug): „Das Bundesverfassungsgericht hat als wesentlich für die künstlerische Betätigung ‚die freie schöpferische Gestaltung‘ betont, ‚in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden‘. Alle künstlerische Tätigkeit sei ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen seien. Beim künstlerischen Schaffen wirkten Intuition, Fantasie und Kunstverstand zusammen; es sei primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers. Ähnliche Versuche materialer, wertbezogener Umschreibungen in der Literatur betonen ebenfalls die Merkmale des Schöpferischen, des Ausdruckes persönlichen Erlebnisses, der Formgebung sowie der kommunikativen Sinnvermittlung. (...) Sieht man das Wesentliche eines Kunstwerkes darin, dass bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind, legt man also einen eher formalen Kunstbegriff zu Grunde, der nur an die Tätigkeit und die Ergebnisse etwa des Malens, Bildhauens, Dichtens anknüpft, so kann dem ‚Anachronistischen Zug‘ die Kunstwerkeigenschaft ebenfalls nicht abgesprochen werden. (...) Auch wenn man das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung darin sieht, dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, sodass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt, ist dieses Merkmal beim ‚Anachronistischen Zug‘ erfüllt. (...)“

⁵ BVerfGE 67, 213 (226 f.) (Anachronistischer Zug).

⁶ BVerfGE 67, 213 (226) (Anachronistischer Zug).

⁷ Wittreck, in: Dreier, Art. 5 III (Kunst) Rn. 43; a. A. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 299.

⁸ BVerfGE 119, 1 (21) (Esra); BVerfGK 4, 54 (56).

⁹ BVerfGE 75, 369 (377) (Strauß-Karikatur); 81, 278 (291) (Bundesflagge).

¹⁰ BVerfGE 81, 278 (291) (Bundesflagge); aus aktuellem Anlass: LG Hamburg B. v. 17.05.2016 – 324 O 255/16 (Einstweilige Verfügung gegen Jan Böhmermann).

Der Umfang der Gewährleistung schließt den **Werkbereich** und den **Wirkbereich** ein.¹¹ Während der Werkbereich die künstlerische Betätigung selbst, also den Prozess der Kunsterzeugung, meint, fallen in den Wirkbereich alle Handlungen der Darbietung und Verbreitung, die der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschaffen. Diese Ausdehnung des Schutzbereichs auf den Wirkbereich beschränkt sich allerdings auf diejenigen Handlungen, die für die Begegnung mit dem Werk als einem kunstspezifischen Vorgang sachnotwendig sind. Erfasst sind alle Medien (Kommunikationsmittel), die durch Vervielfältigung, Verbreitung und Veröffentlichung die zwischen Künstler und Publikum unentbehrliche Mittlerfunktion ausüben.¹² Vor allem der Wirkbereich ist auf Grund der Öffentlichkeitswirkung konfliktrichtig, gleichzeitig aber für den effektiven Schutz der Kunst bedeutsam. Die Kunstfreiheit wird zu einer umfassenden künstlerischen Betätigungsfreiheit, was im Hinblick auf die Vorbehaltlosigkeit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG nicht unproblematisch ist.

Trotz dieser auf den ersten Blick eindeutigen Bestimmung des Schutzbereichs stellt sich hinsichtlich der geschützten Betätigungsformen eine Vielzahl ungelöster Fragen. Probleme tauchen vor allem dann auf, wenn unter Verweis auf die Kunstfreiheit ein **Dispens von allgemeinen Bestimmungen** der Rechtsordnung, die ohne besonderen Bezug auf den Inhalt der Kunst gelten, verlangt wird. Fällt es also in den Schutzbereich der Kunstfreiheit, fremdes Eigentum mit künstlerischen Figuren zu besprühen?¹³ Oder ist der Staat verpflichtet, den Verkauf von Kunst von der Umsatzsteuer frei zu stellen?¹⁴ Betrifft es den Schutzbereich, die Anfertigung von Kunstwerken im Straßenraum an eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis zu knüpfen?¹⁵ Oder gewährt die Kunstfreiheit einen Anspruch, im Reichstagsgebäude eine Kunstaufführung zu präsentieren?¹⁶ Diese Fragen stellen sich vor allem deshalb in besonderer Schärfe, weil Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vorbehaltlos gewährleistet ist und Eingriffe nur ausnahmsweise durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden können. Dehnt man aber den Schutzbereich der Kunstfreiheit so weit aus, dass sich Konflikte mit der allgemeinen Rechtsordnung häufen, werden Eingriffe zur Regel, was der Systematik des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zuwiderläuft. Im Hinblick darauf ist eine Beschränkung des grundrechtlichen Schutzbereichs etwa auf den Schutz lediglich vor inhaltsbezogenen, den „Wert“ von Kunst beurteilenden Eingriffen durchaus bedenkenswert.¹⁷

278

279

¹¹ BVerfGE 30, 173 (189) (Mephisto); 119, 1 (21 f.) (Esra); BVerfG, NJW 2016, 2247 (2248) (Sampling).

¹² BVerfGE 36, 321 (331) (Schallplatten); 77, 240 (251) (Herrnburger Bericht).

¹³ Verneinend BVerfG, NJW 1984, 1293 (1294).

¹⁴ Verneinend BVerfGE 36, 321 (332) (Schallplatten).

¹⁵ Bejahend BVerwGE 84, 71 (74).

¹⁶ Verneinend BVerfG, NJW 2005, 2843 (2843 f.).

¹⁷ Ein anderer umfassender Versuch der Präzisierung findet sich bei F. Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, 1969. Vgl. Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 242 ff. Ablehnend BVerfGE 119, 1 (23) (Esra).

III. Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG)

280 Wie die Kunstfreiheit ist auch die Wissenschaftsfreiheit mit den Worten „Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“ als objektive Grundsatznorm formuliert. Gleichwohl wird der Wissenschaftsfreiheit ebenfalls ein individuelles Freiheitsrecht entnommen. Aber auch der objektive Gehalt des Grundrechts spielt in der Rechtsprechung des BVerfG eine wichtige Rolle.¹⁸

281 Fall 9: Zuchtforschung

Die Medizinische Hochschule Hannover, öffentlich-rechtliche Hochschule gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 2 S. 1 Nr. 1 lit. f) NHG, plant ein Forschungsprojekt, bei dem Katzen derart gezüchtet werden, dass sie in enge quadratische Gefäße hineinpassen. Das Projekt soll entsprechende Erbanlagen erzeugen und so die Anpassungsfähigkeit des tierischen Organismus an extreme Lebensbedingungen belegen. Den Zuchttieren und vor allem ihren Nachkommen entstehen durch das Projekt jedoch erhebliche Qualen. Daher steht dem Projekt § 11b Abs. 1 TierSchG entgegen, der sog. Qualzuchtungen verbietet. Die Hochschule beantragt bei der zuständigen Behörde dennoch eine Erlaubnis, die unter Hinweis auf die genannte Vorschrift abgelehnt wird. Nach Erschöpfung des Rechtswegs erhebt die Medizinische Hochschule Verfassungsbeschwerde. Wird diese Erfolg haben?

§ 11b Abs. 1 TierSchG a.F.: Es ist verboten, Wirbeltiere zu züchten oder durch bio- oder gentechnische Maßnahmen zu verändern, wenn damit gerechnet werden muss, dass bei der Nachzucht, den bio- oder gentechnisch veränderten Tieren selbst oder deren Nachkommen erblich bedingt Körperteile oder Organe für den artgemäßen Gebrauch fehlen oder untauglich oder umgestaltet sind und hierdurch Schmerzen, Leiden oder Schäden auftreten.

1. Persönlicher Schutzbereich

282 In persönlicher Hinsicht schützt Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG jeden, „der im Bereich von Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist“.¹⁹ Dies sind alle Wissenschaftler, vor allem Hochschullehrer, aber auch Assistenten und Studenten.²⁰ Erforderlich ist jeweils eine eigene wissenschaftliche Tätigkeit; eine bloße Mittler-, Hilfs- oder Finanzierungsfunktion reicht nicht aus.²¹ Auch juristische Personen können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, soweit sie

¹⁸ BVerfGE 35, 79 (Ls. 1 und 2) (Hochschul-Urteil); 127, 87 (114) (Hamburgisches Hochschulgesetz).

¹⁹ BVerfGE 47, 327 (367) (Hessisches Universitätsgesetz).

²⁰ BVerfGE 55, 37 (67 f.) (Bremer Modell).

²¹ Britz, in: Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 29 und 31.

selbst wissenschaftliche Tätigkeit veranlassen. Die Wissenschaftsfreiheit steht darüber hinaus auch den öffentlich-rechtlich verfassten Hochschulen ebenso wie deren Fakultäten und Fachbereichen zu.²²

2. Sachlicher Schutzbereich

Das BVerfG definiert **Wissenschaft** als eine Tätigkeit, die „nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“²³. Wissenschaft ist ein grundsätzlich von Fremdbestimmung freier Bereich autonomer Verantwortung. Dem Freiheitsrecht liegt auch der Gedanke zu Grunde, dass eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsvorstellungen freie Wissenschaft die ihr zukommenden Aufgaben am besten erfüllen kann.²⁴ Vor diesem Hintergrund bedeutet „ernsthaft“, dass Wissenschaft von einem gewissen Kenntnisstand ausgeht und diesen pflegt.²⁵ Das Merkmal „planmäßig“ knüpft an ein Vorgehen nach einer nachvollziehbaren Gesetzmäßigkeit, einer Methode, an.²⁶ „Versuch zur Ermittlung der Wahrheit“ meint schließlich die kritische Distanz zur eigenen These²⁷, d. h. die Bereitschaft, auch eigene Ergebnisse kritisch erneut in Frage zu stellen. Das BVerfG ist bei der Anwendung der oben genannten Definition großzügig. Nicht schon Einseitigkeiten, Lücken oder sonstige Mängel führen zum Ausschluss aus dem Schutzbereich, sondern der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit muss systematisch verfehlt werden.²⁸

283

BVerfGE 90, 1 (12 f.) (Jugendgefährdende Schriften III): „Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG schützt aber nicht eine bestimmte Auffassung von Wissenschaft oder eine bestimmte Wissenschaftstheorie. Das wäre mit der prinzipiellen Unvollständigkeit und Unabgeschlossenheit unvereinbar, die der Wissenschaft trotz des für sie konstitutiven Wahrheitsbezugs eignet. **Der Schutz dieses Grundrechts hängt weder von der Richtigkeit der Methoden und Ergebnisse ab noch von der Stichhaltigkeit der Argumentation und Beweisführung oder der Vollständigkeit der Gesichtspunkte und Belege, die einem wissenschaftlichen Werk zu Grunde liegen. Über gute und schlechte Wissenschaft, Wahrheit oder Unwahrheit von Ergebnissen kann nur wissenschaftlich geurteilt werden; Auffassungen, die sich in der wissenschaftlichen Diskussion durchgesetzt haben, bleiben der Revision und dem Wandel unterworfen.** Die Wissenschaftsfreiheit schützt daher auch Mindermeinungen sowie Forschungsansätze und -ergebnisse, die sich als irrig oder fehlerhaft erweisen. Ebenso genießt unorthodoxes oder intuitives Vorgehen den Schutz des Grundrechts. Voraussetzung ist nur, dass es sich dabei um Wissenschaft handelt; darunter fällt alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafter Versuch zur Ermittlung von Wahrheit anzusehen ist.

²² BVerfGE 15, 256 (262) (Universitäre Selbstverwaltung); 93, 85 (93) (Universitätsgesetz NRW). Vgl. Rn. 164.

²³ BVerfGE 35, 79 (112) (Hochschul-Urteil); 47, 327 (367) (Hessisches Universitätsgesetz).

²⁴ BVerfGE 136, 338 (362) (MHH).

²⁵ *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 693.

²⁶ *Britz*, in: Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 19 und 24.

²⁷ *Britz*, in: Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 19.

²⁸ BVerfGE 90, 1 (13) (Jugendgefährdende Schriften III).

Aus der Offenheit und Wandelbarkeit von Wissenschaft, von der der Wissenschaftsbegriff des Grundgesetzes ausgeht, folgt aber nicht, dass eine Veröffentlichung schon deshalb als wissenschaftlich zu gelten hat, weil ihr Autor sie als wissenschaftlich ansieht oder bezeichnet. Denn die Einordnung unter die Wissenschaftsfreiheit, die nicht dem Vorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG unterliegt, kann nicht allein von der Beurteilung desjenigen abhängen, der das Grundrecht für sich in Anspruch nimmt. (...)

Einem Werk kann allerdings nicht schon deshalb die Wissenschaftlichkeit abgesprochen werden, weil es Einseitigkeiten und Lücken aufweist oder gegenteilige Auffassungen unzureichend berücksichtigt. All das mag ein Werk als fehlerhaft im Sinn der Selbstdefinition wissenschaftlicher Standards durch die Wissenschaft ausweisen. Dem Bereich der Wissenschaft ist es erst dann entzogen, wenn es den Anspruch von Wissenschaftlichkeit nicht nur im Einzelnen oder nach der Definition bestimmter Schulen, sondern systematisch verfehlt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn es nicht auf Wahrheitserkenntnis gerichtet ist, sondern vorgefassten Meinungen oder Ergebnissen lediglich den Anschein wissenschaftlicher Gewinnung oder Nachweisbarkeit verleiht. Dafür kann die systematische Ausblendung von Fakten, Quellen, Ansichten und Ergebnissen, die die Auffassung des Autors in Frage stellen, ein Indiz sein. Dagegen genügt es nicht, dass einem Werk in innerwissenschaftlichen Kontroversen zwischen verschiedenen inhaltlichen oder methodischen Richtungen die Wissenschaftlichkeit bestritten wird.“

284 Neben der Wissenschaft erwähnt das Grundgesetz **Forschung und Lehre**. Wissenschaft ist dabei der gemeinsame Oberbegriff. Dieser bringt den engen Bezug von Forschung und Lehre im Sinne von Humboldt zum Ausdruck. „Forschung“ als die „geistige Tätigkeit mit dem Ziele, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen“²⁹, bewirkt angesichts immer neuer Fragestellungen den Fortschritt der Wissenschaft; zugleich ist sie die notwendige Voraussetzung, um den Charakter der Lehre als der wissenschaftlich fundierten Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse zu gewährleisten. Andererseits befruchtet das in der Lehre stattfindende wissenschaftliche Gespräch wiederum die Forschungsarbeit.³⁰

285 Zur **Freiheit der Forschung** gehören die Wahl der „Fragestellung und die Grundsätze der Methodik sowie die Bewertung des Forschungsergebnisses und seine Verbreitung“.³¹ Auch sämtliche anderen forschenden Tätigkeiten fallen in den Schutzbereich der Forschungsfreiheit, sodass diese eine bereichsspezifische Betätigungsfreiheit gewährt. Ohne Bedeutung ist, ob Forschung an der Universität, in der Industrie oder privat stattfindet. Auch Drittmittel- und Auftragsforschung werden von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützt.³² Von der Forschungsfreiheit sollen schließlich auch die Mitwirkungsrechte des Hochschullehrers an der Hochschule erfasst sein.³³

286 Die **Freiheit der Lehre** meint „insbesondere deren Inhalt, den methodischen Ansatz und das Recht auf Äußerung von wissenschaftlichen Lehrmeinungen“.³⁴

²⁹ Bundesbericht Forschung III, BT-Drs. V/4335, S. 4.

³⁰ BVerfGE 35, 79 (112) (Hochschul-Urteil).

³¹ BVerfGE 35, 79 (112) (Hochschul-Urteil); 128, 1 (40 ff.) (Gentechnikgesetz).

³² Britz, in: Dreier, Art. 5 III (Wissenschaft) Rn. 24.

³³ BVerfGE 51, 369 (379) (Auflösungsgesetz).

³⁴ BVerfGE 35, 79 (112 f.) (Hochschul-Urteil). Vgl. § 4 Abs. 3 HRG. Ausführlich Kaufhold, Die Lehrfreiheit – ein verlorenes Grundrecht?, 2006.

Darunter fällt vor allem das Recht, über den Inhalt und Ablauf Ansatz von Lehrveranstaltungen selbst zu bestimmen, und das Recht, sich im Rahmen des Studiums am wissenschaftlichen Gespräch aktiv zu beteiligen.³⁵ Das schließt allerdings dienstrechtliche und organisatorische Verpflichtungen nicht aus, die durch den Ausbildungszweck der Universität gefordert sind.³⁶ Lehre meint den Unterricht mit wissenschaftlichem Anspruch. Schulunterricht ist daher keine Lehre i. S. v. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Die Studierfreiheit ist nicht unmittelbar Teil von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.³⁷

Hinsichtlich der **Schutzbereichsbestimmung** stellen sich bei der ebenfalls vorbehaltlos gewährten Wissenschaftsfreiheit ähnliche Probleme wie bei der Kunstfreiheit. Fällt es in den Schutzbereich, im Rahmen der Forschung auf fremdes Eigentum oder das Leben zuzugreifen? Ist also die Wahl des individuellen Forschungsobjekts Teil des Schutzzumfangs? In der Praxis spielen diese Fragen bei der Wissenschaftsfreiheit bislang kaum eine Rolle. Die Grenzfälle der Bio- und Gentechnik haben das BVerfG bislang noch nicht erreicht.

Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG enthält eine bedeutende **leistungsrechtliche Komponente**: Der Staat muss dafür sorgen, dass sich im öffentlichen Hochschulbetrieb das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit ungehindert entfalten kann.³⁸ Das BVerfG leitet aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG detaillierte Vorgaben beispielsweise für die Zusammensetzung von Hochschulgremien ab.³⁹

287

288

IV. Eingriffe

Eingriffe in die Freiheiten liegen in jeder Beeinträchtigung von künstlerischen bzw. wissenschaftlichen Betätigungen. In Frage kommen Verbote von Veröffentlichungen und Darbietungen ebenso wie Vorgaben, etwa die gesellschaftlichen Folgen wissenschaftlicher Erkenntnisse mitzubedenken.

289

V. Rechtfertigung von Eingriffen

Art. 5 Abs. 3 GG enthält lediglich für die Freiheit der Lehre eine Schranke in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG (sog. **Treueklausel**). Die Aussage, die Freiheit der Lehre entbinde nicht von der Treue zur Verfassung, meint wohl die Pflicht, im Rahmen von Lehrveranstaltungen Loyalität gegenüber der freiheitlich-demokratischen Grundordnung⁴⁰ zu wahren. Dennoch bleibt für Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG nur ein schmaler Anwendungsbereich: Einerseits werden politische Meinungsäußerungen ohnehin nicht von der Wissenschaftsfreiheit geschützt. Andererseits muss im Rahmen der

290

³⁵ BVerfG, NVwZ 2016, 675 (676) (Akkreditierung).

³⁶ BVerfGE 55, 37 (68) (Bremer Modell).

³⁷ Vgl. Glaser, Der Staat 47 (2008), 213 (221 ff.).

³⁸ BVerfGE 111, 333 (354) (Brandenburgisches Hochschulgesetz); 136, 338 (363) (MHH).

³⁹ BVerfGE 35, 79 (122 ff.) (Hochschul-Urteil); 136, 338 (364 ff.) (MHH).

⁴⁰ Zum Begriff BVerfGE 39, 334 (347) (Extremistenbeschluss).

Lehre wissenschaftliche Kritik an der Verfassung zulässig sein.⁴¹ Lediglich dann, wenn wissenschaftliche Lehre zum Kampf gegen das Grundgesetz missbraucht wird, ermächtigt die Schranke des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG den Staat zu Eingriffen. Freilich gilt auch hier der Vorbehalt des Gesetzes. Eingriffe können nicht unmittelbar auf Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG gestützt werden.

291 Darüber hinaus sind die Freiheiten des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vorbehaltlos gewährt. Ein Rückgriff auf die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG scheidet nach dem Wortlaut und der Systematik der Vorschrift aus.⁴² Denn Art. 5 Abs. 3 GG ist ausweislich seiner Stellung *lex specialis* zu Art. 5 Abs. 1 GG. In Ausnahmefällen kann aber **kollidierendes Verfassungsrecht** den Gesetzgeber zu Eingriffen ermächtigen.⁴³ Insbesondere bei der Kunstfreiheit kommt es immer wieder zu Kollisionen mit den Schutzpflichten des Staates für die Jugend (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 2 GG, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), die persönliche Ehre (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 2 GG), oder im Extremfall auch die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)⁴⁴, die zu Einschränkungen führen. Aber auch das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG kann – beispielsweise im Bereich des Urheberrechts – zu Eingriffen führen.⁴⁵ Soweit nicht die Menschenwürde betroffen ist, bedarf es stets einer sorgfältigen, die Bedeutung und das Wesen von Kunst beachtenden Abwägung im Einzelfall. Eingriffe dürfen nicht zur Immunisierung des Staates gegen Kritik führen.⁴⁶ Bei der Wissenschaftsfreiheit sind Kollisionen eher selten. In einem aktuellen Fall hat das BVerfG entschieden, dass die Wissenschaftsfreiheit von Hochschullehrern der Theologie ihre Grenzen am Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV) und an dem durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Recht der Fakultät, ihre Identität als theologische Fakultät zu wahren und ihre Aufgaben in der Theologenausbildung zu erfüllen, findet.⁴⁷ Ferner ermächtigt beispielsweise das Ziel der Qualitätssicherung in der Lehre aufgrund des engen Zusammenhangs des Studiums mit dem Recht der freien Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 GG zu Eingriffen.⁴⁸

292 Ein jüngeres Beispiel für die Problematik, der Kunst mit rechtlichen Maßstäben gerecht zu werden, liefert das **Esra-Urteil** des BVerfG. Die Figuren „Lale“ und „Esra“ des gleichnamigen Romans von Maxim Biller sind anhand einer Reihe biografischer Merkmale als tatsächlich existierende Personen erkennbar. Diese **Erkennbarkeit** allein kann indes nicht dazu führen, dass der Roman das allgemeine Persönlichkeitsrecht der existierenden Personen verletzt. Andernfalls wären

⁴¹ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 428.

⁴² BVerfGE 30, 173 (191 f.) (Mephisto).

⁴³ Vgl. Rn. 77 ff.

⁴⁴ Beispiel in BVerfGE 75, 369 ff. (Strauß-Karikatur): Dort hatte eine Zeitschrift Strauß u. a. als Schwein beim Sex dargestellt. Das BVerfG sah die Menschenwürde von Strauß verletzt (Franz-Josef Strauß war u. a. Vorsitzender der CSU, Bundesverteidigungsminister, Kanzlerkandidat der CDU/CSU im Jahr 1980 und langjähriger bayerischer Ministerpräsident.).

⁴⁵ BVerfG, NJW 2016, 2247 (2248) (Sampling).

⁴⁶ BVerfGE 81, 278 (294) (Bundesflagge).

⁴⁷ BVerfGE 122, 89 ff. (Theologieprofessor).

⁴⁸ BVerfG, NVwZ 2016, 675 (677) (Akkreditierung).

alle Kunstformen mit Bezug zu existierenden Personen von einem Verbot bedroht. Maßgeblich kommt es nach Ansicht des BVerfG darauf an, dass falsche Tatsachen behauptet werden oder der Kernbereich der Persönlichkeit durch Schilderungen betroffen ist und gerade diese Teile der Schilderung als real nahe gelegt werden.⁴⁹ Eine Vermutung streitet dabei für die Fiktionalität jeder Schilderung. Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Je mehr die künstlerische Darstellung besonders geschützte Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die **Fiktionalisierung** sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen.⁵⁰ Die Anwendung dieser Maßstäbe ist indes problematisch. Dichtung und Wahrheit kann der Leser ebenso wie das prüfende Gericht kaum unterscheiden. Die Forderung nach Verfremdung geht insofern ins Leere. Es mag daher vorzugswürdig sein, eine **Gesamtbetrachtung** des Romans vorzunehmen und zu fragen, ob die Kunstform missbraucht wird und lediglich ein Mittel ist, um bestimmte Personen zu beleidigen, zu verleumden oder verächtlich herabzuwürdigen. Nur dann tritt die Kunstfreiheit hinter kollidierende Rechtspositionen zurück.⁵¹

VI. Konkurrenzen

Die Freiheiten des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG konkurrieren regelmäßig mit der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; dieser gehen sie im Wege normativer Spezialität vor.⁵²

293

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Schutzbereichsbestimmung der Kunstfreiheit (Rn. 274 ff.).
- Baurechtliche/straßenrechtliche Genehmigungen (z. B. bei Straßenmalerei) (Rn. 278 f.).
- Beeinträchtigung fremden Eigentums zur künstlerischen Betätigung (Rn. 278 f.).
- Kunstfreiheit und Jugendschutz (z. B. bei Pornografie), Ehrschutz (Rn. 291 f.).
- Grundrechtsberechtigung bei der Wissenschaftsfreiheit (Rn. 282).
- Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts (Rn. 77 ff.).

294

⁴⁹ BVerfGE 119, 1 (33) (Esra).

⁵⁰ BVerfGE 119, 1 (Ls. 4) (Esra).

⁵¹ Vgl. die Sondervoten *Gaier/Hohmann-Dennhardt* und *Hoffmann-Riem* zu BVerfGE 119, 1 (37 ff.; 48 ff.) (Esra). Kritisch auch *Lenski*, NVwZ 2008, 281 (282 ff.); *Vosgerau*, Der Staat 48 (2009), 107 (112 ff.). Zustimmend im Grundsatz *Wittreck*, Jura 2009, 128 ff.

⁵² Vgl. Rn. 258 ff. und *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 5 Rn. 117, auch zu weiteren Konkurrenzfragen.

Kapitel 7: Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG)

Literatur:

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 33 ff.; *Frenz, Walter*, Glaubensfreiheit und Schulpflicht, JA 2013, 999 ff.; *Klein, Tonio*, Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr?, DÖV 2015, 464 ff.; *Kloepfer, Michael*, Der Islam in Deutschland als Verfassungsfrage, DÖV 2006, 45 ff.; *Lenz, Sebastian*, Schutzbereich und Schranken der Religionsfreiheit, VR 2003, 226 ff.; *Mosbacher, Wolfgang*, Das neue Sonntagsgrundrecht – am Beispiel des Ladenschlusses, NVwZ 2010, 537 ff.; *Muckel, Stefan*, Die Grenzen der Gewissensfreiheit, NJW 2000, 689 ff.; *Pieroth, Bodo/Görisch, Christoph*, Was ist eine „Religionsgemeinschaft“?, JuS 2002, 937 ff.; *Tillmanns, Rainer*, Die Religionsfreiheit (Art. 4 I, II GG), Jura 2004, 619 ff.

Literatur zur Drittwirkungsproblematik:

Augsberg, Ino/Viellechner, Lars, Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem, JuS 2008, 406 ff.; *Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 ff.; *Gurlit, Elke*, Grundrechtsbindung von Unternehmen, NZG 2012, 249 ff.; *Lehner, Roman*, Diskriminierungen im allgemeinen Privatrecht als Grundrechtsproblem, JuS 2013, 410 ff.; *Lenz, Sebastian/Leydecker, Philipp*, Privatrecht als Freiheitsordnung, ZG 2006, 407 ff.; *Oldiges, Martin*, Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in: FS für Friauf, 1996, 281 ff.; *de Wall, Heinrich/Wagner, Roland*, Die sog. Drittwirkung der Grundrechte, JA 2011, 734 ff.

Fallbearbeitungen:

Bellardita, Alessandro/Neureither, Georg, Zwischenprüfungsklausur – Öffentliches Recht: Turban statt Helm?, JuS 2005, 1000 ff.; *Brinktrine, Ralf/Šarčević, Edin*, Klausuren Nr. 3 (S. 43 ff.) und Nr. 6 (S. 119 ff.); *Degenhart, Christoph*, I, Fälle 14 (S. 206 ff.), 20 (S. 290 ff.), II, Fall 12 (S. 298 ff.); *Enders, Christoph*, (Original-)Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Verwaltungsrecht und Grundrechte – Hüllenbad statt Hallenbad?, JuS 2013, 54 ff.; *Groh, Kathrin*, Übungsklausur – Öffentliches Recht: Eine Muslima als Schöffin?, JuS 2007, 538 ff.; *Höfling, Wolfgang*, Fall 2 (S. 11 ff.); *Neureither, Georg*, Grundfälle zu Art. 4 I, II GG, JuS 2006, 1067 ff., JuS 2007, 20 ff.; *Pieroth, Bodo/Görisch, Christoph/Hartmann, Bernd*, Hausarbeit Nr. 2 (S. 55 ff.); *Tannergemann, Christoph*, Glauben ist alles, Jura 2005, 119 ff.; *Volkmann, Uwe*, Fall 6 (S. 141 ff.).

Leitentscheidungen zur Religionsfreiheit:

BVerfGE 24, 236 ff. ([Aktion] Rumpelkammer); 32, 98 ff. (Gesundbeter); 83, 341 ff. (Bahá'í); 93, 1 ff. (Kruzifix); 105, 279 ff. (Sektenwarnung); 108, 282 ff. (Kopftuch I); 125, 39 ff. (Sonntagsschutz); 138, 296 ff. (Kopftuch II); BVerwGE 141, 223 ff. (Islamisches Schulgebet); BVerwG, NJW 2014, 804 ff. (Krabat); NVwZ 2014, 81 ff. (Schwimmunterricht).

Leitentscheidungen zur Gewissensfreiheit:

BVerfGE 28, 243 ff. (Dienstpflichtverweigerung); 69, 1 ff. (Kriegsdienstverweigerung II); BVerwGE 105, 73 ff. (Teilnahme an Tierversuchen); 127, 302 ff. (Befehlsverweigerung).

Leitentscheidungen zur Drittwirkung:

BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth); 25, 256 ff. (Blinkfuer); 81, 242 ff. (Handelsvertreter); 89, 214 ff. (Bürgerschaftsverträge); 128, 226 ff. (Fraport).

I. Hintergrund

295 Die Forderung nach religiöser Freiheit gehört zu den ältesten Freiheitsrechten überhaupt. Seit Beginn der Reformation Anfang des 16. Jahrhunderts führte die Glaubensspaltung in Europa immer wieder zu kriegerischen Auseinandersetzungen, die ihren Höhepunkt schließlich im 30-jährigen Krieg (1618–1648) fanden. Bis dahin war die religiöse Freiheit in Deutschland für den Einzelnen in keiner Weise gewährleistet. Beispielhaft für den Umgang mit der Religion war der Augsburger Religionsfriede von 1555, der u. a. bestimmte, dass die Untertanen dem Bekenntnis des Landesherrn folgen müssen. 1648 enthielt der Westfälische Frieden einen ersten Ansatz religiöser Freiheit: Die Landesherrn sollten das Bekenntnis ihrer Untertanen grundsätzlich dulden. Friedrich II „der Große“ verankerte schließlich Mitte des 18. Jahrhunderts die Religionsfreiheit in Preußen; das 1794 nach seinem Tod in Kraft getretene preußische Allgemeine Landrecht (ALR) sicherte den Bürgern die „vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit“ zu. Auch die Paulskirchenverfassung enthielt mit den §§ 144 ff. umfängliche Gewährleistungen religiöser Freiheit ebenso wie eine Garantie der Gewissensfreiheit. Ohne historisches Vorbild ist hingegen die Weltanschauungsfreiheit, die im Grundgesetz das erste Mal zu finden ist. Der Schutz der Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit auf europäischer Ebene wird von Art. 9 EMRK und Art. 10 GR-Charta garantiert.

II. Religions- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG)

296**Fall 10: Krabat**

Die Eltern (E) gehören der Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas an. Ihr 14 Jahre alter Sohn S besucht die 8. Klasse eines Gymnasiums. Im Deutschunterricht wurde das Buch „Krabat“ von Ottfried Preußler besprochen. Ferner sollte als Unterrichtsveranstaltung der Film „Krabat“ besucht werden. Dieser zeigt unter anderem Praktiken schwarzer Magie. Da es ihnen die Grundsätze ihrer Religionsgemeinschaft verbieten, sich mit schwarzer Magie zu befassen, beantragten die E, ihren Sohn S von dieser Unterrichtsveranstaltung zu befreien. Die Schule lehnte die Befreiung ab. Dennoch nahm S nicht an der Filmvorführung teil.

Mit ihrer in allen Instanzen erfolglos gebliebenen Klage haben die E sowie der S die Feststellung begehrt, dass die Ablehnung der Befreiung vom Unterricht rechtswidrig war. Zur Begründung haben die Gerichte ausgeführt, dass die Schule mit der Filmvorführung nicht gegen das verfassungsrechtliche Gebot, bei der Ausgestaltung des Unterrichts Neutralität in religiöser Hinsicht zu wahren, verstoßen habe. Beeinträchtigungen religiöser Vorstellungen seien grundsätzlich als typische Begleiterscheinungen des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags und der seiner Umsetzung dienenden Schulpflicht hinzunehmen.

E und S erheben Verfassungsbeschwerde. Hat diese Erfolg?

§ 43 Abs. 1 S. 1 SchulG NRW: Schülerinnen und Schüler sind verpflichtet, regelmäßig am Unterricht und an den sonstigen verbindlichen Schulveranstaltungen teilzunehmen.

§ 43 Abs. 4 S. 1 SchulG NRW: Die Schulleiterin oder der Schulleiter kann Schülerinnen und Schüler auf Antrag der Eltern aus wichtigem Grund bis zur Dauer eines Schuljahrs vom Unterricht beurlauben oder von der Teilnahme an einzelnen Unterrichts- oder Schulveranstaltungen befreien.

Fall nach BVerwG, NJW 2014, 804 ff.

Art. 4 GG behandelt in seinen ersten zwei Absätzen die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses. Die Vorschriften dürfen allerdings nicht isoliert betrachtet werden. In **Art. 140 GG i. V. m. den Art. 136 ff. WRV** enthält das Grundgesetz weitere religionsbezogene Bestimmungen. Diese wörtlich aus der Weimarer Reichsverfassung übernommenen Artikel werden durch Art. 140 GG in das Grundgesetz **inkorporiert**. Der Grund für diese ungewöhnliche Technik liegt in tief gehenden Meinungsverschiedenheiten im Parlamentarischen Rat über das Verhältnis von Kirche und Staat.¹ In der Übernahme der WRV-Vorschriften wurde schließlich ein – nicht gänzlich widerspruchsfreier – Kompromiss gefunden, mit dem alle Seiten leben konnten.

297

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthält in persönlicher Hinsicht keine Beschränkung, sondern ist als Menschenrecht bzw. Jedermann-Grundrecht formuliert. Jede natürliche Person kann sich daher auf Art. 4 Abs. 1, 2 GG in Form der individuellen Religions- und Weltanschauungsfreiheit berufen.

298

¹ Vgl. JöR 1 (1951), S. 899 ff.

- 299** Gerade im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1, 2 GG taucht häufig die Frage auf, ob und inwieweit sich **Kinder und Jugendliche** auf Grundrechte berufen können. Gibt es mit anderen Worten ein Mindestalter, mit dessen Erreichen die „**Grundrechtsmündigkeit**“ eintritt? Eine grundgesetzliche Regelung dazu gibt es nicht. Der Begriff lehnt sich daher an die Regeln zur Geschäftsfähigkeit des BGB an und meint die materiellrechtliche Fähigkeit zur selbstständigen Wahrnehmung von Grundrechten. Zweifelhaft ist aber, ob ein solches generelles Erfordernis einer „Grundrechtsmündigkeit“ anzuerkennen ist. Im Wesentlichen sind drei unterschiedliche Problemkreise auseinander zu halten:²
- 300** • **Gegenüber dem Staat** sind Minderjährige stets grundrechtsberechtigt. Will der Staat in Grundrechte von Minderjährigen eingreifen, gelten keine Besonderheiten.
- 301** • **Gegenüber den Eltern** kann sich der Minderjährige nicht auf Grundrechte berufen, da diese nur im Verhältnis Staat-Bürger unmittelbar gelten. Allerdings muss der Staat sicherstellen, dass die Kinder entsprechend ihrer persönlichen Entwicklung ihre Religionsfreiheit wahrnehmen können. In Erfüllung seiner Schutzpflichten³ hat der Staat etwa Regelungen über die Kindererziehung geschaffen, die das Verhältnis von Eltern und Kindern ausgestalten. Ein Beispiel enthält das Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RelKERzG), das in § 5 S. 1 das alleinige Entscheidungsrecht in religiösen Fragen dem Kind ab einem Alter von 14 Jahren überträgt.
- 302** • **Im Prozess** vor dem BVerfG gelten die Grundsätze über die Prozessfähigkeit, wobei auch Minderjährige prozessfähig sein können, wenn sie in Bezug auf das jeweilige Grundrecht reif und einsichtsfähig sind.⁴ Ansonsten werden sie durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten. Gelegentlich sieht insofern das einfache Recht – wie etwa § 5 S. 1 RelKERzG – für die Wahrnehmung eines Grundrechts eine bestimmte Altersgrenze vor, die dann auch für den Verfassungsprozess gilt.⁵
- 303** • **Juristische Personen** können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG⁶ auf Art. 4 Abs. 1, 2 GG berufen, soweit das Grundrecht wesensmäßig auch auf diese anwendbar ist.⁷ Die wesensmäßige Anwendbarkeit könnte man mit dem Argument verneinen, bei einem Glauben oder einer Weltanschauung handele es sich um psychische Phänomene, die unmittelbar an natürliche Eigenschaften des Menschen anknüpfen. Einen eigenen Glauben kann eine juristische Person naturgemäß nicht haben. Dennoch kann aber eine juristische Person einen religiös motivierten Zweck verfolgen. Soweit daher die Zweckbestimmung einer juristischen Person religiös oder weltanschaulich motiviert ist, fällt sie gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG

² Anschaulich dazu *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 137 ff.

³ Vgl. Rn. 122 ff.

⁴ Vgl. Rn. 173.

⁵ BVerfGE 1, 87 (89) (Querulant).

⁶ Vgl. Rn. 156 ff.

⁷ Vgl. Rn. 172.

in den Schutzbereich.⁸ Art. 4 Abs. 1, 2 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG gewährleistet also auch die kollektive Religions- und Weltanschauungsfreiheit.

In der Literatur ist allerdings umstritten, inwieweit Art. 19 Abs. 3 GG überhaupt zur Anwendung gelangt. Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthalte unmittelbar eine Garantie der kollektiven Religions- und Weltanschauungsfreiheit, sodass es eines Rückgriffs auf Art. 19 Abs. 3 GG nicht bedürfe.⁹ Diese Konstruktion eines „**Doppelgrundrechts**“ ist aber nicht zweifelsfrei: Vieles spricht dafür, Art. 19 Abs. 3 GG als eine spezielle Regelung dafür anzusehen, ob und inwieweit sich juristische Personen auf Grundrechte berufen können. Für eine Sonderstellung des Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthalten weder der Wortlaut noch die Systematik irgendeinen Anhaltspunkt.¹⁰

304

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung ist es regelmäßig unerheblich, ob die Grundrechtsberechtigung unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG oder Art. 4 Abs. 1, 2 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG folgt. Das Problem sollte daher lediglich sehr knapp erwähnt werden, ohne dass eine Entscheidung in der Sache erfolgt. Keinesfalls sollten hier lange Ausführungen gemacht werden. Diese Regel gilt im Übrigen allgemein für Streitfragen, auf die es zur Falllösung nicht ankommt.

305

Ableiten lässt sich aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV hingegen eine **Sonderstellung der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften**.¹¹ Aus diesen Vorschriften lässt sich unmittelbar, d. h. ohne Rückgriff auf Art. 19 Abs. 3 GG, eine Grundrechtsberechtigung der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften ableiten. Wichtig ist dabei, dass die Organisationsform keine Rolle spielt. Auch die gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Religionsgemeinschaften können sich auf Grundrechte berufen. Zur Begründung führt das BVerfG aus, dass die Regelung des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV die Religionsgemeinschaften nicht in den Staat eingliedern soll.¹² Die öffentlich-rechtlich organisierten Kirchen sind also weder Teil des Staates, noch nehmen sie vom Staat abgeleitete Aufgaben wahr. Sie existieren nicht kraft staatlicher Errichtung, sondern aus eigenem Recht und mit originären Aufgaben. Diese Aufgaben nehmen sie innerhalb des grundrechtlich geschützten Lebensbereichs der Religionsfreiheit wahr. Die Zuerkennung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts stellt insofern eine Privilegierung dar, die die Kirchen nicht hindern soll, als „jedermann“ eigene Rechte gegen den Staat geltend zu machen. Daher sind alle Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften

306

⁸ BVerfGE 53, 366 (383) (Konfessionelle Krankenhäuser); 70, 138 (160) (Loyalitätspflicht).

⁹ Dreier, in: ders., Art. 19 III Rn. 88 ff.; unklar BVerfGE 102, 370 (383) (Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas); 105, 279 (293) (Osho).

¹⁰ Vgl. zu der ähnlichen Problematik bei Art. 9 GG Rn. 866 f.

¹¹ Vgl. zum Staatskirchenrecht Rn. 322 ff.

¹² BVerfGE 18, 385 (386) (Teilung einer Kirchengemeinde); 42, 312 (321) (Inkompatibilität/Kirchliches Amt); 125, 39 (73) (Sonntagsruhe).

unabhängig von ihrem Status gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV universell grundrechtsfähig.¹³

b) Sachlicher Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit

aa) Begriffe: Religion und Weltanschauung

307 In sachlicher Hinsicht bestimmen zunächst die Begriffe der Religion und der Weltanschauung den Schutzbereich. Beide Begriffe stehen in einem Ausschließlichkeitsverhältnis: Sie haben zwar gemeinsam, dass sie metaphysische Erklärungsmodelle für die Existenz der Welt und der in ihr lebenden Menschen bezeichnen. Während sich die **Religion** jedoch auf einen Gottesbezug stützt, kommen **Weltanschauungen** ohne Rückgriff auf transzendente Modelle aus.¹⁴ Diese Definitionen weisen bereits deutlich auf ein Zentralelement der religionsbezogenen Vorschriften des Grundgesetzes hin: die inhaltliche Neutralität. Religionen sind daher nicht bloß die traditionellen christlichen Kirchen, sondern auch ausländische Glaubensrichtungen wie der Islam und häufig auch die sog. Sekten.¹⁵ Ob eine Religion vorliegt, ist zuweilen schwierig zu bestimmen. Das BVerfG legt dabei objektive Kriterien an und lässt die Selbsteinstufung einer Gemeinschaft als Religion nicht genügen. Maßgeblich sei vielmehr, dass „es sich auch tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion und Religionsgemeinschaft“ handle.¹⁶ Nicht entscheidend sind die zahlenmäßige Stärke und soziale Relevanz einer Vereinigung.¹⁷

bb) Reichweite des Schutzes: einheitlicher Schutzbereich?

308 Die Reichweite des Schutzes legt Art. 4 Abs. 1, 2 GG in drei unterschiedlichen, auf Religion und Weltanschauung bezogenen Gewährleistungen fest:

- Art. 4 Abs. 1 GG garantiert die Freiheit des Glaubens und des Bekenntnisses. Die **Glaubensfreiheit** schützt die Freiheit, sich einem religiösen oder weltanschaulichen Glauben anzuschließen (forum internum), während die **Bekenntnisfreiheit** die Freiheit, diesen Glauben bzw. die Weltanschauung beispielsweise in Form religiöser oder weltanschaulicher Meinungsäußerung¹⁸ nach außen kund zu tun (forum externum), gewährleistet.¹⁹
- Art. 4 Abs. 2 GG umfasst schließlich die **Freiheit der Religionsausübung**, also die Freiheit, ungestört religiöse Gebräuche und kultische Handlungen auszuüben.

¹³ Vgl. allgemein zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen Rn. 156 ff.

¹⁴ Vgl. BVerfGE 12, 1 (3) (Glaubensabwerbung).

¹⁵ BVerfGE 83, 341 (353) (Bahá'í) zur gleichnamigen Glaubensrichtung; BVerwG, NJW 2006, 1303 (1309 f.) zu Scientology.

¹⁶ BVerfGE 83, 341 (353) (Bahá'í).

¹⁷ BVerfGE 32, 98 (106) (Gesundbeter).

¹⁸ Vgl. zum Verhältnis der religiösen Äußerungsfreiheit zu Art. 5 Abs. 1 GG BVerwG, NVwZ 2011, 1278 (1279).

¹⁹ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4 Rn. 36.

308a

Das BVerfG geht jedoch über den Verfassungstext noch hinaus und legt einen einheitlichen Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, 2 GG in Form einer umfassenden Religions- und Weltanschauungsfreiheit zugrunde.²⁰ Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthält danach ein **umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht**.²¹ Es erstreckt sich mit den Worten des BVerfG nicht nur auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, das heißt einen Glauben zu haben, zu verschweigen, sich vom bisherigen Glauben loszusagen und einem anderen Glauben zuzuwenden, sondern auch auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten, für seinen Glauben zu werben und andere von ihrem Glauben abzuwerben. Umfasst sind damit nicht allein kultische Handlungen und die Ausübung und Beachtung religiöser Gebräuche, sondern auch die religiöse Erziehung sowie andere Äußerungsformen des religiösen und weltanschaulichen Lebens. Dazu gehört auch das Recht der Einzelnen, ihr gesamtes Verhalten an den Lehren ihres Glaubens auszurichten und dieser Überzeugung gemäß zu handeln, also glaubensgeleitet zu leben. Die damit entstehende **religiöse Handlungsfreiheit**, die etwa auch eine Altkleidersammlung aus religiösen Motiven erfasst,²² begründet das BVerfG mit der Bedeutung der Religionsfreiheit für die Menschenwürde und die freie Selbstbestimmung des Einzelnen; beides gebiete eine „extensive Auslegung“.

309

Die Religionsfreiheit schützt zudem nicht nur ein Verhalten, das auf imperativen Glaubenssätzen beruht, sondern auch religiöse Überzeugungen, die keinen vergleichbaren Grad an Verbindlichkeit aufweisen.²³ **Es genügt, wenn der Glaube eine bestimmte Handlung als das beste und adäquate Mittel erscheinen lässt, um die Lebenslage der Glaubenshaltung entsprechend zu bewältigen.**²⁴ Ob eine Handlung im Einzelfall zur von Art. 4 Abs. 1, 2 GG geschützten Religionsausübung zählt oder es sich lediglich um ein gegebenenfalls kulturell geprägtes sonstiges Verhalten handelt, welches dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterfällt, muss der Staat im Konfliktfall prüfen und beurteilen. Dabei kommt es darauf an, ob sich das Verhalten nach geistigem Gehalt und äußerer Erscheinung in plausibler Weise dem Schutzbereich des Art. 4 GG zuordnen lässt, also tatsächlich eine als religiös anzusehende Motivation hat. Maßgeblich zu berücksichtigen ist dabei das Selbstverständnis der jeweiligen Religion bzw. der religiösen Gemeinschaft.²⁵ Dem Staat ist es verwehrt, die Glaubensüberzeugungen seiner Bürger zu bewerten oder gar als „richtig“ oder „falsch“ zu bezeichnen; dies gilt insbesondere dann, wenn hierzu innerhalb einer Religion divergierende Ansichten vertreten werden.²⁶

²⁰ StRSpr. seit BVerfGE 12, 1 (4) (Tabak-Missionierung).

²¹ BVerfGE 138, 296 (328 f.) (Kopftuch II).

²² BVerfGE 24, 236 ff. ([Aktion] Rumpelkammer).

²³ BVerfGE 108, 282 (297) (Kopftuch I); 138, 296 (328 f.) (Kopftuch II).

²⁴ BVerfGE 32, 98 (106, 107) (Gesundbeter).

²⁵ BVerfGE 137, 273 (315 f.) (Chefarzt); BVerfG, Beschl. v. 09.05.2016 – 1 BvR 2202/13 –, juris Rn. 73.

²⁶ BVerfGE 138, 296 (329) (Kopftuch II).

BVerfGE 32, 98 (106) (Gesundbeter): „In einem Staat, in dem die menschliche Würde oberster Wert ist, und in dem der freien Selbstbestimmung des Einzelnen zugleich ein gemeinschaftsbildender Wert zuerkannt wird, gewährt die Glaubensfreiheit dem Einzelnen einen von staatlichen Eingriffen freien Rechtsraum, in dem er sich die Lebensform zu geben vermag, die seiner Überzeugung entspricht. **Insofern ist die Glaubensfreiheit mehr als religiöse Toleranz, d. h. bloße Duldung religiöser Bekenntnisse oder irreligiöser Überzeugungen. Sie umfasst daher nicht nur die (innere) Freiheit zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch die äußere Freiheit, den Glauben zu manifestieren, zu bekennen und zu verbreiten. Dazu gehört auch das Recht des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln.** Dabei sind nicht nur Überzeugungen, die auf imperativen Glaubenssätzen beruhen, durch die Glaubensfreiheit geschützt. Vielmehr umspannt sie auch religiöse Überzeugungen, die für eine konkrete Lebenssituation eine ausschließlich religiöse Reaktion zwar nicht zwingend fordern, diese Reaktion aber für das beste und adäquate Mittel halten, um die Lebenslage nach der Glaubenshaltung zu bewältigen. Andernfalls würde das Grundrecht der Glaubensfreiheit sich nicht voll entfalten können.“

310 In der Literatur²⁷ ist diese Ausdehnung des Schutzbereichs über den Wortlaut hinaus umstritten: Erstens entspricht die Annahme eines einheitlichen Schutzbereichs nicht den gravierenden Bedeutungsunterschieden, die zwischen ursprünglich religiösem Verhalten wie etwa dem Gebet, dem Gottesdienst oder der Prozession und sonstigem religiös begründeten Verhalten wie etwa einem Verkaufsstand für religiöse Schriften in der Fußgängerzone bestehen, wenn all diese Verhaltensweisen unter identischen Schutz gestellt werden. Zweitens entstehen in Folge der großzügigen Schutzbereichsbestimmung zahllose Konflikte zwischen der Religionsfreiheit und anderen Grundrechten oder der allgemeinen Rechtsordnung. Die Religionsfreiheit wird damit zu einem Grundrecht, das beständig nach Ausnahmen von allgemein geltenden Regeln verlangt. Insofern spricht vieles für eine Beschränkung des Schutzbereichs auf die dem Verfassungstext unmittelbar zu entnehmenden Freiheiten.²⁸

311 Bei der näheren **Bestimmung des Schutzbereiches** von Art. 4 Abs. 1, 2 GG sind die durch Art. 140 GG in das Grundgesetz aufgenommenen Vorschriften der WRV zu beachten. Bei diesen Vorschriften handelt es sich zwar nicht um Grundrechte oder um grundrechtsgleiche Rechte. Die Gewährleistungen der sog. **Weimarer Kirchenartikel** sind aber funktional auch auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt. Sie regeln das Grundverhältnis zwischen Kirche und Staat und bilden mit dem Grundgesetz ein organisches Ganzes. Aus diesem Grund sind die Religionsgemeinschaften beispielsweise berechtigt, den Schutz der Sonntagsruhe gemäß Art. 4 Abs. 1, 2 GG i. V. m. Art. 139 WRV im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend zu machen.²⁹

312 Nicht unmittelbar von Art. 4 Abs. 1, 2 GG geschützt ist das in der Praxis sehr konflikträchtige **Erziehungsrecht der Eltern in religiösen Angelegenheiten**. In-

²⁷ Kritisch Muckel, in: Friauf/Höfling, Art. 4 Rn. 6 m. w. N.

²⁸ Vgl. Lenz, VR 2003, 226 (226 ff.); Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 125 ff.

²⁹ BVerfGE 125, 39 (78 ff.) (Sonntagsruhe).

soweit gewährleistet Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG i. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG das Recht der Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubensfragen zu vermitteln, die sie für richtig halten. Dieses religiöse Erziehungsrecht schließt die Befugnis der Eltern ein, darauf hinzuwirken, dass ihre Kinder in ihrem alltäglichen Verhalten die Vorgaben des Glaubens beachten, den die Eltern für richtig halten und ihren Kindern vermitteln wollen.³⁰ Es umfasst ferner das Recht, die Kinder von Glaubensüberzeugungen fernzuhalten, die den Eltern als falsch oder schädlich erscheinen.³¹

cc) Negative Freiheiten?

Ein weiteres allgemeines Problem, das vor allem bei Art. 4 Abs. 1, 2 GG und Art. 9 GG³² relevant wird, ist die Frage nach der Anerkennung sog. negativer Freiheiten. Damit ist das Recht gemeint, die gewährte Freiheit gerade nicht zu betätigen, also – am Beispiel des Art. 4 Abs. 1, 2 GG – keinen Glauben zu haben, einen Glauben nicht zu bekennen bzw. seine Religion nicht auszuüben. Das BVerfG leitet – im Einklang mit weiten Teilen des Schrifttums – die negativen Freiheiten mittels eines **Umkehrschlusses** aus den nach dem Wortlaut gewährten positiven Freiheiten ab.³³ Die generelle Anerkennung einer negativen Seite der Freiheitsrechte ist nicht unproblematisch:³⁴ Deutlich wird dies vor allem dann, wenn – wie im Fall des zweiten Kopftuchurteils³⁵ – die positive und die negative Seite eines Freiheitsrechts miteinander kollidieren und so die im Verfassungstext in keiner Weise verankerte negative Seite zu Einschränkungen der positiven Seite führt.

Über die Problematik der Ableitung negativer Freiheiten aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG hinaus gibt es im Grundgesetz aber auch explizit benannte negative religiöse Freiheiten: Diese finden sich in Art. 7 Abs. 2 und 3 S. 3 GG und Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 3, 4, Art. 141 WRV.

BVerfGE 93, 1 (15 f.) (Kruzifix): „Art. 4 Abs. 1 GG schützt die Glaubensfreiheit. Die Entscheidung für oder gegen einen Glauben ist danach Sache des Einzelnen, nicht des Staates. Der Staat darf ihm einen Glauben oder eine Religion weder vorschreiben noch verbieten. Zur Glaubensfreiheit gehört aber nicht nur die Freiheit, einen Glauben zu haben, sondern auch die Freiheit, nach den eigenen Glaubensüberzeugungen zu leben und zu handeln. Insbesondere gewährleistet die Glaubensfreiheit die Teilnahme an den kultischen Handlungen, die ein Glaube vorschreibt oder in denen er Ausdruck findet. **Dem entspricht umgekehrt die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fernzubleiben. Diese Freiheit bezieht sich ebenfalls auf die Symbole, in denen ein Glaube oder eine Religion sich darstellt. Art. 4 Abs. 1 GG überlässt es dem Einzelnen zu entscheiden, welche religiösen Symbole er anerkennt und verehrt und welche er ablehnt.** Zwar hat er in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben. Davon zu unterscheiden ist aber eine

³⁰ Vgl. BVerfGE 93, 1 (17) (Kruzifix); BVerwG, NJW 2014, 804 (804 ff.) (Krabat). Vgl. zum Erziehungsrecht der Eltern Rn. 519.

³¹ BVerfGE 138, 296 (337 f.) (Kopftuch II).

³² Vgl. Rn. 880 ff. Vgl. zur negativen Bewegungsfreiheit Rn. 720 f.

³³ Vgl. BVerfGE 93, 1 (15) (Kruzifix); 108, 282 (301 f.) (Kopftuch I); Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4 Rn. 23 ff.

³⁴ Kritik bei Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 130 ff.

³⁵ BVerfGE 138, 296 (337 f.) (Kopftuch II).

313

314

vom Staat geschaffene Lage, in der der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist. Insofern entfaltet Art. 4 Abs. 1 GG seine freiheitssichernde Wirkung gerade in Lebensbereichen, die nicht der gesellschaftlichen Selbstorganisation überlassen, sondern vom Staat in Vorsorge genommen worden sind. Dem trägt auch Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 4 WRV dadurch Rechnung, dass er ausdrücklich verbietet, jemanden zur Teilnahme an religiösen Übungen zu zwingen.“

2. Eingriffe

- 315** Eingriffe in den Schutzbereich der Religions- und Weltanschauungsfreiheit bestehen vor allem in Ge- und Verboten, die nachteilige Rechtsfolgen an einen Glauben oder ein Bekenntnis knüpfen. Auch allgemein bestehende Pflichten wie etwa die Schulpflicht können in die Religions- und Weltanschauungsfreiheit eingreifen, wenn diese, etwa beim gemeinsamen Schulsport von Jungen und Mädchen³⁶, einen Verstoß gegen Regeln des Glaubens verlangen. Auch sind faktische Beeinträchtigungen, etwa durch staatliche Warnungen vor Jugendsekten³⁷, denkbar.

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a) Schranken

- 316** Art. 4 Abs. 1, 2 GG selbst enthält nach seinem Wortlaut keinen Gesetzesvorbehalt; die Religions- und Weltanschauungsfreiheit ist **vorbehaltlos** gewährt.
- 317** Allerdings findet sich in **Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV** der Satz, dass die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt werden. Unter bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten sind alle Rechtspositionen im bürgerlichen und öffentlichen Recht zu verstehen.³⁸ Das könnte bedeuten, dass die für alle gleichermaßen geltenden und nicht religionsspezifischen Pflichten der Freiheit der Religionsausübung vorgehen sollen und diese mithin in Form eines **Vorbehalts des allgemeinen Gesetzes** beschränken. Während „Sonderrecht“ gegen die Religionsausübungsfreiheit ähnlich wie bei Art. 5 Abs. 2 GG hinsichtlich der Meinungsfreiheit³⁹ ausgeschlossen wäre, blieben sonstige Einschränkungen nach Art. 136 Abs. 1 WRV möglich. In Art. 136 Abs. 1 WRV ist zwar lediglich von der „Freiheit der Religionsausübung“ die Rede, während Art. 4 Abs. 1, 2 GG auch die Glaubens-, Bekenntnis- und die Weltanschauungsfreiheit schützt. Versteht man aber Art. 4 Abs. 1, 2 GG mit dem BVerfG als Grundrecht mit einheitlichem Schutz-

³⁶ Vgl. BVerwGE 94, 82 ff.

³⁷ BVerfGE 105, 279 (300 f.) (Sektenwarnung). Vgl. Rn. 392 ff.

³⁸ Morlok, in: Dreier, Art. 136 WRV/Art. 140 Rn. 15.

³⁹ Vgl. Rn. 240 ff.

bereich, muss man die Schranke aus Art. 136 Abs. 1 WRV mangels selbstständiger Einzelgewährleistungen auf den ganzen Schutzbereich beziehen.⁴⁰

Obwohl Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV („Pflichten“) als Schranke der Religions- und Weltanschauungsfreiheit formuliert ist, hat das BVerfG dennoch dessen Anwendung bislang stets abgelehnt: Das Gericht stützt sich dabei im Wesentlichen auf systematische und teleologische Erwägungen: Art. 136 Abs. 1 WRV befinde sich im Bereich des Titels XI – Übergangs- und Schlussbestimmungen – und nicht im Grundrechtsteil.⁴¹ Gewöhnlich seien Grundrechtsgewährleistungen und ihre Schranken aber in ein und demselben Bereich und sogar Artikel zu finden. Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV stehe entgegen dieser **Schranksystematik** im Bereich von Übergangsbestimmungen, die sich zudem in ihrer Mehrzahl mit staatskirchenrechtlichen Fragen befassen. Daraus ergebe sich ein Vorrang des Art. 4 GG bzw. eine Überlagerung des Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV.⁴² Weiter beruft sich das BVerfG auf den Normzweck des Art. 4 GG, der nach dem Prinzip der Einheit der Verfassung⁴³ die Annahme eines Gesetzesvorbehalts untersage: Die Tragweite des Grundrechts der Religionsfreiheit sowie dessen Bedeutung und inneres Gewicht im Zusammenhang der grundgesetzlichen Ordnung sprächen für eine schrankenlose Gewährleistung aller religiösen Freiheiten; schließlich sei hinsichtlich der Entstehungsgeschichte zu bedenken, dass Art. 4 Abs. 1, 2 GG im Wesentlichen Art. 135 WRV entspreche, der unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 135 S. 3 WRV gestanden habe.⁴⁴ Diesen Vorbehalt haben die Verfassungsgeber jedoch in voller Absicht nicht in das Grundgesetz übernommen, sondern Art. 4 GG vorbehaltlos gewährt. Ein zunächst als Art. 4 Abs. 2 S. 2 GG geplanter Gesetzesvorbehalt wurde im Parlamentarischen Rat wieder gestrichen.⁴⁵ Das BVerfG greift daher bei Art. 4 Abs. 1, 2 GG auf **kollidierendes Verfassungsrecht** zurück, um Beschränkungen der Religions- und Weltanschauungsfreiheit zu ermöglichen.⁴⁶

318

BVerfGE 33, 23 (29 ff.) (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen): „Das vom Grundgesetz gewährleistete Recht der Glaubensfreiheit wird weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Güterabwägungsklausel relativiert. Seine Grenzen dürfen nur von der Verfassung selbst, d. h. nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems gezogen werden. Insbesondere schließt die enge Beziehung der Glaubensfreiheit zur Menschenwürde als dem obersten Wert im System der Grundrechte es aus, Betätigungen und Verhaltensweisen, die aus einer bestimmten Glaubenshaltung fließen, ohne weiteres

⁴⁰ Dies entspricht dem Vorgehen bei Art. 12 Abs. 1 GG. Vgl. Rn. 402.

⁴¹ BVerfGE 33, 23 (30 f.) (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen); *Morlok*, in: Dreier, Art. 136 WRV/Art. 140 Rn. 1; *Fischer/Groß*, DÖV 2003, 932 (936); *Janz/Rademacher*, NVwZ 1999, 706 (709).

⁴² BVerfGE 33, 23 (31) (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen). Die Entscheidung erging zwar zu Art. 136 Abs. 4 WRV; die Ausführungen des BVerfG sind jedoch ausdrücklich auch auf Art. 136 Abs. 1 WRV bezogen. Anders als BVerwGE 112, 227 (232 f.) überlegt, gibt es für eine unterschiedliche Behandlung der Abs. 1 und 4 des Art. 136 WRV keinen Grund.

⁴³ Vgl. zum Begriff *Butzer/Epping*, S. 40 f.

⁴⁴ BVerfGE 33, 23 (29 ff.) (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen).

⁴⁵ JöR 1 (1951), S. 74 f.

⁴⁶ BVerfGE 108, 282 (299) (Kopftuch I); BVerfGE 138, 296 (333) (Kopftuch II).

den Sanktionen zu unterwerfen, die der Staat für ein solches Verhalten – unabhängig von seiner glaubensmäßigen Motivierung – vorsieht. Kennzeichnend für einen Staat, der die Menschenwürde zum obersten Verfassungswert erklärt und der Glaubens- und Gewissensfreiheit ohne Gesetzesvorbehalt und unverwundbar garantiert, ist vielmehr, dass er auch Außenseitern und Sektierern die ungestörte Entfaltung ihrer Persönlichkeit gemäß ihren subjektiven Glaubensüberzeugungen gestattet, solange sie nicht in Widerspruch zu anderen Wertentscheidungen der Verfassung geraten und aus ihrem Verhalten deshalb fühlbare Beeinträchtigungen für das Gemeinwesen oder die Grundrechte anderer erwachsen.

Eine Begrenzung folgt insbesondere nicht aus Art. 136 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG. Das Verhältnis, in dem diese aus der Weimarer Reichsverfassung in das Grundgesetz übernommene Bestimmung heute zum Grundrecht der Glaubensfreiheit steht, rechtfertigt nicht den im angefochtenen Beschluss des Oberlandesgerichts zu Art. 136 Abs. 4 WRV gezogenen Umkehrschluss, jedermann dürfe im Rahmen der geltenden Gesetze zur Benutzung einer nicht religiösen Eidesform gezwungen werden. Der Grundgesetzgeber hat die Glaubens- und Gewissensfreiheit aus dem Zusammenhang der Kirchenartikel der Weimarer Reichsverfassung gelöst und ohne jeden Gesetzesvorbehalt in den an der Spitze der Verfassung stehenden Katalog unmittelbar verbindlicher Grundrechte aufgenommen. **Art. 136 WRV ist deshalb im Lichte der gegenüber früher (vgl. Art. 135 WRV) erheblich verstärkten Tragweite des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit auszulegen; er wird nach Bedeutung und innerem Gewicht im Zusammenhang der grundgesetzlichen Ordnung von Art. 4 Abs. 1 GG überlagert.** Welche staatsbürgerlichen Pflichten im Sinne des Art. 136 Abs. 1 WRV gegenüber dem Freiheitsrecht des Art. 4 Abs. 1 GG mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden dürfen, lässt sich unter der Herrschaft des Grundgesetzes nur nach Maßgabe der in Art. 4 Abs. 1 GG getroffenen Wertentscheidung feststellen.“

319 Im Schrifttum⁴⁷ wird diesen Überlegungen widersprochen, und auch das BVerwG ist in einer einzelnen Entscheidung⁴⁸ zu einem gegenteiligen Ergebnis gekommen: Gegen die vom BVerfG angeführte Überlagerung spricht vor allem, dass auch nach Ansicht des BVerfG die aus der WRV gemäß Art. 140 GG übernommenen Artikel vollgültiges Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland geworden sind.⁴⁹ Daher stehen die übernommenen Artikel gegenüber den anderen Artikeln nicht auf einer Stufe minderen Ranges. Die Annahme einer Überlagerung läuft hingegen auf eine faktische Außerkraftsetzung des **Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV** hinaus;⁵⁰ ein solches Ergebnis ist aber mit der Systematik des Grundgesetzes nicht zu vereinbaren. In teleologischer Hinsicht ist zudem zu beachten, dass die Annahme eines umfassenden einheitlichen Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1, 2 GG zu zahllosen Konflikten zwischen religiöser Betätigung und allgemeiner Rechtsordnung führt. Ein **Gesetzesvorbehalt** erlaubt es dem Staat hier, die unterschiedlichen Interessen und Rechtspositionen zu einem Ausgleich zu führen, ohne dass auf kollidierendes Verfassungsrecht zurückgegriffen werden muss. Der Verweis auf die Entstehungsgeschichte ist schließlich ungeeignet, die Funktion des Art. 136 Abs. 1 WRV als Schranke zu widerlegen: Denn der Verfassungsge-

⁴⁷ Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140 Rn. 4; Lenz, VR 2003, 226 (229 ff.); Mager, in: v. Münch/Kunig, Art. 4 Rn. 48; Muckel, in: Friauf/Höfling, Art. 4 Rn. 52 f.; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4 Rn. 87 ff.; Tillmanns, Jura 2004, 619 (626), alle m. w. N.

⁴⁸ BVerwGE 112, 227 (231 f.).

⁴⁹ BVerfGE 19, 206 (219) (Kirchenbausteuer); Muckel, in: Friauf/Höfling, Art. 4 Rn. 52.

⁵⁰ Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140 Rn. 4.

ber hat die weite Schutzbereichsauslegung durch das BVerfG weder gewollt, noch vorhergesehen, sodass die historischen Überlegungen hinsichtlich der Schranken schon aus diesem Grund keine zentrale Rolle spielen dürfen.⁵¹

b) Schranken-Schranken

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit gelten bei Art. 4 Abs. 1, 2 GG keine Besonderheiten. Greift man mit dem BVerfG auf kollidierendes Verfassungsrecht zurück, muss im Einzelfall ein schonender Ausgleich zwischen den kollidierenden Verfassungspositionen im Sinne „**praktischer Konkordanz**“⁵² gefunden werden. Aber auch wenn man Art. 136 Abs. 1 WRV als Schranke betrachtet, ist dieser entsprechend der bei Art. 5 Abs. 1 GG geltenden Wechselwirkungslehre⁵³ nicht in der Lage, das Grundrecht des Art. 4 Abs. 1, 2 GG einseitig zu begrenzen, sondern es muss ebenfalls ein schonender Ausgleich gesucht werden.⁵⁴

320

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Schutzbereichsbestimmung: Begriff der Religion, Religionsfreiheit als Handlungsfreiheit (Rn. 307 ff.).
- Religionsfreiheit und allgemeine Rechtsordnung (Schächten, Kirchenglockengeläut, Ruf des Muezzins) (Rn. 307 ff. und Rn. 320).
- Neutralität des Staates (Kruzifix, Kopftuch etc.) (Rn. 322 f.).
- Warnungen vor Sekten (Eingriffsproblematik) (Rn. 390 ff.).
- Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Schranke? (Rn. 317 ff.).
- Abwägungsfragen im Einzelfall, „praktische Konkordanz“ (Rn. 320).

321

III. Exkurs: Staatskirchenrecht (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 ff. WRV)

Auch wenn das Staatskirchenrecht, das im Grundgesetz im Wesentlichen in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 ff. WRV zu finden ist, nicht zu den Grundrechten gehört, sind Grundkenntnisse für die Falllösung unverzichtbar. Kern der staatskirchenrechtlichen Bestimmungen ist Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV: „Es besteht keine Staatskirche.“ Trotzdem realisiert das Grundgesetz **keine strikte Trennung von Kirche und Staat**, sondern sieht Kirche und Staat in einem Kooperationsverhältnis („hinkende Trennung“). Deutlich wird dies beispielsweise in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5, 6 WRV. Auch in der Praxis hat sich besonders im sozialen Bereich eine umfassende Zusammenarbeit herausgebildet.

322

Dennoch darf die Kooperation nicht zu einer Verschmelzung von Kirche und Staat bzw. zu einer Einmischung des Staates in kirchliche Angelegenheiten führen. Verfassungsrechtlich sind daher die organisatorische Trennung, sowie eine

323

⁵¹ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 4 Rn. 30 ff.

⁵² Vgl. Rn. 91 ff.

⁵³ Vgl. Rn. 249 f.

⁵⁴ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4 Rn. 89; ähnlich BVerwGE 112, 227 (231 f.).

strikte **Neutralität** vorgeschrieben.⁵⁵ Der Staat darf sich also nicht mit den Inhalten von Religionsgemeinschaften identifizieren („Gebot der **Nichtidentifikation**“) und muss alle Religionsgemeinschaften vollständig gleich behandeln („**Gebot der Gleichbehandlung**“, vgl. auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG). Vor Einmischung des Staates schützt die Kirchen Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV, aus dessen Wortlaut ein umfassendes kirchliches Selbstbestimmungsrecht abgeleitet wird.⁵⁶ Unter Umständen kann das Selbstbestimmungsrecht auch zu einer Einschränkung von Grundrechten führen.⁵⁷

BVerfGE 93, 1 (16 f.) (Kruzifix): „Aus der Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG folgt (...) der Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Religionen und Bekenntnissen. Der Staat, in dem Anhänger unterschiedlicher oder gar gegensätzlicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen zusammenleben, kann die friedliche Koexistenz nur gewährleisten, wenn er selber in Glaubensfragen Neutralität bewahrt. Er darf daher den religiösen Frieden in einer Gesellschaft nicht von sich aus gefährden. Dieses Gebot findet seine Grundlage nicht nur in Art. 4 Abs. 1 GG, sondern auch in Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 1 sowie Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV. Sie verwehren die Einführung staatskirchlicher Rechtsformen und untersagen die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse ebenso wie die Ausgrenzung Andersgläubiger.“

324 Von Bedeutung ist schließlich die Vorschrift des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV, die es neben den großen Kirchen weiteren Religionsgesellschaften ermöglicht, **als Körperschaften des öffentlichen Rechts** anerkannt zu werden. An diese Vorschrift knüpfen sich zahlreiche Streitfragen; problematisch ist vor allem, welche Anforderungen an eine „Religionsgesellschaft“ zu stellen sind.⁵⁸ Ausdrücklich im Text genannt ist das Kriterium der „Gewähr der Dauer“. Eine Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts werden will, muss durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die prognostische Einschätzung stützen, dass sie auch in Zukunft dauerhaft bestehen wird. Über den Text hinaus hält das BVerfG weiter das Kriterium der Rechtstreue für erforderlich: „Eine Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts werden will (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV), muss rechtstreu sein. Sie muss die Gewähr dafür bieten, dass sie das geltende Recht beachten, insbesondere die ihr übertragene Hoheitsgewalt nur in Einklang mit den verfassungsrechtlichen und sonstigen gesetzlichen Bindungen ausüben wird. Sie muss außerdem die Gewähr dafür bieten, dass ihr künftiges Verhalten die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien, die dem staatlichen Schutz anvertrauten Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des Grundgesetzes nicht gefährdet.“⁵⁹ Eine darüber hinausgehende Loyalität zum Staat verlangt das Grundgesetz nach Ansicht des BVerfG nicht.⁶⁰

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 138, 296 (338 f.) (Kopftuch II).

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 137, 273 (306 ff.) (Chefarzt) m. w. N.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 122, 89 (107 ff.) (Theologieprofessor); 137, 273 (314 ff.) (Chefarzt).

⁵⁸ Vgl. zuletzt BVerfGE 102, 370 ff. (Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas). Vgl. zu dieser Entscheidung Muckel, Jura 2001, 456 ff.

⁵⁹ BVerfGE 102, 370 (Ls. 1) (Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas).

⁶⁰ BVerfGE 102, 370 (Ls. 2) (Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas).

IV. Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 3 GG)**325****Fall 11: Gewissensnot am Arbeitsplatz**

Der überzeugte deutsche Pazifist P arbeitet seit vielen Jahren bei einem Unternehmen der Metallindustrie. Im Zuge einer Erweiterung der Produktpalette stellt das Unternehmen seit kurzer Zeit auch Bauteile für Waffen her, die an andere Unternehmen verkauft werden. Nach dem Dienstplan soll auch P gelegentlich in der Waffenproduktion eingesetzt werden. Er weigert sich jedoch unter Hinweis darauf, dass sein Gewissen ihm eine solche Tätigkeit nicht erlaube. Die Mitwirkung bei der Herstellung von Waffen stürze ihn in derartige Gewissensnöte, dass er damit nicht leben könne. An den Tagen, an denen P in der Waffenproduktion arbeiten soll, erscheint er zwar im Betrieb, bleibt aber gänzlich untätig. Daraufhin kündigt das Unternehmen dem P unter Hinweis auf § 626 Abs. 1 BGB fristlos. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung i. S. v. § 626 Abs. 1 BGB sei auf Grund der Arbeitsverweigerung vorhanden. Die von P gegen die Kündigung angestrenzte Klage bleibt in allen Instanzen erfolglos, wobei die Gerichte ausführen, Gewissensnot sei kein Grund zur Arbeitsverweigerung. Nunmehr erhebt P Verfassungsbeschwerde gegen die klageabweisenden Gerichtsentscheidungen. Mit Erfolg?

§ 315 Abs. 1 BGB: Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

§ 626 Abs. 1 BGB: Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (...) nicht zugemutet werden kann.

Fall nachgebildet BAG, AP Nr. 1 zu § 611 BGB

326

Die Gewissensfreiheit regelt das Grundgesetz in Art. 4 Abs. 1, 3 GG. Sie stellt gegenüber der Religions- und Weltanschauungsfreiheit ein eigenständiges Grundrecht dar.⁶¹ Während Art. 4 Abs. 1 GG die Gewissensfreiheit allgemein unter Schutz stellt, enthält Art. 4 Abs. 3 GG eine Sonderregelung, die die Kriegsdienstverweigerung betrifft. Dieser Regelung kommt seit der Aussetzung des Grundwehrdienstes im Jahr 2011 nur noch eine geringe praktische Bedeutung zu.

⁶¹ Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4 Rn. 63.

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

- 327 Art. 4 Abs. 1, 3 GG enthält nach seinem Wortlaut ein Jedermann-Grundrecht. Da der Begriff des „Gewissens“ an natürliche Eigenschaften des Menschen anknüpft, ist die Gewissensfreiheit wesensmäßig nicht auf juristische Personen anwendbar (Art. 19 Abs. 3 GG).⁶²

b) Sachlicher Schutzbereich

- 328 Art. 4 Abs. 1, 3 GG schützt die Freiheit des „Gewissens“. Unter Gewissen ist ein real erfahrbares seelisches Phänomen zu verstehen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind.⁶³ Ausgangspunkt ist in der Praxis jedoch die **Gewissensentscheidung**. Diese definiert das BVerfG als „jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.“⁶⁴

- 329 Der Schutzzumfang der Gewissensfreiheit umfasst nicht bloß das Haben eines Gewissens. Ihr Schutz erstreckt sich auch darauf, von der öffentlichen Gewalt nicht verpflichtet zu werden, gegen Gebote und Verbote des Gewissens zu handeln.⁶⁵ Damit wird im Grundsatz jedes **gewissensgeleitete Handeln** unter Schutz gestellt. Der Einzelne soll in dem, was das Innere, den Kern seiner Persönlichkeit ausmacht, unbehelligt und unverletzt bleiben. Problematisch ist dies vor allem deshalb, weil die Verfassung damit jedem Einzelnen die Freiheit einräumt, sich unter Berufung auf die eigenen subjektiven und zudem gerichtlich kaum überprüfbaren Maßstäbe über die allgemein geltenden Regeln hinweg zu setzen. Das gefährdet im Extremfall die allgemeine Geltung der Rechtsordnung. Andererseits aber wäre eine Gewissensfreiheit, die nur das Haben einer Gewissensüberzeugung, nicht aber das entsprechende Handeln schützt, bedeutungslos. Die Gerichte lösen dieses Dilemma in der Weise, dass sie an das Vorliegen einer Gewissensentscheidung **hohe Anforderungen** stellen.⁶⁶ Das Gewissen tritt mit den Worten des BVerwG in der sozialen Realität nicht gleichsam bei jeder Gelegenheit, sondern als regulierende und fordernde Instanz vornehmlich dort in Erscheinung, wo die Persönlichkeit durch eine Verhaltensmöglichkeit oder durch Verhaltensanforderungen in ihrer Struktur und ihrer **Möglichkeit, die eigene Identität zu wahren, in kritischer Weise berührt** wird. Als innere ethische Gebotsinstanz, als „Rufer“, wird das Gewissen regelmäßig erst dort aktiv, wo die Persönlichkeit als solche in ihrer Identität kritisch bedroht ist.⁶⁷ Die Gewissensfreiheit erfordert darüber hinaus nicht zwangsläufig, dass der Einzelne von der als belastend empfundenen Maßnahme vollständig verschont wird. Im

⁶² BVerfG, NJW 1990, 241 (241).

⁶³ BVerwGE 127, 302 (325) (Befehlsverweigerung).

⁶⁴ BVerfGE 12, 45 (55) (Kriegsdienstverweigerung I).

⁶⁵ BVerfGE 78, 391 (395) (Dienstflucht).

⁶⁶ Vgl. zur Verweigerung der Steuerzahlung BVerfG, NJW 1993, 455 (455 f.).

⁶⁷ BVerwGE 127, 302 (328).

Einzelfall kann es genügen, dass dem Einzelnen im Konfliktfall gewissensschonende Handlungsalternativen zur Verfügung gestellt werden.⁶⁸

Art. 4 Abs. 3 GG enthält gegenüber dem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG eine Spezialregelung, die die **Kriegsdienstverweigerung** aus Gewissensgründen garantiert. Nach dem Wortlaut erfasst die Vorschrift zwar nur den „Kriegsdienst mit der Waffe“; darunter fallen aber auch kriegsunterstützende Dienste, bei denen gegebenenfalls Waffen zu Verteidigungszwecken eingesetzt werden (z. B. Sanitätsdienst).⁶⁹ An die Gewissensentscheidung stellt das BVerfG auch hier recht hohe Anforderungen; erforderlich ist, dass das Gewissen das „Töten im Kriege schlechthin“ nicht zulässt.⁷⁰ Eine situationsbedingte Verweigerung („das Töten nur in einem bestimmten Krieg“) wird von Art. 4 Abs. 3 GG nicht geschützt.

330

2. Eingriffe

Eingriffe in die Gewissensfreiheit liegen vor, wenn der Staat den Einzelnen zu einem Handeln entgegen seinem Gewissen zwingt. Die Rechtsprechung des BVerfG verlangt allerdings von demjenigen, der sich auf sein Gewissen beruft, selbst zur Vermeidung von Eingriffen beizutragen, indem er den gewissensbelastenden Situationen ausweicht bzw. selbst Alternativen anbietet.⁷¹ Beruft sich etwa eine Studentin auf ihre Gewissensfreiheit, um im Biologiestudium keine Tierversuche vornehmen zu müssen, so ist sie nach der Rechtsprechung gehalten, selbst Alternativen aufzuzeigen und anderweitige gleichwertige Leistungen zu erbringen.⁷²

331

Ein Eingriff in Art. 4 Abs. 3 GG ist schließlich jeder Zwang zum Kriegsdienst. Ein mittelbarer Eingriff ist auch in der Verpflichtung zu einem zivilen Ersatzdienst für Kriegsdienstverweigerer zu sehen, da so ein Druck hin zum Kriegsdienst ausgeübt wird.

332

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a) Schranken

Die Gewissensfreiheit ist vorbehaltlos gewährt. Als Schranke bleibt lediglich die Heranziehung **kollidierenden Verfassungsrechts**. Ob kollidierendes Verfassungsrecht auch gegenüber Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG in Stellung gebracht werden kann, ist zweifelhaft. Das BVerfG hat zwar in zwei Entscheidungen die Heranziehung zum Kriegsdienst trotz entgegenstehender Gewissensentscheidung als verfassungsmäßig anerkannt und sich insoweit auf die aus diversen Verfassungsnormen abgeleitete

333

⁶⁸ BVerwGE 127, 302 (329).

⁶⁹ BVerfGE 69, 1 (55 ff.) (Kriegsdienstverweigerung II). Vgl. BVerwGE 80, 62 (65 ff.).

⁷⁰ BVerfGE 12, 45 (57) (Kriegsdienstverweigerung I).

⁷¹ BVerfGE 32, 98 (106 f.) (Gesundbeter).

⁷² BVerwGE 105, 73 (87).

„Wehrfähigkeit des Staates“ als kollidierendes Verfassungsrecht gestützt.⁷³ Diese Entscheidungen sind jedoch angreifbar. Die Rechtsprechung des BVerfG neigt dazu, das Grundrecht inhaltlich zu entwerten, wenn jede Gewissensentscheidung unter dem Vorbehalt der Wehrfähigkeit des Staates steht. Nach dem Verfassungstext jedenfalls setzt die Gewissensentscheidung des Einzelnen „Grenzen für Ausbau und Organisation der militärischen Landesverteidigung, nicht umgekehrt“.⁷⁴

334 Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG ist weiteren Beschränkungen unterworfen: **Art. 12a Abs. 2 GG** erlaubt ausdrücklich die Einführung eines zivilen Ersatzdienstes. Zudem enthält **Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG** eine Ermächtigung an den Gesetzgeber, „das Nähere“ hinsichtlich der Kriegsdienstverweigerung zu „regeln“. In diesem sog. Regelungsvorbehalt ist allerdings kein Gesetzesvorbehalt im klassischen Sinn zu sehen, der zu Eingriffen ermächtigt. Vielmehr darf der Gesetzgeber lediglich das Verfahren der Kriegsdienstverweigerung ausgestalten („regeln“); der Schutzzumfang des Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG darf dabei aber nicht verkürzt werden. Allerdings lässt sich diese Aussage nicht verallgemeinern: Das BVerfG stützt beispielsweise in seiner Rechtsprechung zur Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG durchaus gravierende Eingriffe auf den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, den es aber gerade nicht als Regelungsvorbehalt, sondern als einfachen Gesetzesvorbehalt interpretiert.⁷⁵

BVerfGE 28, 243 (259 f.) (Dienstpflichtverweigerung): „Normen, die im Range unter der Verfassung stehen, könnten diesen Zwang nicht rechtfertigen, wenn der sachliche Gehalt des Grundrechts dadurch angetastet würde. Denn der Gesetzgeber darf ein Grundrecht nicht durch einfaches Gesetz in seinem sachlichen Gehalt einschränken. Daran ändert auch die Ermächtigung zur näheren Regelung nichts. Sie rechtfertigt nur ein Anerkennungsverfahren als solches. Denn Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG respektiert nicht jede Verweigerung des Kriegsdienstes, sondern nur die auf einer Gewissensentscheidung beruhende. Nach der Intention des Grundgesetzes durfte der Gesetzgeber also ein Anerkennungsverfahren vorsehen; verpflichtet war er dazu allerdings nicht. Er wäre deshalb auch nicht gehindert, das Anerkennungsverfahren zu beseitigen, wenn dringende praktische Gründe dafür sprächen (...)

Ist daher das Anerkennungsverfahren als solches durch Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG gedeckt, so gilt nicht ohne weiteres dasselbe für eine Regelung, die die Wirkung der Anerkennung auf die Zeit nach deren Rechtskraft beschränkt. Wäre eine solche Bestimmung nicht mit dem Inhalt des in Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG gewährten Freiheitsrechts vereinbar, würde sie das Grundrecht selbst einschränken und damit nicht mehr nur eine ‚nähere Regelung‘ enthalten.“

b) Schranken-Schranken

335 Wie bei allen Grundrechten müssen sich Eingriffe am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen. Angesichts der Nähe jeder Gewissensentscheidung zu der gemäß Art. 1 Abs. 1 GG ausnahmslos unantastbaren Menschenwürde⁷⁶ ist hier **große Zurückhaltung** geboten.

⁷³ BVerfGE 28, 243 (261) (Dienstpflichtverweigerung); 69, 1 (21 f.) (Kriegsdienstverweigerung II). Vgl. zur Kritik am kollidierenden Verfassungsrecht Rn. 80 ff.

⁷⁴ BVerfGE 69, 1 (65) (Kriegsdienstverweigerung II, abw. Meinung Böckenförde, Mahrenholz).

⁷⁵ Vgl. Rn. 403.

⁷⁶ Vgl. Rn. 617 f.

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Schutzbereichsbestimmung: Begriff des Gewissens; Reichweite des Schutzes (Rn. 328 f.).
- Eingriffe und Handlungsalternativen; Drittwirkung (insbesondere bei Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen, Tierversuchen im Studium) (Rn. 331).
- Schranke des kollidierenden Verfassungsrechts (Rn. 78 ff.).

336

V. Grundrechtsverpflichtete

Gemäß **Art. 1 Abs. 3 GG** binden die Grundrechte des Grundgesetzes Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Alle drei Gewalten sind mithin grundrechtsverpflichtet. Ihnen gegenüber begrenzen die Grundrechte in ihrer Form als Eingriffsabwehrrechte die Ausübung staatlicher Machtbefugnisse, und sie verlangen in ihrer Form als Leistungsrechte ein Handeln zugunsten des Bürgers.⁷⁷

337

1. Der Staat als Grundrechtsverpflichteter**a) Umfassende Grundrechtsbindung aller Hoheitsgewalt**

Aus Art. 1 Abs. 3 GG folgt zunächst eine **umfassende Grundrechtsbindung jeder staatlichen Gewalt**. Die Bindung der Gesetzgebung erfasst die Legislativorgane des Bundes und der Länder gleichermaßen. Die Bindung der vollziehenden Gewalt erstreckt sich auf alle Bereiche der Exekutive. Darunter fällt die unmittelbare Staatsverwaltung durch eigene Behörden ebenso wie die mittelbare Verwaltung durch selbstständige Rechtsträger wie die Sozialversicherungsträger oder die Hochschulen. Auch Beliehene, also Private, die wie der Bezirksschornsteinfeger oder der TÜV-Sachverständige kraft gesetzlicher Ermächtigung im eigenen Namen hoheitliche Befugnisse ausüben, sind grundrechtlich gebunden. Dasselbe gilt für die Religionsgesellschaften in der Form einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, soweit sie vom Staat verliehene Hoheitsgewalt ausüben.⁷⁸ An die Grundrechte gebunden sind schließlich die Gerichte, und zwar alle Gerichtszweige gleichermaßen. Besonderheiten hinsichtlich des Umfangs der Bindung gelten allerdings für den Zivilrichter.⁷⁹

338

Die **Grundrechtsbindung** besteht **unabhängig von der jeweiligen Handlungsform**. Sie bezieht sich auf klassisch hoheitliche Tätigkeiten wie den Erlass eines Verwaltungsaktes ebenso wie auf informelles Handeln. Bedient sich der Staat

339

⁷⁷ Vgl. Rn. 14 f.

⁷⁸ BVerfGE 30, 415 (422 f.) (Mitgliedschaftsrecht).

⁷⁹ Vgl. Rn. 358 ff.

zur Erfüllung seiner Aufgaben privatrechtlicher Handlungs- bzw. Organisationsformen, hat das auf seine Grundrechtsbindung ebenfalls keinen Einfluss. Der Staat kann seiner Grundrechtsbindung nicht durch eine Flucht ins Privatrecht entgehen.⁸⁰ Die unmittelbare Grundrechtsbindung erfasst mithin **auch das privatrechtliche Handeln des Staates** beispielsweise bei fiskalischen Hilfsgeschäften.

b) Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform

340

Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform sind ebenfalls unmittelbar grundrechtsverpflichtet. Das gilt nicht nur, wenn sich alle Anteile des Unternehmens in staatlicher Hand befinden und demnach private Rechte nicht gegeben ist. Die unmittelbare Grundrechtsbindung setzt schon ein, wenn ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen von öffentlichen Anteilseignern beherrscht wird.⁸¹ Das ist grundsätzlich der Fall, wenn mehr als die Hälfte der Anteile im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Eine Grundrechtsbindung besteht hingegen nicht, wenn die öffentliche Hand nur einen untergeordneten Anteil an einem privaten Unternehmen hält. In einem derartigen Fall handelt es sich um private Aktivitäten unter Beteiligung des Staates, die selbst unter grundrechtlichem Schutz stehen.⁸²

BVerfGE 128, 226 (244 f.) (Fraport): „Die Nutzung zivilrechtlicher Formen enthebt die staatliche Gewalt nicht von ihrer Bindung an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG. Dies gilt sowohl für die Verwendung von zivilrechtlichen Handlungsformen als auch für den Einsatz privatrechtlicher Organisations- und Gesellschaftsformen. Von der öffentlichen Hand beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen unterliegen ebenso wie im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, einer unmittelbaren Grundrechtsbindung.

a) Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Sie gelten nicht nur für bestimmte Bereiche, Funktionen oder Handlungsformen staatlicher Aufgabenwahrnehmung, sondern binden die staatliche Gewalt umfassend und insgesamt. Der **Begriff der staatlichen Gewalt ist dabei weit zu verstehen und erstreckt sich nicht nur auf imperative Maßnahmen**. Entscheidungen, Äußerungen und Handlungen, die – auf den jeweiligen staatlichen Entscheidungsebenen – den Anspruch erheben können, autorisiert im Namen aller Bürger getroffen zu werden, sind von der Grundrechtsbindung erfasst. Grundrechtsgebundene staatliche Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG ist danach jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt.

Art. 1 Abs. 3 GG liegt dabei eine **elementare Unterscheidung** zugrunde: **Während der Bürger prinzipiell frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden**. Der Bürger findet durch die Grundrechte Anerkennung als freie Person, die in der Entfaltung ihrer Individualität selbstverantwortlich ist. Er und die von ihm gegründeten Vereinigungen und Einrichtungen können ihr Handeln nach subjektiven Präferenzen in privater Freiheit gestalten, ohne hierfür grundsätzlich rechenschaftspflichtig zu sein. Ihre Inpflichtnahme durch die Rechtsordnung ist von vornherein relativ und – insbesondere nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit – prinzipiell begrenzt. Demgegenüber handelt der Staat in treuhänderischer Aufgabenwahrneh-

⁸⁰ BVerfGE 128, 226 (245) (Fraport).

⁸¹ BVerfGE 113, 208 (2011) (Deutsche Post AG); 128, 226 (246) (Fraport); demgegenüber auf den Gründungszweck abstellend *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Rn. 96. Vgl. zur Frage der Grundrechtsberechtigung öffentlicher Unternehmen Rn. 160.

⁸² BVerfGE 128, 226 (245) (Fraport).

mung für die Bürger und ist ihnen rechenschaftspflichtig. Seine Aktivitäten verstehen sich nicht als Ausdruck freier subjektiver Überzeugungen in Verwirklichung persönlicher Individualität, sondern bleiben in distanzierterem Respekt vor den verschiedenen Überzeugungen der Staatsbürger und werden dementsprechend von der Verfassung umfassend an die Grundrechte gebunden. Diese Bindung steht nicht unter einem Nützlichkeits- oder Funktionsvorbehalt. Sobald der Staat eine Aufgabe an sich zieht, ist er bei deren Wahrnehmung auch an die Grundrechte gebunden, unabhängig davon, in welcher Rechtsform er handelt. Dies gilt auch, wenn er für seine Aufgabenwahrnehmung auf das Zivilrecht zurückgreift. Eine Flucht aus der Grundrechtsbindung in das Privatrecht mit der Folge, dass der Staat unter Freistellung von Art. 1 Abs. 3 GG als Privatrechtssubjekt zu begreifen wäre, ist ihm verstellt.“

c) Grundrechtsbindung bei Auslandssachverhalten

Umfassend ist die in Art. 1 Abs. 3 GG statuierte **Grundrechtsbindung** der öffentlichen Gewalt auch **in räumlicher Hinsicht**. Die Ausübung staatlicher Gewalt vollzieht sich „ohne geographische Grenzen unter dem Dach der Grundrechte“. ⁸³ Mithin sind Eingriffe in grundrechtlich geschützte Güter wie Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum, die regelmäßig beiläufige Folge insbesondere von Einsätzen deutscher Streitkräfte sind, legitimationsbedürftig, selbst wenn sie **im Ausland** stattfinden. ⁸⁴ So stellt sich beispielsweise die Frage, ob die Ingewahrsamnahme von Piraten durch die deutsche Bundesmarine am Horn von Afrika den Anforderungen des Art. 104 Abs. 2, 3 GG namentlich dann genügt, wenn die Piraten nicht in den dort vorgegebenen Zeiträumen einem Richter vorgeführt werden, der zur Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung berufen ist. ⁸⁵

Das BVerfG räumt ein, dass die **Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers bei Auslandsberührung** größer sei als bei der Regelung von Rechtsbeziehungen mit inländischem Schwerpunkt. Namentlich sei es ihm nicht verwehrt, besondere Gegebenheiten zu berücksichtigen, die den ausgestaltungsbedürftigen Sachbereich prägen, sich aber seiner Verfügungsgewalt entziehen. Aber auch dann bleibe der Gesetzgeber verpflichtet, dem Grundrecht die unter den obwaltenden und von ihm nicht beeinflussbaren Bedingungen größtmögliche Anwendung zu sichern. ⁸⁶ Die Geltung von Grundrechten bei Sachverhalten mit Auslandsbezügen sei daher nicht prinzipiell ausgeschlossen; ihre Reichweite sei vielmehr unter Berücksichtigung von Art. 25 GG aus dem Grundgesetz selbst zu ermitteln. Dabei könnten je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen zulässig oder geboten sein. ⁸⁷ Angesprochen ist mit dieser Judikatur der Gesetzgeber, der insoweit gehalten ist, den besonderen Erfordernissen der Sachverhalte mit Auslandsberührung durch eine entsprechende Gesetzgebung Rechnung zu tragen. ⁸⁸

⁸³ Herdegen, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 Rn. 71.

⁸⁴ Baldus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 87a Rn. 86 ff. (insbes. Rn. 89, 90 ff.); Beck, Auslands Einsätze deutscher Streitkräfte, 2008, S. 126 ff., 271; Werner, Die Grundrechtsbindung der Bundeswehr bei Auslands Einsätzen, 2006; Augsberg, JuS 2011, 128 (132 f.); Thym, DÖV 2010, 621 (628 ff.).

⁸⁵ Bejahend OVG NRW, DVBl 2015, 375 ff.; a. A. Epping, in: ders./Hillgruber, Art. 87a Rn. 37 ff. m. w. N.

⁸⁶ BVerfGE 92, 26 (41 f.) (Zweitregister).

⁸⁷ BVerfGE 100, 313 (362 f.) (Telekommunikationsüberwachung I).

⁸⁸ Vgl. Epping, in: ders./Hillgruber, Art. 87a Rn. 32.

341

342

2. Grundrechte in Privatrechtsbeziehungen: „Drittwirkung“

343 Der umfassenden grundrechtlichen Bindung des Staates steht die grundrechtlich umfassend geschützte **Freiheit des Bürgers** gegenüber. Bindung des Staates und Freiheit des Bürgers sind insofern zwei Seiten einer Medaille. Nichts anderes folgt aus Art. 1 Abs. 3 GG, der die Grundrechtsbindung ausschließlich auf die drei staatlichen Gewalten bezieht.

a) Unmittelbare Drittwirkung?

344 Diese an sich so eindeutige Aussage ist jedoch seit der Einführung des Grundgesetzes immer wieder kritisiert und eine unmittelbare Drittwirkung (auch: Horizontalwirkung) der Grundrechte auch innerhalb von Privatrechtsbeziehungen gefordert worden. Dies hätte zur Folge, dass nicht bloß der Staat die Grundrechte beachten müsste, sondern auch jeder Bürger in seinem täglichen Handeln die Grundrechte anderer als unmittelbar geltende Rechtsnormen erführe. Jeder Bürger wäre also beispielsweise an den besonderen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) gebunden und dürfte daher im Geschäftsverkehr einen Niedersachsen nicht einem Bayern vorziehen. Er müsste sich religiös gegenüber anderen neutral verhalten und als Arbeitgeber müsste er die Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) aller Arbeitssuchenden beachten.

345 Gefordert wurde eine solche unmittelbare Drittwirkung vor allem vom Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner Anfangszeit auf Grund **teleologischer Erwägungen**.⁸⁹ Grundrechte sollen die Freiheit des Einzelnen gegenüber ungerechtfertigten Beschränkungen sicherstellen, die immer dann zu befürchten sind, wenn ein Machtungleichgewicht besteht. Typischerweise besteht ein solches zwar zwischen dem Staat mit seinen Zwangsmitteln und den Bürgern. Jedoch kann ein Ungleichgewicht vor allem auf Grund von wirtschaftlicher Macht auch zwischen Privaten entstehen. Für den Einzelnen, der sich in einer unterlegenen Position befindet, ist es im Ergebnis gleichgültig, ob er einem übermächtigen Staat oder einem übermächtigen Privaten gegenübersteht. Argumentiert man rein ergebnisorientiert, spricht vieles für eine unmittelbare Bindung auch Privater an die Grundrechte.

346 Diese auf den ersten Blick einleuchtende Argumentation steht jedoch mit dem Grundgesetz nicht in Einklang: Hinsichtlich der Reichweite der Grundrechtsbindung bestimmt **Art. 1 Abs. 3 GG**, dass Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung gebunden sind. Private sind nicht erwähnt. Zudem enthält das Grundgesetz mit den Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, Art. 20 Abs. 4 GG und Art. 48 Abs. 1, 2 GG Vorschriften, die ausdrücklich eine unmittelbare Drittwirkung anordnen und auch Private untereinander unmittelbar berechtigen und verpflichten. Bei **systematischer Auslegung** liegt deshalb der Umkehrschluss (argumentum e contrario⁹⁰) nahe, dass in allen anderen Fällen eine solche Wirkung nicht eintreten soll. Hinzu kommt, dass Grundrechte nach **Sinn und Zweck** Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat sind. Grundrechte begrenzen als „negative Kompetenznor-

⁸⁹ BAGE 1, 185 (193); 7, 256 (260).

⁹⁰ Vgl. zu dieser Argumentationsfigur Butzer/Epping, S. 52 f.

men“⁹¹ staatliche Macht dem Einzelnen gegenüber. Im Gegensatz zur staatlichen Macht ist private Macht immer auch grundrechtlich geschützte Freiheitsentfaltung. Bei Anerkennung einer unmittelbaren Wirkung käme den Grundrechten im Privatverkehrsverkehr stets eine freiheitsbeschränkende Wirkung zu, die im Gegensatz zu der freiheitssichernden Funktion stünde. Dass eine derartige Freiheitsbeschränkung bezweckt ist, lässt sich aus dem Grundgesetz nicht ablesen. Schließlich bestätigt die **historische Auslegung** die Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung: Bereits in den Art. 118 Abs. 1 S. 2, 159 S. 2 WRV war eine unmittelbare Drittwirkung angeordnet, die schon damals als „bemerkenswerte Ausnahmen“ angesehen wurde.⁹² An diesen Ausnahmecharakter knüpft der dem Art. 159 WRV im Wesentlichen entsprechende Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG an, was den oben genannten Umkehrschluss bestätigt. Das Argument der Vergleichbarkeit der Interessenlage kann daher eine unmittelbare Drittwirkung nicht begründen.

b) Mittelbare Drittwirkung (Privatrechtswirkung)

Auch wenn über dieses Ergebnis heute Einigkeit besteht, sollen Grundrechte im Privatverkehrsverkehr nicht völlig ohne Wirkung bleiben. Rechtsprechung und Literatur gehen daher heute von einer sog. mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte aus. Gemeint ist damit, dass zwar Private nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sein sollen. Dennoch aber sollen die Grundrechte in Privatrechtsbeziehungen insofern „mittelbar“ wirken, als sowohl der Gesetzgeber bei der Schaffung von Privatrecht als auch die Zivilgerichte bei der Entscheidung von Privatrechtsstreitigkeiten die Grundrechte beachten müssen. Der Begriff der mittelbaren Drittwirkung darf daher nicht missverstanden werden. Mittelbar – also vermittelt durch das einfache Recht – grundrechtsgebunden sind lediglich Private; die Bindung des Gesetzgebers bzw. der Gerichte ist gemäß Art. 1 Abs. 3 GG wie auch sonst eine unmittelbare. Insofern lässt sich die mittelbare Drittwirkung präziser als **Privatrechtswirkung** beschreiben. Gleichwohl hat sich der Begriff der mittelbaren Drittwirkung durchgesetzt.⁹³

Begründen lässt sich diese mittelbare Drittwirkung damit, dass die Grundrechte nicht bloß Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat sind, sondern darüber hinaus eine **objektive Wertordnung**⁹⁴ bilden. Diese Wertordnung gilt als Grundentscheidung der Verfassung für alle Rechtsbereiche und damit auch für das Privatrecht. Deshalb – so das BVerfG – müssen alle bürgerlich-rechtlichen Vorschriften im Geist der Verfassung ausgelegt werden. Dies gilt insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln, die insofern unverzichtbare⁹⁵ „**Einfallstore**“ für die Grundrechte darstellen, ist aber nicht auf diese beschränkt.⁹⁶ Ein Beispiel

347

348

⁹¹ Hesse, Rn. 291.

⁹² Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 118 Anm. 5 und Art. 159 Anm. 1.

⁹³ Vgl. zuletzt BVerfGE 128, 226 (248) (Fraport).

⁹⁴ BVerfGE 6, 32 (40) (Elfes); 7, 198 (205) (Lüth); 25, 256 (263) (Blinkfüer); 39, 1 (41) (Schwangerschaftsabbruch I). Vgl. Rn. 15.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 138, 377 (391 f.) (Scheinvater).

⁹⁶ BVerfGE 7, 198 (205 f.) (Lüth).

für eine solche „mittelbare Drittwirkung“ ist der Begriff des Verstoßes gegen die „guten Sitten“ des § 138 Abs. 1 BGB. Wann ein solcher Verstoß vorliegt, was also als sittenwidrig i. S. v. § 138 Abs. 1 BGB zu gelten hat und ein Rechtsgeschäft nichtig macht, bestimmt sich auch nach Maßgabe der Grundrechte. Eine für das BVerfG relevante Grundrechtsverletzung liegt vor, wenn die Zivilgerichte die objektiv-rechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes bei der Auslegung missachten, indem sie dadurch den Gehalt einer Grundrechtsnorm nicht erkennen oder grundlegend verkennen.⁹⁷ Hingegen überprüft das BVerfG nicht, ob das bürgerliche Recht richtig angewendet worden ist. Dessen Auslegung und Anwendung verbleibt vielmehr originäre Aufgabe der Zivilgerichte selbst. Das BVerfG ist keine „Superevisionsinstanz“.⁹⁸

BVerfGE 7, 198 (204 ff.) (Lüth): „Die grundsätzliche Frage, ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken und wie diese Wirkung im Einzelnen gedacht werden müsse, ist umstritten. Die äußersten Positionen in diesem Streit liegen einerseits in der These, dass die Grundrechte ausschließlich gegen den Staat gerichtet seien, andererseits in der Auffassung, dass die Grundrechte oder doch einige und jedenfalls die wichtigsten von ihnen auch im Privatrechtsverkehr gegen jedermann gälten. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann weder für die eine noch für die andere dieser extremen Auffassungen in Anspruch genommen werden; die Folgerungen, die das Bundesarbeitsgericht in dieser Hinsicht zieht, gehen zu weit. Auch jetzt besteht kein Anlass, die Streitfrage der so genannten ‚Drittwirkung‘ der Grundrechte in vollem Umfang zu erörtern. Zur Gewinnung eines sachgerechten Ergebnisses genügt Folgendes:

Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Dem entspricht es, dass der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt hat.

Ebenso richtig ist aber, dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden.

Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertsystem stehen muss, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertsystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt.

⁹⁷ BVerfGE 7, 198 (206 f.) (Lüth).

⁹⁸ Vgl. Rn. 206, 367 und insbesondere Rn. 371.

Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat. Der Einfluss grundrechtlicher Wertmaßstäbe wird sich vor allem bei denjenigen Vorschriften des Privatrechts geltend machen, die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des *ordre public* – im weiten Sinne – bilden, d. h. der Prinzipien, die aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Einzelnen verbindlich sein sollen und deshalb der Herrschaft des Privatwillens entzogen sind. Diese Bestimmungen haben nach ihrem Zweck eine nahe Verwandtschaft mit dem öffentlichen Recht, dem sie sich ergänzend anfügen. Das muss sie in besonderem Maße dem Einfluss des Verfassungsrechts aussetzen. Der Rechtsprechung bieten sich zur Realisierung dieses Einflusses vor allem die ‚Generalklauseln‘, die, wie § 826 BGB, zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außer-zivilrechtliche, ja zunächst überhaupt außerrechtliche Maßstäbe, wie die ‚guten Sitten‘, verweisen. **Denn bei der Entscheidung darüber, was diese sozialen Gebote jeweils im Einzelfall fordern, muss in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat. Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die ‚Einbruchstellen‘ der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden.**“

Hinsichtlich dieser Grundlagen besteht heute nahezu Einigkeit. Dennoch gehört die Frage der mittelbaren Drittwirkung nach wie vor zu den umstrittensten und schwierigsten Bereichen der Grundrechtsdogmatik. Eine dogmatisch konsistente und gleichzeitig praktikable Lösung des Problems ist bis heute nicht durchgängig gelungen. Die Streitigkeiten konzentrieren sich dabei im Wesentlichen auf drei Fragestellungen:⁹⁹

- Genügt der Hinweis auf die „objektive Wertordnung“, um die mittelbare Drittwirkung zu begründen, oder bedarf es einer weiteren Begründung?
- Wirken die Grundrechte im Bereich des Privatrechts auch als Eingriffsabwehrrechte?
- Wie wirken sich die Bindungen, die die mittelbare Drittwirkung für den Privatrechtsanwender (die Zivilgerichte) mit sich bringt, auf den Prüfungsumfang des BVerfG aus?

aa) Begründung der mittelbaren Drittwirkung: Schutzpflicht

Auf eine ausführliche dogmatische Begründung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen über seine Ausführungen im Lüth-Urteil¹⁰⁰ hinaus hat das BVerfG bislang verzichtet. Wurde das Gericht als „Schiedsrichter“ in zivilrechtlichen Streitfällen angerufen, beschränkte es sich lange auf die Wiederholung der Ausführungen im Lüth-Urteil.¹⁰¹ Daneben aber ist in der Rechtsprechung des BVerfG seit einiger Zeit eine **Präzisierung** zu verzeichnen. Im Anschluss an Überlegungen in der Literatur aus den 80er-Jahren¹⁰² werden

⁹⁹ Ausführlich zu allen drei Problemkreisen Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 157 ff.

¹⁰⁰ BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth).

¹⁰¹ Aus jüngerer Zeit BVerfGE 95, 28 (37) (Werkszeitungen); 97, 391 (401) (Missbrauchsbeziehung); 101, 361 (388) (Caroline von Monaco II); 102, 347 (362) (Schockwerbung I).

¹⁰² Grundlegend Canaris, AcP 184 (1984), 201 (225 ff.).

349

350

die grundrechtlichen Schutzpflichten zur Begründung fruchtbar gemacht.¹⁰³ Gegenüber der ursprünglichen Begründung des BVerfG stellt die Heranziehung der staatlichen Schutzpflichten eine Präzisierung, nicht aber einen Gegensatz dar. Denn die Schutzpflichten sind spezielle Ausprägungen der objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte.

351 Die **Schutzpflichten**¹⁰⁴ bewirken, dass es mit den Worten des BVerfG Aufgabe des Staates ist, sich „schützend und fördernd“ für die Verwirklichung der Grundrechte einzusetzen.¹⁰⁵ Folglich muss dieses Postulat **auch in Bezug auf Privatrechtsbeziehungen** gelten. Die Schutzpflichten verlangen von Trägern staatlicher Gewalt, die tatsächliche Wirksamkeit der Grundrechte auch innerhalb von Privatrechtsbeziehungen zu sichern und zu gewährleisten. Adressat ist der Staat als Ganzes. Die Schutzpflichten treffen damit vorrangig den Gesetzgeber bei der Schaffung des Zivilrechts.¹⁰⁶ Er muss dabei die Freiheitssphären der einzelnen Bürger in einer Weise gegeneinander abgrenzen, dass sich individuelle Freiheit auch im privaten Bereich entfalten kann. Die Schutzpflichten treffen aber auch den Zivilrichter, der zur Entscheidung konkreter Streitigkeiten berufen ist. Auch er muss bei seiner Entscheidung darauf achten, dass im privatrechtlichen Bereich persönliche Freiheit tatsächlich erhalten bleibt. Dabei gibt das Grundgesetz selbst aber nicht vor, wie die Freiheitssphären im Einzelnen abzugrenzen sind; die Ausbildung entsprechender Maßstäbe ist Sache des Staates als Gesetzgeber bzw. Richter. Daher verbleibt dem Staat stets ein **Gestaltungsspielraum** in Bezug auf den Ausgleich der kollidierenden Rechte und Interessen; das staatliche (Nicht-)Handeln findet seine Grenze lediglich im **Untermaßverbot**.¹⁰⁷ Dieses ist nur dann verletzt, **wenn das staatliche Verhalten den erforderlichen Mindestschutz grundlegend und evident verfehlt**. Wie also im Einzelfall ein Privatrechtsstreit zu entscheiden ist, folgt nicht aus den Grundrechten unmittelbar. Die Erfüllung der staatlichen Schutzpflichten ist eine Sache des einfachen Rechts und seiner Anwendung und Auslegung.¹⁰⁸

352 Insgesamt verdient der Ansatz, die Einwirkung der Grundrechte auf das Zivilrecht anhand der staatlichen Schutzpflichten zu begründen, Zustimmung. Denn in der Tat handelt es sich bei Drittwirkungsfällen um Konstellationen, in denen ein Privater vor staatlichen Gerichten um Schutz vor dem Verhalten eines anderen Privaten nachsucht. Insofern lässt sich die Dogmatik der staatlichen Schutzpflichten nutzbringend heranziehen. Deutlich wird dies beispielhaft in den beiden bereits im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 GG erläuterten Entscheidungen des BVerfG in den Fällen „Lüth“ und „Blinkfuer“.¹⁰⁹ In der Lüth-Entscheidung hatten die Zi-

¹⁰³ BVerfGE 81, 242 (255) (Handelsvertreter); 97, 169 (175 f.) (Kleinbetriebsklausel I); 99, 185 (194) (Scientology); 103, 89 (100) (Unterhaltsverzichtsvertrag); 114, 1 (37 f.) (Übertragung von Lebensversicherungen); 114, 73 (89 f.) (Überschussermittlung bei Lebensversicherungen); 128, 226 (249) (Fraport); 137, 273 (313) (Chefarzt).

¹⁰⁴ Vgl. Rn. 122 ff.

¹⁰⁵ BVerfGE 39, 1 (42) (Schwangerschaftsabbruch I).

¹⁰⁶ Oeter, AöR 119 (1994), 529 (537 f.).

¹⁰⁷ BVerfGE 88, 203 (254) (Schwangerschaftsabbruch II). Vgl. Rn. 127 ff.

¹⁰⁸ Vgl. BVerfGE 54, 129 (139) (Kunstkritik).

¹⁰⁹ BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth); 25, 256 ff. (Blinkfuer). Vgl. zum Sachverhalt Rn. 220 f.

vilgerichte dem Beschwerdeführer den Boykottauf Ruf gegen Veit Harlan untersagt. Insofern konnte man in dem Verbot durch die Zivilgerichte durchaus einen klassischen Grundrechtseingriff sehen, ohne dass ein Rückgriff auf die Schutzpflichten erforderlich war. Ganz anders war die Situation hingegen im Fall „Blinkfuer“. Hier hatten die vom Herausgeber der gleichnamigen Zeitschrift angerufenen Zivilgerichte eine Untersagung des vom Springer-Verlag ausgehenden Boykottauf rufs abgelehnt und den Boykott für zulässig gehalten. Gegen diese Entscheidungen hatte der Blinkfuer-Herausgeber schließlich Verfassungsbeschwerde erhoben. Dieser Fall macht deutlich, dass es jedenfalls in dieser Konstellation um den Schutz eines Privaten (hier des Blinkfuer-Herausgebers) vor Übergriffen eines anderen Privaten (hier des Springer-Verlags) geht. Diesen Schutz hatten die Zivilgerichte verweigert, worin das BVerfG einen Verstoß gegen Grundrechte erblickte.¹¹⁰ Liegt aber zumindest insoweit die Grundrechtsverletzung in einer mangelnden Schutzgewähr durch den Staat, so liegt es nahe, den Einfluss der Grundrechte im Privatrecht und auf Privatrechtsbeziehungen insgesamt als Ausprägung der grundrechtlichen Schutzpflichten zu sehen.

BVerfGE 81, 242 (252 ff.) (Handelsvertreter): „Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelten. Keine bürgerlichrechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu den Prinzipien stehen, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommen. Das gilt vor allem für diejenigen Vorschriften des Privatrechts, die zwingendes Recht enthalten und damit der Privatautonomie Schranken setzen.

Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern. Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG).

Der Verfassung lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, dass die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muss. Auch lassen sich die Merkmale, an denen etwa erforderliche Schutzvorschriften ansetzen können, nur typisierend erfassen. Dem Gesetzgeber steht dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsraum zur Verfügung. Allerdings darf er offensichtlichen Fehlentwicklungen nicht tatenlos zusehen. Er muss dann aber beachten, dass jede Begrenzung der Vertragsfreiheit zum Schutze des einen Teils gleichzeitig in die Freiheit des anderen Teils eingreift. Wird die Zulässigkeit von Vertragsklauseln mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der für einen Unternehmer tätigen Vertragspartner eingeschränkt, bewirkt das einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung des Unternehmers. Der Gesetzgeber muss diesen konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung tragen. Auch insoweit besitzt er eine weite Gestaltungsfreiheit.

353

¹¹⁰ Zu diesen Entscheidungen vgl. *Oeter*, AöR 119 (1994), 529 (535 f.).

Selbst wenn der Gesetzgeber davon absieht, zwingendes Vertragsrecht für bestimmte Lebensbereiche oder für spezielle Vertragsformen zu schaffen, bedeutet das keineswegs, dass die Vertragspraxis dem freien Spiel der Kräfte unbegrenzt ausgesetzt wäre. Vielmehr greifen dann ergänzend solche zivilrechtlichen Generalklauseln ein, die als Übermaßverbote wirken, vor allem die §§ 138, 242, 315 BGB. Gerade bei der Konkretisierung und Anwendung dieser Generalklauseln sind die Grundrechte zu beachten. **Der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung richtet sich hier an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen hat** und diese Aufgabe auch auf vielfältige Weise wahrnimmt.“

bb) Privatrecht und Eingriffsabwehr?

354 Ausgehend von der Begründung der Drittwirkung mittels der staatlichen Schutzpflichten stellt sich allerdings die Frage, ob die Grundrechte im Bereich des Privatrechts auch in ihrer klassischen Funktion als Eingriffsabwehrrechte wirken. Greift also etwa der Zivilrichter, der in einem Urteil die Wiederholung einer Meinungsäußerung untersagt oder auf Grund einer solchen Äußerung Schadensersatz zuspricht, in die Meinungsfreiheit ein, sodass er dem begünstigten Bürger „Schutz durch Eingriff“¹¹¹ zu Teil werden lässt? Und inwieweit stellen Normen des Privatrechts Eingriffe in Grundrechte dar, die sich an der abwehrrechtliche Seite der Grundrechte messen lassen müssen? Art. 1 Abs. 3 GG, der die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte statuiert, beantwortet diese Frage jedenfalls nicht.¹¹² Denn Art. 1 Abs. 3 GG trifft keine Aussage darüber, welcher Art diese Bindung ist, ob also eine Bindung an die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte oder (nur) an die Grundrechte in ihrer Ausprägung als Ansprüche auf staatlichen Schutz gegeben ist.

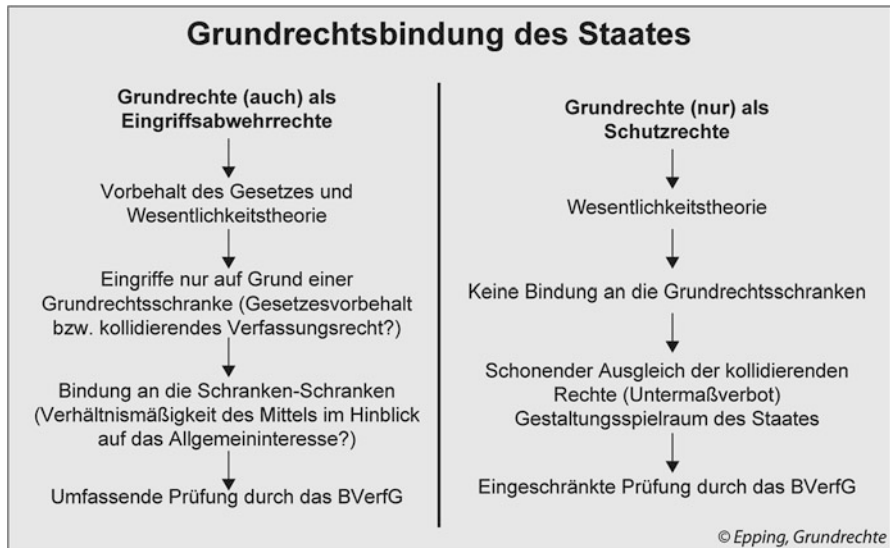
355 In praktischer Hinsicht ist diese Frage nicht ohne Bedeutung: Grundrechtseingriffe sind immer nur dann zulässig, wenn sie sich auf eine Grundrechtsschranke stützen können und im Hinblick auf ein staatlicherseits verfolgtes Ziel verhältnismäßig sind. Ein Gestaltungsspielraum kommt dem Staat nicht zu; es erfolgt vielmehr eine umfassende Prüfung durch das BVerfG. Umgekehrt kommt dem Staat bei der Erfüllung von Schutzpflichten ein weiter Gestaltungsspielraum zu.¹¹³ Vorrangig ist es seine Aufgabe, die jeweils betroffenen Grundrechte einander zuzuordnen und zu einem schonenden Ausgleich im Sinne „praktischer Konkordanz“ zu bringen. Eine Überprüfung durch das BVerfG erfolgt nur im Hinblick darauf, ob der Staat das Untermaßverbot verletzt hat („Evidenzkontrolle“).

¹¹¹ So der Titel eines Aufsatzes von Wahl/Masing, JZ 1990, 553 ff.

¹¹² A. A. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 90.

¹¹³ Vgl. Rn. 126 ff.

356



Erschwert wird eine Antwort auf diese Frage dadurch, dass die Rechtsprechung des BVerfG zuweilen undeutlich ist und eine explizite Befassung bislang vermieden hat. Zur Beantwortung dieser Frage wird weithin zwischen dem Zivilrichter und dem Zivilrechtsgesetzgeber unterschieden.

357

(1) Eingriffe durch den Zivilrichter

Grundrechtseingriffe durch den Zivilrichter sind in zweierlei Hinsicht denkbar. Einerseits kann der Zivilrichter Grundrechte bzw. grundrechtsgleiche Rechte (insbesondere Art. 101, 103 GG) dadurch verletzen, dass er im Prozess selbst prozessrechtliche Fehler begeht. Ist dies der Fall, liegt ein Eingriff in Grundrechte vor, ohne dass sich die Frage der Eingriffsabwehr im Privatrecht stellt. Denn der Richter wirkt insoweit als klassischer Anwender der öffentlich-rechtlichen Normen des Prozessrechts.¹¹⁴ Entsprechend wirken diese Grundrechte auch nicht zwischen dem Kläger und dem Beklagten, sondern ausschließlich im Verhältnis von Kläger und Beklagtem zum Richter. Gleiches gilt für die Gleichheitsrechte des **Art. 3 GG**. Auch an diese ist der Zivilrichter in ihrer klassischen Funktion gebunden. In der Praxis ist hier vor allem das **Willkürverbot** von Belang.¹¹⁵

358

Andererseits kann der Richter in seinem Urteil die Freiheit der Parteien materiell verkürzen. Er kann beispielsweise zum Unterlassen einer Äußerung oder wegen einer bereits getätigten Äußerung zur Zahlung von Schadensersatz verurteilen. Auf den ersten Blick liegt darin eine Verkürzung der Grundrechte der unterlegenen Partei. Gleichwohl vermag die Ansicht, dass es sich insoweit um einen Grundrechts-

359

¹¹⁴ BVerfGE 52, 203 (207) (Fristgebundener Schriftsatz).

¹¹⁵ Vgl. Rn. 795.

eingriff handelt,¹¹⁶ nicht zu überzeugen.¹¹⁷ Denn der Zivilrichter entscheidet stets ausschließlich anhand der Rechtsnormen, die zwischen den Parteien ohnehin – also auch ohne das Hinzutreten des Richters – gelten. Zu diesen Normen gehören die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte selbst jedoch nicht; diese binden lediglich den Staat und seine Organe. Der Bürger muss daher beispielsweise die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG eines anderen Bürgers nur insoweit respektieren, als es das für ihn geltende einfache Recht verlangt. Gelten die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion daher nicht, kann auch das Tätigwerden des staatlichen Richters nicht zu ihrer Geltung führen. Denn die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte gelten nicht, weil ein Gericht entscheidet, sondern vielmehr muss das Gericht *anhand* der bereits *vor* seiner Anrufung geltenden Rechtssätze entscheiden.¹¹⁸

360

Hinzu kommt, dass eine Bindung des Zivilrichters an die Freiheitsrechte in ihrer Funktion als Eingriffsabwehrrechte zu einem **Ungleichgewicht** im Verhältnis der am Rechtsstreit beteiligten Bürger führen würde.¹¹⁹ Hat sich beispielsweise der Bürger A über den Bürger B abwertend geäußert und klagt B nun vor dem Zivilgericht gegen A, hat das Gericht zwei Möglichkeiten: Es kann der Klage zu Lasten des A stattgeben oder diese zu Lasten des B abweisen. Lässt man die Grundrechte nun als Eingriffsabwehrrechte wirken, läge ein Eingriff in die Meinungsfreiheit des A (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) dann vor, wenn das Gericht der Klage stattgibt und A zur Unterlassung der Äußerung bzw. zu Schadensersatz verurteilt. Weist das Gericht hingegen die Klage ab, ist ein Grundrechtseingriff von vornherein ausgeschlossen. Denn das Gericht hat durch eigenes Handeln keine Verkürzung eines Grundrechts bewirkt, sondern lediglich B den geforderten Schutz verweigert.¹²⁰ Entsprechend unterschiedlich wären daher die Anforderungen, die die Grundrechte an die unterschiedlichen Entscheidungsmöglichkeiten stellen: Weist das Gericht die Klage ab, besteht nur die Bindung an die Schutzpflicht mit ihrem weiten Gestaltungsspielraum. Verurteilt das Gericht hingegen, wäre eine umfassende Bindung an Grundrechte mit ihren Schranken (hier des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Art. 5 Abs. 2 GG) und Schranken-Schranken (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) die Folge. Eine Verurteilung wäre für das Gericht also weit schwieriger zu begründen als eine Abweisung der Klage. Dieser Befund widerspricht aber eindeutig der Gleichrangigkeit der Grundrechtspositionen von A und B. Beide sind nicht an die Grundrechte des jeweils anderen gebunden; in ihrem Verhältnis untereinander stehen die Meinungsfreiheit des A und das Persönlichkeitsinteresse des B auf einer Stufe. Entsprechend dürfen sich auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Staat bei der Schlichtung ihres privatrechtlichen Streits nicht danach unterscheiden, wie der Tenor des Urteils ausfällt.

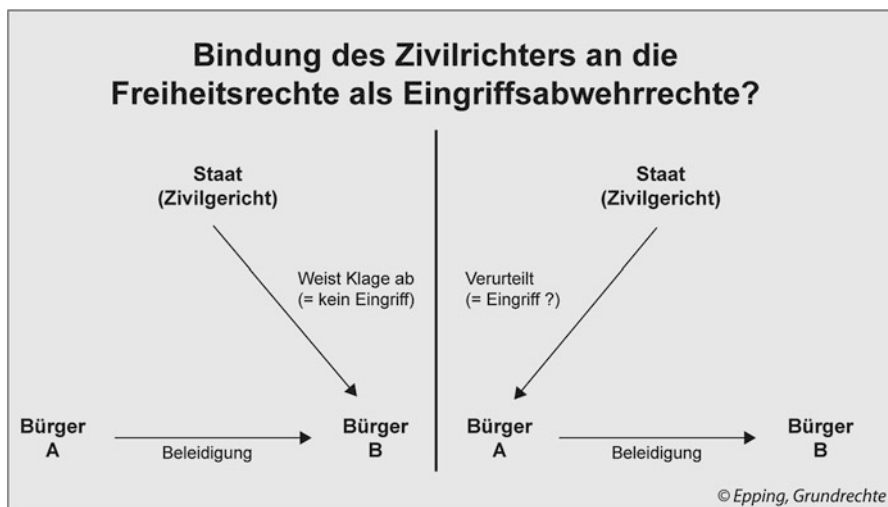
¹¹⁶ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 486 f.; Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 54.

¹¹⁷ Vgl. Lenz/Leydecker, ZG 2006, 107 (410 ff.).

¹¹⁸ Stern, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 76, S. 1551; Bleckmann, § 10 Rn. 75; Hermes, NJW 1990, 1764 (1765).

¹¹⁹ Vgl. Lenz/Leydecker, ZG 2006, 107 (411 ff.).

¹²⁰ Zu dieser Konstellation deutlich Oeter, AöR 119 (1994), 529 (536).



361

Gegenüber dem Zivilrichter wirken die Grundrechte daher nach wohl überwiegender Meinung nicht in ihrer Funktion als Eingriffsabwehrrechte, sondern ausschließlich in ihrer Funktion als Schutzpflichten.¹²¹ Auch die Rechtsprechung des BVerfG hat es bislang zumeist abgelehnt, die Grundrechte innerhalb privatrechtlicher Streitigkeiten als Eingriffsabwehrrechte wirken zu lassen, auch wenn die Wortwahl gelegentlich nicht ganz eindeutig ist¹²² und abweichende Entscheidungen zu finden sind.¹²³

362

(2) Eingriffe durch den Zivilrechtsgesetzgeber?

Genau umgekehrt verfährt das überwiegende Schrifttum hingegen bei der Frage, ob der Zivilrechtsgesetzgeber an die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte gebunden ist.¹²⁴ Hauptargument der Befürworter einer solchen Bindung ist, dass es dem Gesetzgeber in hohem Maße freistehe, ob er Konflikte mit privat- oder öffentlich-rechtlichen Normen regle. Daher müsse die Bindung jeweils identisch sein, so dass die Grundrechte stets als Eingriffsabwehrrechte wirken. So verfährt in einigen älteren Entscheidungen auch das BVerfG, wenn es zivilrechtliche Normen an den Schrankenregelungen der jeweils betroffenen Grundrechte misst.¹²⁵

363

Dies überrascht, denn die Argumente, die gegen eine derartige Bindung des Zivilrichters sprechen, gelten auch hier.¹²⁶ Insbesondere würden auch in Bezug

364

¹²¹ Stern, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 76, S. 1582 m. w. N. Anders aber etwa Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 486 f. und Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 212 m. w. N. in Fn. 37.

¹²² Vgl. nur BVerfGE 7, 198 (204 ff.) (Lüth); 34, 269 (280) (Soraya); 42, 143 (147 ff.) (Deutschland-Magazin); 101, 361 (381) (Caroline von Monaco II).

¹²³ Vgl. BVerfGE 119, 1 (22) (Esra).

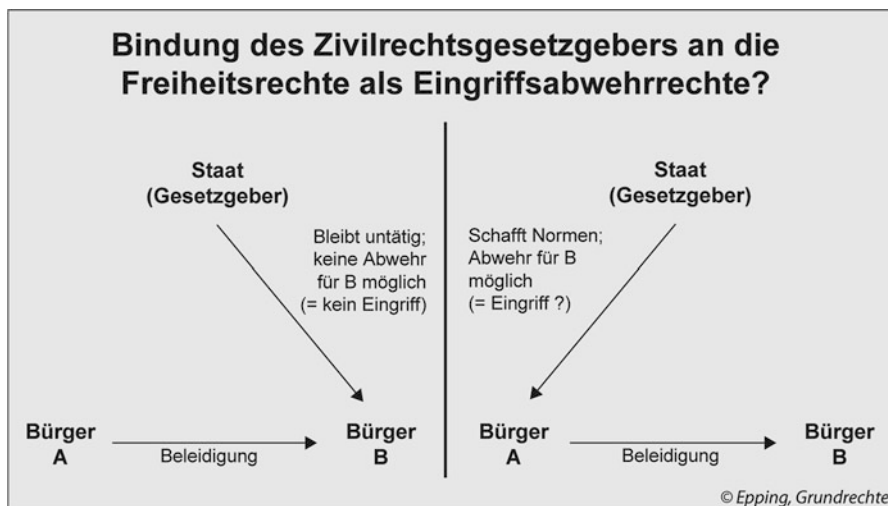
¹²⁴ Canaris, AcP 184 (1984), 201 (212 f.); Röthel, JuS 2001, 424 (425).

¹²⁵ Vgl. BVerfGE 7, 198 (211) (Lüth); 97, 127 (146) (Caroline von Monaco I); 102, 347 (360) (Schockwerbung I).

¹²⁶ Lenz/Leydecker, ZG 2006, 407 (416 ff.); Oldiges, in: FS für Friauf, 1996, S. 300 ff.

auf den Gesetzgeber unterschiedliche Maßstäbe für ein Handeln (Eingriff) oder Nichthandeln (kein Eingriff) in Anbetracht der Schutzpflicht dazu führen, dass für den Staat eine Schutzgewähr schwieriger wäre als das Untätigbleiben. Handelt der Staat, muss er die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte mit ihren Schranken und Schranken-Schranken beachten; handelt er nicht, bleibt allein die Schutzpflicht mit ihrem weiten Gestaltungsspielraum als Prüfungsmaßstab. Sind aber die Bürger untereinander nicht an die Grundrechte gebunden und ist ihr Anspruch auf staatlichen Schutz prinzipiell gleichrangig, ist dies mit für Handeln bzw. Nichthandeln unterschiedlichen Maßstäben kaum zu vereinbaren. Vor diesem Hintergrund überzeugt die Herangehensweise des BVerfG in seinen jüngeren Entscheidungen, in denen das Gericht auf eine Eingriffsprüfung verzichtet und eine Abwägung der betroffenen Rechtspositionen im Sinne praktischer Konkordanz bei Annahme eines großen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums verlangt.¹²⁷

365



366

Zudem bestehen zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht, für das die Grundrechte unstreitig als Eingriffsabwehrrechte gelten, gravierende Unterschiede.¹²⁸ Während das Privatrecht dem Ausgleich der Rechte und Interessen der Bürger untereinander und damit im Gleichordnungsverhältnis dient, verfolgt das öffentliche Recht jedenfalls vorrangig einen Ausgleich zwischen Privatinteresse und Allgemeinwohl auf der Basis eines Über-Unterordnungsverhältnisses Staat-Bürger. Zwar kommt es häufig vor, dass auch öffentlich-rechtliche Normen dazu bestimmt sind, dem Privatinteresse zu dienen. Es bleibt aber der Unterschied, dass das öffentliche Recht den Staat als solchen unmittelbar berechtigt und verpflichtet, während

¹²⁷ BVerfGE 134, 204 (223 f.) (Übersetzerhonorare); BVerfG, NJW 2016, 1939 (1940 f.) (Abstammungsklärung); NJW 2016, 2247 (2248) (Sampling). So auch schon BVerfGE 97, 169 (175 f.) (Kleinbetriebsklausel I).

¹²⁸ Zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht vgl. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage 2016, § 2 Rn. 1 ff.

das Privatrecht auf die Aktivierung durch Private angewiesen bleibt. Der Staat könnte daher gestützt auf das (öffentlich-rechtliche) Polizeirecht einem Bürger verleumdende Äußerungen verbieten, ohne dass der Verleumdete mitwirken muss. Es ist dem Staat aber nicht möglich, den Verleumder zivilrechtlich zu Schadensersatz zu verurteilen, solange der Verleumdete nicht aktiv wird und Klage erhebt. Das **Privatrecht** ist damit **Ausdruck der Privatautonomie**¹²⁹ in einem verrechtlichten Staat, der die Selbstjustiz verboten und an ihrer Stelle das Privatrecht mit seinen Rechtsschutzmöglichkeiten bereitgestellt hat. Umgekehrt ist das öffentliche Recht Ausdruck des staatlichen Handelns im Allgemeininteresse. Dass Privatrecht und öffentliches Recht nicht hinreichend unterschiedlich wirken, lässt sich daher kaum vertreten. Insofern spricht einiges dafür, die Wirkung der Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte im Zivilrecht insgesamt abzulehnen. Warum in Bezug auf denselben Regelungsgegenstand abhängig vom jeweils handelnden Staatsorgan – Richter oder Gesetzgeber – unterschiedliche Maßstäbe gelten sollen, ist kaum zu erklären. Die weitere Diskussion bleibt abzuwarten.

cc) Umfang der verfassungsgerichtlichen Prüfung

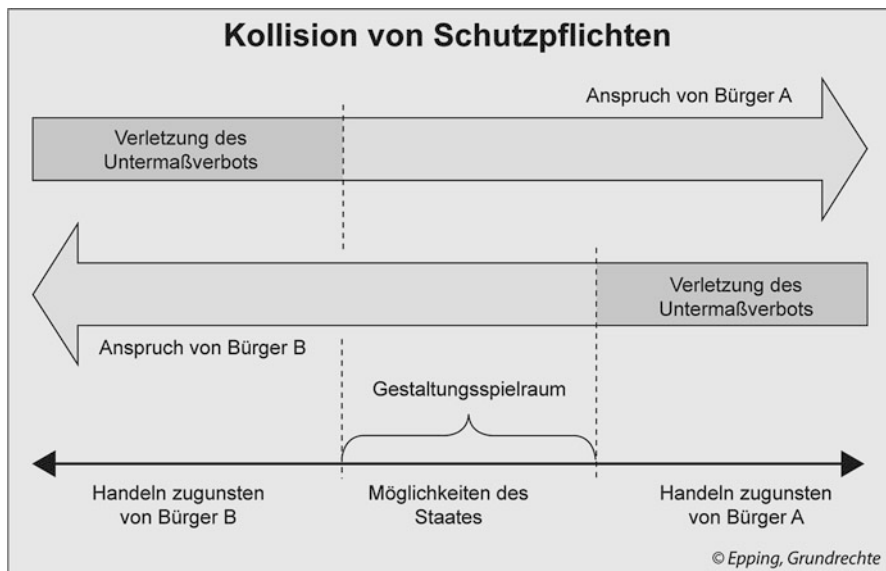
Ausgehend von der Begründung der Drittwirkung mittels der staatlichen Schutzpflichten lassen sich zwanglos die Bindungen, denen der über einen Rechtsstreit zwischen Privaten entscheidende Zivilrichter unterliegt, herausarbeiten: **Basis der zivilrichterlichen Entscheidung ist das Privatrecht**, sodass der Rechtsstreit zunächst ausschließlich anhand der privatrechtlichen Normen entschieden wird. Bei der Anwendung und Auslegung dieser Normen muss der Zivilrichter allerdings die ihn treffenden **Schutzpflichten bezüglich der Grundrechte** der beteiligten Parteien beachten. Dies gilt besonders bei den schon ihrer Natur nach ausfüllungsbedürftigen Generalklauseln (z. B. §§ 138, 242, 823, 826, 1004 BGB); es gilt aber auch für alle anderen Zivilrechtsnormen, solange sie dem Richter überhaupt einen Auslegungsspielraum lassen. Immer dann ist die Aktualisierung der Schutzpflicht durch den Richter gefordert. Nur bei Zivilrechtsnormen, die einer die Grundrechte angemessen beachtenden Auslegung keinerlei Raum bieten, kann der Richter selbst der Schutzpflicht nicht nachkommen, sondern muss die Entscheidung des Gesetzgebers respektieren.¹³⁰ Wenn er allerdings die Überzeugung der Verfassungswidrigkeit einer solchen Norm gewinnt, muss er das Verfahren aussetzen und die entsprechenden Bestimmungen dem BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 GG (konkrete Normenkontrolle) vorlegen.

Der **Zivilrichter** muss bei seiner Entscheidung im Rahmen seiner **Gesetzesanwendung** die entgegenstehenden **Grundrechtspositionen gegeneinander abwägen** und zu einem schonenden Ausgleich bringen. Dabei kommt ihm – wie allen staatlichen Organen bei der Erfüllung von Schutzpflichten – ein Gestaltungsspielraum zu; Gewichtung, Zuordnung und Abwägung der beteiligten Grundrechte sind daher zunächst Sache des zur Entscheidung des Rechtsstreits berufenen Richters.

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 103, 89 (100 f.) (Unterhaltsverzichtsvertrag); 114, 1 (34 f.) (Übertragung von Lebensversicherungen).

¹³⁰ Zur Gesetzesbindung des Zivilrichters vgl. Röthel, JuS 2001, 424 (427 ff.).

369



370

Aus dieser Stellung des Zivilrichters lässt sich der **Umfang der Überprüfung** von zivilgerichtlichen Entscheidungen durch das BVerfG ableiten. Angesichts des Gestaltungsspielraums, der dem Zivilrichter bei der Zuordnung und Abwägung der beteiligten Grundrechte zukommt, kann die Überprüfung durch das BVerfG keine umfassende sein. Urteile werden also nicht umfassend auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft, sondern lediglich im Hinblick darauf, ob die Grundrechte der Parteien im Rahmen der Gesetzesanwendung hinreichende Beachtung gefunden haben. Denn die Prüfungsbefugnis reicht nicht weiter als der Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht.¹³¹ Das BVerfG trägt insoweit dem Gestaltungsspielraum der Gerichte bei der Erfüllung der Schutzpflicht Rechnung, wenn es nicht seine eigene Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen an die Stelle der Abwägung des Zivilgerichts setzt, sondern nur überprüft, ob das Zivilgericht eine **in Bezug auf die Grundrechte vertretbare Entscheidung** getroffen hat. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruht, die Zivilgerichte also die Bedeutung der Grundrechte für die Entscheidung nicht erkannt oder grundsätzlich verkannt haben.¹³² Eine umfassende Nachprüfung erfolgt ganz ausnahmsweise hingegen dann, wenn das „Untermaßverbot“ den Gestaltungsspielraum des Staates auf eine bestimmte Form der Schutzgewähr verengt.¹³³

¹³¹ BVerfGE 95, 28 (37) (Werkszeitungen). So auch schon *Klein*, NJW 1989, 1633 (1640).

¹³² BVerfGE 18, 85 (93) (Spezifisches Verfassungsrecht); 89, 214 (230) (Bürgschaftsverträge); 101, 361 (388) (Caroline von Monaco II).

¹³³ Beispiele dafür in BVerfGE 35, 202 ff. (Lebach); 119, 1 (22) (Esra).

In der Literatur findet sich dazu der Hinweis, der eingeschränkte Prüfungsumfang des BVerfG folge – wie auch sonst bei Urteilsverfassungsbeschwerden¹³⁴ – schon daraus, dass das BVerfG keine „Superrevisionsinstanz“ darstelle und sich folglich auf die Prüfung „spezifischen Verfassungsrechts“ zu beschränken habe.¹³⁵ Auch diese aus der funktionalen Stellung des BVerfG im Verfassungsgefüge folgende Argumentation ist nicht falsch, greift aber zu kurz. Denn wie das BVerfG zutreffend ausführt, reicht seine eigene Prüfungsbefugnis bereits in materieller Hinsicht nicht weiter als der Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht.¹³⁶ Ist der Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht aber insoweit beschränkt, als den staatlichen Organen ein Gestaltungsspielraum verbleibt, hat dies auch die Rechtsprechung zu berücksichtigen.

371

BVerfGE 95, 28 (36 f.) (Werkszeitungen): „Der Umstand, dass das Landesarbeitsgericht einen privatrechtlichen Streit zu entscheiden hatte, für den das Betriebsverfassungsgesetz maßgeblich war, entband es nicht von der Verpflichtung, dieses Grundrecht zu berücksichtigen. Auslegung und Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes sind zwar Sache der Arbeitsgerichte. Wirkt sich die einschlägige betriebsverfassungsrechtliche Norm oder ihre Anwendung im Einzelfall jedoch beschränkend auf eine grundrechtlich geschützte Tätigkeit aus, so haben die Arbeitsgerichte der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts bei der Rechtsanwendung Rechnung zu tragen. **Das verlangt eine Abwägung der grundrechtlichen Belange einerseits und des gesetzlich geschützten Rechtsguts andererseits,** die grundsätzlich im Rahmen der auslegungsfähigen Tatbestandsmerkmale des einschlägigen Gesetzes stattfindet und bei der die Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen sind. **Die Beachtung dieser Grundsätze kann vom Bundesverfassungsgericht nachgeprüft werden. Dabei reicht seine Kontrollbefugnis gegenüber den Zivilgerichten aber nicht weiter als der Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht.** Da der Rechtsstreit ungeachtet des grundrechtlichen Einflusses ein privatrechtlicher bleibt, prüft es nur nach, ob die wertsetzende Bedeutung des betroffenen Grundrechts bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts ausreichend beachtet worden ist. Daran fehlt es insbesondere, wenn das Zivilgericht den grundrechtlichen Einfluss überhaupt nicht berücksichtigt oder unzutreffend eingeschätzt hat und die Entscheidung auf der Verkennung des Grundrechtseinflusses beruht. (...) Der Ausgleich widerstreitender Rechtspositionen ist verfassungsrechtlich regelmäßig nicht festgelegt. Er obliegt dem Gesetzgeber, der dabei beträchtlichen Gestaltungsspielraum besitzt. Aber auch für den gesetzesanwendenden Richter bleibt in der Regel ein Interpretationsspielraum, zumal wenn das Gesetz das umstrittene Problem – wie hier – nicht ausdrücklich geregelt hat, sodass zur Lösung des Falles auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden muss. Ein übersehener Abwägungssichtspunkt ist unter diesen Umständen regelmäßig ergebnisrelevant.“

Nichts anderes gilt für den **Gesetzgeber bei der Schaffung von Privatrecht**, wenn man mit dem hier verfolgten Ansatz dessen Bindung an die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte ablehnt. Auch Normen des Privatrechts sind folglich nur daraufhin zu überprüfen, ob bei ihrer Schaffung die Grundrechte hinreichende Beachtung gefunden haben, ob also der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht genügt hat. Eine umfassende Prüfung anhand von Schranken und Schranken-Schranken (Ver-

372

¹³⁴ Vgl. Rn. 206.

¹³⁵ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (212 f.).

¹³⁶ BVerfGE 95, 28 (37) (Werkszeitungen).

hältnismäßigkeitsgrundsatz) findet nicht statt.¹³⁷ Die klassische dreistufige Grundrechtsprüfung (Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung) weicht einer **zweistufigen Prüfung** (Schutzbereich – Verstoß gegen die Schutzpflicht).¹³⁸ Nimmt man hingegen eine Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechte als Abwehrrechte an, werden Privatrechtsnormen wie jede andere Rechtsnorm auch umfassend auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft.

373

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Eine durchweg befriedigende Lösung der Drittwirkungsproblematik ist Literatur und Rechtsprechung bis heute nicht gelungen. Manche Werke, die sich mit dieser Frage beschäftigen, spiegeln eine „Scheinlogik“ vor, die der Problematik nicht gerecht wird. Auch dieses Buch vermag nicht alle Probleme zu lösen, bemüht sich jedoch um eine Verdeutlichung der Schwierigkeiten und der möglichen Argumente. In der Fallbearbeitung kommt es glücklicherweise auf die dogmatischen Schwierigkeiten nur selten an. Dennoch ist die „richtige“ Darstellung von Drittwirkungsfragen schwierig.¹³⁹ Unterschieden werden muss zwischen zwei Konstellationen:

- Steht eine **Privatrechtsnorm** zur Prüfung, sollte diese umfassend anhand des klassischen Schemas (Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung) auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden. Auf der EingriffsEbene kann dann – insbesondere bei Hausarbeiten – die Frage aufgeworfen werden, ob die Grundrechte in Bezug auf die Privatrechtsnorm überhaupt als Eingriffsabwehrrechte wirken. Aus heutiger Sicht muss aber trotz der dargestellten dogmatischen Bedenken empfohlen werden, diese Frage im Hinblick auf die wahrscheinlichen Erwartungen des Korrektors mit der überwiegenden Ansicht im Schrifttum zu bejahen.
- Richtet sich der Bürger mit einer Verfassungsbeschwerde gegen eine **zivilgerichtliche Entscheidung**, stellt sich das Problem zunächst im Rahmen der Zulässigkeit beim Prüfungspunkt „Beschwerdebefugnis“ (Behauptung einer möglichen Grundrechtsverletzung). Hier ist festzustellen, dass die Grundrechte auch in Privatrechtsbeziehungen – vermittelt durch die Zivilrechtsnormen und deren Anwendung durch den Richter – Geltung beanspruchen (mittelbare Drittwirkung). Auf die seit langem nicht mehr vertretene Theorie der „unmittelbaren Drittwirkung“ braucht nicht mehr eingegangen zu werden. In der Begründetheitsprüfung bedarf es nach der Prüfung des Schutzbereichs der Erörterung, in welcher Weise eine Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegt. Die entscheidende Weichenstellung erfolgt mithin bei der Prüfung des „Eingriffs“; hier bedarf es einer Er-

¹³⁷ So auch BVerfGE 89, 276 (286) (§ 611a BGB); 97, 169 (175 f.) (Kleinbetriebsklausel I). Anders aber etwa BVerfGE 63, 88 (109) (Versorgungsausgleich II).

¹³⁸ Vgl. Rn. 141 ff.

örterung der Schutzpflichtproblematik zur Begründung der mittelbaren Drittwirkung:

Wendet sich der Bürger gegen ein **klageabweisendes Urteil**, welches ihm den geforderten Schutz verwehrt, liegt schon per definitionem kein staatlicher Eingriff vor. Zu klären ist dann, ob der Staat unzulässigerweise seiner Schutzpflicht nicht nachgekommen ist. Ist dies der Fall, verletzt das Nichthandeln – die Klageabweisung – Grundrechte des Beschwerdeführers, ohne dass Überlegungen hinsichtlich einer Rechtfertigung anzustellen sind.

Wendet sich der Bürger gegen eine **Verurteilung**, könnte man ausgehend vom üblichen Eingriffsbegriff theoretisch einen Eingriff annehmen, der entsprechend dem üblichen Schema rechtfertigungsbedürftig wäre. Unterschiede zu sonstigen Urteilsverfassungsbeschwerden ergeben sich dann nicht. Dies gilt allerdings nur dann, wenn man – entgegen der hier vertretenen und wohl herrschenden Konzeption – eine Bindung des Zivilrichters an die Grundrechte auch in ihrer Form als Eingriffsabwehrrechte annimmt. Verneint man dies hingegen, ist bei der „Eingriffs“-Prüfung wiederum zu fragen, ob die Verurteilung mit den staatlichen Schutzpflichten in Einklang steht. Auch hier ist dann nur zu überprüfen, ob die Abwägung und Zuordnung der Grundrechte durch den Zivilrichter auf einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage beruht und im Sinne „praktischer Konkordanz“ den gebotenen Ausgleich vornimmt. Die Prüfung ist also wiederum zweistufig. Aus Sicht der Verfasser ist dieser Weg vorzugswürdig.

¹³⁹ Vgl. zu anderen als den hier vorgeschlagenen Darstellungsvarianten *Augsberg/Viellechner*, JuS 2008, 406 ff.

Kapitel 8: Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

Literatur:

Huber, Peter M., Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, JZ 2003, 290 ff.; Mann, Thomas/Wortmann, Esther-Maria, Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen, JuS 2013, 385 ff.; Schoch, Friedrich, Amtliche Publikumsinformation im Spiegel der Rechtsprechung, VBIBW 2014, 369 ff.; Vosskuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundrechtseingriff, JuS 2009, 313 ff.

Fallbearbeitungen:

Bausback, Winfried/Hein, Michael, „Bessere Chancen für den Nachwuchs?“, JA 2005, 873 ff.; von Coelln, Christian, Übungsklausur – Öffentliches Recht: Die Verfassungsmäßigkeit der Ausbildungsplatzabgabe – Der aufgedrängte Azubi, JuS 2009, 335 ff.; Degenhart, Christoph, I, Fälle 15 (S. 222 ff.), 17 (S. 249 ff.), 19 (S. 249 ff.), II, Fall 4 (S. 118 ff.); Frank, Malte/Platzer, Maximilian, „Kein Alkoholverbot ist auch keine Lösung?“, JA 2012, 680 ff.; Hoffmann, Christian/Borchers, Kim Corinna, „Der Anwalt und sein Recht auf Papier“, JA 2015, 197 ff.; Höfling, Wolfram, Fall 13 (S. 151 ff.); Goldhammer, Michael/Hofmann, Andreas, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte. Gefährliche Bräune, JuS 2013, 704 ff.; Langenfeld, Christine/von Barga, Oliver/Müller, Thomas, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Nichtrauchererschutz in Gaststätten, JuS 2008, 795 ff.; Lüdemann, Jörn/Hermstrüwer, Yoan, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsrecht – Das Verkaufsverbot für Schokoladenzigaretten, JuS 2012, 57 ff.; Nolte, Martin/Tams, Christian J., Grundfälle zu Art. 12 I GG, JuS 2006, 31 ff., 130 ff., 218 ff.; Piroth, Bodo/Görsch, Christoph/Hermann, Bernd, Nr. 6 (S. 121 ff.); Pollin, Ulrike, „Arbeitsfreie Samstage“, JA 2016, 278 ff.; Reuter, Thomas/Wiedmann, Marcel, Blauer Dunst ade, Jura 2009, 221 ff.; Volkmann, Uwe, Fall 9 (S. 253 ff.); Wehr, Matthias, Grundfälle zum Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1997, 231 ff., 419 ff.; Weinbuch, Christian, „Du sollst nicht rauchen“, JA 2013, 197 ff.

Leitentscheidungen zur Berufsfreiheit:

BVerfGE 7, 377 ff. (Apotheken-Urteil); 9, 338 ff. (Hebammenaltersgrenze); 11, 30 ff. (Kassenarzt-Urteil); 84, 34 ff. (Gerichtliche Prüfungskontrolle); 121, 317 ff. (Rauchverbot).

Leitentscheidungen zum erweiterten Eingriffsbegriff:

BVerfGE 105, 279 ff. (Sektenwarnung), letztinstanzliche Entscheidung BVerwG, NJW 1991, 1770 ff.; BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwarnung), letztinstanzliche Entscheidungen BVerwGE 87, 37 ff. und JZ 1991, 624 ff.

I. Hintergrund

374 Die Berufsfreiheit stellt in der Verfassungspraxis aufgrund ihres umfassenden Schutzzumfangs eines der zentralen Grundrechte dar. Das Grundrecht kann auf eine lange Tradition zurückblicken. Bereits in der (nie in Kraft getretenen) Paulskirchenverfassung fand sich mit dem § 158 eine dem Art. 12 Abs. 1 GG vergleichbare Bestimmung. Dort hieß es: „Es steht einem Jeden frei, seinen Beruf zu wählen und sich für denselben auszubilden, wie und wo er will“. Dagegen enthielt die Weimarer Reichsverfassung keinen Schutz der Berufsfreiheit. In Art. 157 WRV wurde lediglich die Arbeitskraft unter den Schutz des Reiches gestellt. Allerdings fand auch die sittliche Pflicht des Einzelnen zur Arbeit zum Wohle der Gesamtheit ihren Niederschlag in Art. 163 Abs. 1 WRV, ebenso wie das Recht auf Arbeit in Abs. 2. Jedoch bestand weder eine Rechtspflicht zur Arbeit, noch ein aus Abs. 2 ableitbares einklagbares Recht gegen den Staat auf Arbeit. Das Grundgesetz hat auf derartige Programmsätze verzichtet und schützt mit seinem Art. 12 Abs. 1 auch denjenigen, der ohne Beruf bleiben will (negative Berufsfreiheit).¹ Die EMRK enthält keine Regelung zur Berufsfreiheit. Art. 15, 16 GR-Charta enthalten vergleichbare und zum Teil weitergehende Regelungen.

375 Hintergrund für die Verbote von Arbeitszwang und Zwangsarbeit durch Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 GG ist die nationalsozialistische Arbeitsorganisation, die den Bürger in seinem Freiraum stark eingeengt und den Zwang zur Arbeit als Mittel der Disziplinierung eingesetzt hatte. Vor derartigen Maßnahmen zur Herabwürdigung der Persönlichkeit soll der Einzelne nunmehr geschützt werden.² Das Verbot der Zwangsarbeit sehen auch Art. 4 EMRK und Art. 5 GR-Charta vor.

II. Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

376 Fall 12: Apothekenfall

Der Apotheker A beantragt die nach § 1 bayerisches ApothekenG erforderliche Genehmigung für die Eröffnung einer Apotheke im bayerischen Traunstein. Die zuständige Behörde versagt jedoch die begehrte Genehmigung und begründet die Ablehnung des Antrags des Beschwerdeführers sowohl aus Art. 3 Abs. 1 lit. a als auch aus Art. 3 Abs. 1 lit. b bayerisches ApothekenG: Die Errichtung der beantragten Apotheke liege nicht im öffentlichen Interesse. Vom Nachbarort aus seien etwa 6000 Menschen mit Arzneimitteln zu versorgen. Dafür genüge die eine vorhandene Apotheke völlig. Deshalb sei die wirtschaftliche Grundlage der neuen Apotheke nicht gesichert. Der Antragsteller müsse im eigenen Interesse davor bewahrt wer-

¹ Vgl. Rn. 383 ff.

² Vgl. zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund BVerfGE 74, 102 (116 ff.) (Erziehungsmaßnahmen).

den, eine nicht lebensfähige Apotheke zu errichten. Schließlich würde die wirtschaftliche Grundlage der bereits bestehenden Apotheke durch die Neuzulassung so weit beeinträchtigt werden, dass die Voraussetzungen für einen ordnungsmäßigen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet seien. Wirtschaftlich schlecht fundierte Apotheken seien leichter geneigt, Arzneimittel ohne ärztliche Verschreibung abzugeben und bei der Abgabe von Opiaten eine gesetzlich unzulässige Großzügigkeit walten zu lassen. Der Apotheker A ist dagegen der Ansicht, dass § 3 Abs. 1 ApothekenG wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG nichtig ist. Nach erfolglosem Durchlaufen des Rechtsweges hat A Verfassungsbeschwerde erhoben. Wie wird das BVerfG über die zulässige Verfassungsbeschwerde entscheiden?

§ 3 Abs. 1 ApothekenG a. F.: Für eine neu zu errichtende Apotheke darf die Betriebserlaubnis nur erteilt werden, wenn

- a. die Errichtung der Apotheke zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im öffentlichen Interesse liegt und
- b. anzunehmen ist, dass ihre wirtschaftliche Grundlage gesichert ist und durch sie die wirtschaftliche Grundlage der benachbarten Apotheken nicht soweit beeinträchtigt wird, dass die Voraussetzungen für den ordnungsgemäßen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet sind.

Fall nach BVerfGE 7, 377 ff. (Apotheken-Urteil)

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

In persönlicher Hinsicht schützt Art. 12 Abs. 1 GG alle Deutschen. Es handelt sich also um ein „Deutschengrundrecht“.³ Dagegen gelten Art. 12 Abs. 2 und 3 GG für jedermann. Da die Berufsfreiheit nicht an die natürlichen Eigenschaften des Menschen anknüpft, kann sie auch kollektiv betätigt werden, sodass sich juristische Personen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf das Grundrecht berufen können.⁴

377

b) Sachlicher Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Wahl eines Berufes sowie seine Ausübung. **Beruf** ist **jede auf Dauer** angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit.⁵ Unerheblich ist, ob die Tätigkeit selbstständig oder unselbstständig erfolgt oder im öffentlichen Dienst oder der Privatwirtschaft ausgeübt wird. Auch Doppel- und Nebenberufe werden von Art. 12 Abs. 1 GG erfasst. Nicht

378

³ Vgl. zum Schutz der Berufsfreiheit der EU-Bürger durch Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 583 ff.

⁴ BVerfG, NJW 2016, 930 (931) (Juristische Personen als Insolvenzverwalter). Vgl. Rn. 156 ff.

⁵ BVerfGE 7, 377 (397) (Apotheken-Urteil); 97, 228 (252) (Kurzberichterstattung).

als Beruf zu werten sind dagegen Tätigkeiten der Privatsphäre, wie z. B. die Ausübung eines Hobbys, da sie nicht der Sicherung der Lebensgrundlage dienen. Das Merkmal „auf Dauer“ ist nicht zu eng aufzufassen. Ausreichend sind bereits Gelegenheits- und Ferienjobs; nicht umfasst werden hingegen Beschäftigungen, die sich auf einen einmaligen Erwerbsakt beschränken.

379 Umstritten ist dagegen, ob als zusätzliches Merkmal hinzukommen muss, dass die **Tätigkeit nicht generell verboten**⁶ und **nicht sozial- oder gemeinschädlich**⁷ ist. Das BVerfG geht davon aus, dass eine Begrenzung des Schutzbereichs allenfalls hinsichtlich solcher Tätigkeiten in Betracht kommt, die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, weil sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können.⁸ Dazu gehört die Prostitution jedenfalls seit ihrer rechtlichen Anerkennung durch das 2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz nicht mehr.

380 Vereinzelt wird diese Einschränkung mit dem Hinweis angegriffen, dass es der Gesetzgeber dadurch in der Hand habe, bereits den Schutzbereich durch allgemeine Gesetze zu beschränken mit der Folge, dass die gesetzgeberische Maßnahme nicht mehr am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen wäre.⁹ Das überzeugt jedoch nicht. Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht die allgemeine berufliche Handlungsfreiheit. Die Berufsfreiheit schützt vielmehr die **Freiheit der beruflichen Betätigung vor berufspezifischen Einschränkungen**. Der Beruf bündelt vielfältige Handlungen **zu dem Zweck, die Lebensgrundlage zu erwirtschaften**. Art. 12 Abs. 1 GG privilegiert deshalb nicht jede einzelne Handlung deshalb, weil sie beruflich ausgeübt wird. Geschützt wird vielmehr der Beruf an sich. Ein Verhalten, das – wie z. B. der Diebstahl – unabhängig von einer beruflichen Betätigung verboten ist, gewinnt nicht dadurch einen besonderen Stellenwert, dass es zum Gegenstand eines Berufes gemacht wird.¹⁰ In diesem Fall wird der grundrechtliche Schutz allein durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet. Ein Verbot aber, das sich – wie z. B. beim staatlichen Spielbankmonopol¹¹ – gegen die berufliche Betätigung als solche richtet, ist an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Denn in diesem Fall werden nicht die zum Betrieb einer Spielbank gehörenden Tätigkeiten allgemein verboten, sondern lediglich der gewerbliche Betrieb der Spielbank. Die praktische Bedeutung des dogmatischen Streits wird dadurch begrenzt, dass eine Regelung, die sich an die Allgemeinheit richtet, ohne Berufsträger besonders zu betreffen, mangels **berufsregelnder Tendenz** nicht in Art. 12 Abs. 1 GG eingreift.¹²

⁶ BVerwGE 87, 37 (40 f.); so wohl im Ergebnis *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 901; a. A. BVerwGE 96, 293 (296 f.). Bedenken auch bei *Sachs*, VerfR II, Kap. B 12 Rn. 4.

⁷ BVerwGE 22, 286 (289).

⁸ BVerfGE 115, 276 (301) (Sportwetten); 117, 126 (137) (Hufbeschlagesgesetz).

⁹ Vgl. beispielsweise *Breuer*, in: HStR VIII, § 170 Rn. 68 f.

¹⁰ Vgl. *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 248 f.

¹¹ Vgl. BVerfGE 102, 197 (213 f.) (Spielbankengesetz Baden-Württemberg); BVerfGK 10, 525 ff.

¹² Vgl. Rn. 400.

aa) Einheitlicher Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG spricht in seinem ersten Satz zunächst von der Freiheit, einen Beruf zu wählen. Der zweite Satz erwähnt die Berufsausübung. Fraglich ist deshalb, in welchem Verhältnis Berufswahl und Berufsausübung zueinander stehen. Aspekte der Wahl eines Berufes und seiner Ausübung lassen sich nicht klar voneinander trennen. Durch die Ausübung eines Berufes wird jedes Mal seine Wahl bestätigt.¹³ Aspekte der Ausübung betreffen auch die Berufswahl. Wenn nämlich bestimmte Vorschriften bestehen, wie ein Beruf auszuüben ist, so wirken sich diese gegebenenfalls auch auf die Ausbildung bzw. auf die Wahl aus. Für den Einzelnen stellt sich die Frage, ob er die entsprechenden Voraussetzungen erreichen kann, um den von ihm gewünschten Beruf überhaupt ergreifen zu können. Deshalb gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG einen **einheitlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit**. Der Schutzbereich umfasst die Berufsausübung und die Berufswahl, also den Beruf in allen seinen Aspekten bis hin zu seiner Beendigung.

381

In der Konsequenz dieses Verständnisses ist der **Regelungsvorbehalt**, den Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nur für die Berufsausübung formuliert, auf die Berufsausübungs- und auf die Berufswahlfreiheit anzuwenden. Letztere ist nach dem Wortlaut an sich unbeschränkt gewährleistet und wäre ohne diesen Kunstgriff nur durch kollidierendes Verfassungsrecht einzuschränken. Das der Regelungsvorbehalt auch hier gilt, ist seit dem Apotheken-Urteil des BVerfG aus dem Jahr 1958¹⁴ nahezu einhellige Auffassung.¹⁵

382

Die Freiheit der **Berufswahl** („ob“) schützt die Entscheidung des Einzelnen, überhaupt einen Beruf zu ergreifen oder auf einen Beruf zu verzichten. Einen Zwang, irgendeinen Beruf zu ergreifen, gibt es nicht. Während die Weimarer Reichsverfassung zwar keinen allgemeinen Zwang zur Arbeit statuiert, es aber in Art. 163 als die „sittliche Pflicht eines jeden“ bezeichnet hat, „die geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert“, schützt Art. 12 Abs. 1 GG nach ganz überwiegender Ansicht auch die **negative Berufsfreiheit**, also die Freiheit, keinen Beruf zu ergreifen.¹⁶ Zur Freiheit der Berufswahl gehören weiter die Auswahl eines bestimmten Berufes sowie der Entschluss, den Beruf zu wechseln.

383

Der Schutz der **Berufsausübung** („wie“) umfasst die gesamte berufliche Tätigkeit. Hierzu zählen insbesondere Form, Mittel, Umfang sowie Inhalt der Betätigung.¹⁷ Die Abgrenzung der Berufswahl von der Berufsausübung kann im Einzelfall problematisch sein.¹⁸

384

¹³ BVerfGE 7, 377 (401) (Apotheken-Urteil).

¹⁴ BVerfGE 7, 377 ff. (Apotheken-Urteil). Vgl. *Kaiser*, Jura 2008, 844 ff.

¹⁵ A. A. *Lücke*, Die Berufsfreiheit, 1994; *Hufen*, NJW 1994, 2913 (2917).

¹⁶ BVerfGE 58, 358 (364) (Bewährungsaufgaben); 68, 256 (267) (Leistungsfähigkeit bei Unterhaltspflicht). Vgl. zu den negativen Freiheiten Rn. 313 f., 880 ff.

¹⁷ Vgl. im Einzelnen mit Hinweisen zur Rspr. des BVerfG *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 12 Rn. 9 f.

¹⁸ Vgl. Rn. 411 ff.

bb) Weitere Schutzbereichsgewährleistungen

385 Art. 12 GG schützt die **Wahl des Arbeitsplatzes**: Unter Arbeitsplatz ist der räumliche Ort, also der berufliche Umkreis der Betätigung zu verstehen. Da die Arbeitsplatzfreiheit nicht nur für Arbeitnehmer, sondern auch für Selbstständige gewährleistet ist, werden auch die berufliche Freizügigkeit und damit die Niederlassungsfreiheit geschützt.¹⁹ Bei abhängig Beschäftigten umfasst das Recht auf Wahl des Arbeitsplatzes auch die Wahl des Vertragspartners.²⁰

386 Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG spricht von der freien **Wahl der Ausbildungsstätte**. Das BVerfG geht davon aus, dass allgemein ein „Abwehrrecht gegen Freiheitsbeschränkungen im Ausbildungswesen“ gewährleistet wird.²¹ Ein allgemeines Recht auf Ausbildung – wie auch ein Recht auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes eigener Wahl – lässt sich aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht ableiten. Aus dem von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufes und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG folgt jedoch ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium an den staatlichen Hochschulen im Rahmen der bestehenden Kapazitäten. Vorhandene Studienplätze müssen voll ausgeschöpft und gleichmäßig verteilt sein, wenn ein Studienbewerber abgewiesen werden soll. Ob darüber hinaus im Einzelfall ein Anspruch auf Schaffung zusätzlicher Studienplätze besteht, hat das BVerfG offen gelassen.²²

387 Umstritten ist, ob die **Wettbewerbsfreiheit** ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist oder ob lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG²³) einen entsprechenden Schutz bietet. Die Wettbewerbsfreiheit soll das Verhalten im Wettbewerb und insbesondere die Konkurrenz mit anderen Wettbewerbern erfassen. Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur gehört es zur Berufsausübung dazu, am Markt aufzutreten und mit anderen in Konkurrenz zu treten.²⁴ Das Bemühen um den Verkauf von Waren und Dienstleistungen ist untrennbar mit der Berufsausübung verknüpft, da die Berufsausübung nicht um ihrer selbst willen erfolgt, sondern von den Verkaufsmöglichkeiten mitbestimmt wird. Art. 12 Abs. 1 GG schützt den Einzelnen nicht vor der Zulassung von Konkurrenz und auch nicht hinsichtlich der Erhaltung eines bestimmten Geschäftsumfangs. Jedoch ist der Schutzbereich dann betroffen, wenn der Staat das Verhalten der Unternehmer im Wettbewerb regelt, etwa durch die Begünstigung von Konkurrenten, und hierdurch eine Verzerrung des Wettbewerbs eintritt. Das Gleiche gilt, wenn der Staat Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eines Unternehmens offen legt, die von der Konkurrenz genutzt werden können.²⁵

¹⁹ Vgl. *Wieland*, in: Dreier, Art. 12 Rn. 60, 67; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 12 Rn. 267.

²⁰ BVerfGE 128, 157 (176) (Universitätsklinikum Gießen und Marburg).

²¹ BVerfGE 33, 303 (329) (numerus clausus I).

²² BVerfGE 33, 303 (329 ff.) (numerus clausus I). Vgl. Rn. 772.

²³ Für die grundsätzliche Anwendung von Art. 2 Abs. 1 GG: BVerwGE 30, 191 (198); 60, 154 (159); 65, 167 (174); für Art. 12 GG: BVerwGE 39, 329 (336); offen gelassen von BVerwGE 71, 183 (189, 192).

²⁴ BVerfGE 105, 252 (265 f.) (Glykol); 116, 202 (221) (Tarifreuegesetz Berlin). Allgemein zur Wettbewerbsfreiheit *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 12 Rn. 20 ff.

²⁵ BVerfGE 115, 205 (230) (Geheimnisschutz).

Nicht abschließend geklärt ist die Einwirkung des Art. 12 Abs. 1 GG auf die wirtschaftliche Betätigung des Staates („**Staat als Unternehmer**“): Nach einer Ansicht, die die Lösung auf der **Schutzbereichsebene** sucht, gilt der Grundsatz, dass Art. 12 Abs. 1 GG nicht eine bestimmte Stellung am Markt schützt. Dementsprechend kann sie nicht gegenüber staatlicher Konkurrenz in Stellung gebracht werden. Insoweit erfolgt eine Gleichstellung von privater und staatlicher Konkurrenz.²⁶ Eine Ausnahme wird allerdings dann anerkannt, wenn der Wettbewerb durch die staatliche Konkurrenz unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird, insbesondere wenn eine unerlaubte (faktische) Monopolstellung des staatlichen Wettbewerbers entsteht.²⁷ Nach der gegenteiligen Auffassung, die das Problem auf **Eingriffsebene** behandelt, können private und staatliche Unternehmen nicht gleichgestellt werden. Art. 12 Abs. 1 GG schütze einen vom Staat unbeeinflussten Wettbewerb. Dementsprechend werde der Schutzbereich von staatlicher Wirtschaftsbetätigung immer betroffen. Ob ein Eingriff vorliege, bestimme sich nach den herkömmlichen Kriterien der Intensität und Intention.²⁸ Da diese Kriterien in der praktischen Anwendung vornehmlich dann erfüllt sind, wenn der Wettbewerb unzumutbar eingeschränkt oder unmöglich gemacht wird, kommen die beiden Ansichten im Wesentlichen zu den selben Ergebnissen.

388

cc) Berufliche Ausübung von Staatsfunktionen und Verhältnis zu Art. 33 GG

Auch **Berufe des öffentlichen Dienstes** sowie **staatlich gebundene Berufe** (z. B. Notar, Schornsteinfeger, TÜV-Prüfer) sind „Berufe“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG.²⁹ Dementsprechend findet Art. 12 GG Anwendung, wird jedoch gegebenenfalls durch die Spezialvorschrift des Art. 33 GG überlagert und modifiziert. Dies hat zur Folge, dass **Sonderregelungen** für den öffentlichen Dienst geschaffen werden können, die weiter gehende Eingriffe in die Berufsfreiheit ermöglichen. Für die staatlich gebundenen Berufe, bei denen der Staat dem Berufsinhaber einzelne öffentliche Aufgaben übertragen hat, soll in Anlehnung an Art. 33 Abs. 4 und 5 GG Ähnliches gelten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG hängen die Regelungsmöglichkeiten des Gesetzgebers von der Nähe des Berufs zum öffentlichen Dienst ab.³⁰ Gerechtfertigt werden die Einschränkungsmöglichkeiten mit der Organisationsgewalt des Staates für den jeweiligen Bereich.

389

²⁶ Vgl. BVerwG, NJW 1995, 2938 (2939); BVerwGE 39, 329 (336 f.).

²⁷ *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, 421 ff. (m. w. N. in Fn. 19). Darüber hinaus soll Art. 12 Abs. 1 GG dann beeinträchtigt sein, wenn die staatliche Betätigung gegen einfachgesetzliche Bindungen verstößt und deshalb rechtswidrig ist (vgl. *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, 421 [427]). Hiergegen sprechen allerdings grundrechtsdogmatische Erwägungen. Die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns entscheidet nicht über das Vorliegen eines Eingriffs, sondern gehört zur Rechtfertigungsebene.

²⁸ *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1096); *Wieland*, in: Dreier, Art. 12 Rn. 88; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 160 ff. (insbesondere S. 162 f.; 169 ff.); strenger *Cremer*, DÖV 2003, 921 (925 ff.), der jede wirtschaftliche Betätigung des Staates als Grundrechtseingriff wertet.

²⁹ Vgl. *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Rn. 47 f.

³⁰ BVerfGE 73, 280 (292 ff.) (Zulassung von Notaren); 73, 301 (315 ff.) (Öffentlich bestellter Vermessungsingenieur [Hessen]); kritisch *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 55 ff.

2. Eingriffe

- 390** Die Frage danach, ob ein Eingriff in den Schutzbereich eines bestimmten Grundrechts vorliegt, ist in mehrfacher Hinsicht bedeutsam. Ein staatliches Verhalten ist im Hinblick auf die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte nur dann rechtfertigungsbedürftig, wenn es einen Eingriff in ein Grundrecht darstellt. Nur für Eingriffe gilt der Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG), nach dem Eingriffe auf ein Gesetz gestützt werden müssen.³¹ Dabei ist zwischen dem klassischen und dem erweiterten Eingriffsbegriff zu unterscheiden.

391 **Fall 13: Glykolwarnung**

Im Sommer 1985 stellten die Lebensmittelüberwachungsbehörden fest, dass zahlreiche im Bundesgebiet verkaufte Weine mit Diethylenglykol (DEG) versetzt waren, einem Mittel, das als Frostschutzmittel und chemisches Lösungsmittel verwendet wird. Daraufhin gab der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit (BMJFG) eine Liste DEG-haltiger Weine heraus. Sie trug auf der ersten Seite folgenden Vermerk: „Wichtige Hinweise: Die in der Liste aufgeführten Untersuchungsergebnisse beziehen sich lediglich auf den jeweils untersuchten Wein. Es kann also Wein gleicher Bezeichnung und Aufmachung desselben Abfüllers im Verkehr sein, der nicht mit DEG versetzt ist. Aus der Angabe einer Lagebezeichnung bei den in dieser Liste aufgeführten deutschen Weinen darf nicht geschlossen werden, dass alle Weine dieser Lage DEG enthalten können. Nur wenn auf dem Etikett neben der Lagebezeichnung auch der in der Liste angegebene Name des Abfüllers und die in der Liste angegebene amtliche Prüfungsnummer stehen, handelt es sich um Wein, bei dessen Untersuchung DEG festgestellt worden ist.“

In die Liste ist eine Auslese des deutschen Abfüllers A aufgenommen worden. Durch die Nennung seines Namens in der Liste befürchtet A einen drastischen Umsatzeinbruch hinsichtlich solcher Weine, die kein DEG enthalten, da der Verbraucher nicht differenziere. Deshalb hat A am 5.11.1985 Klage mit dem Ziel erhoben, dem BMJFG die Aufnahme des genannten Weines in die Liste zu untersagen. Schließlich werde er durch die Liste in seiner beruflichen Betätigung beschränkt. Nach erfolglosem Durchlaufen des Rechtswegs hat A Verfassungsbeschwerde erhoben. Wie wird das BVerfG über die zulässige Beschwerde entscheiden?

Fall nach BVerwG, NJW 1991, 1766 ff. und BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwarnung)

³¹ Vgl. Rn. 404 ff.

a) Klassischer Eingriffsbegriff

Der klassische Eingriffsbegriff hat vier Voraussetzungen:

392

- **Finalität:** Finalität bedeutet, dass die Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzbereichs durch das staatliche Handeln gerade bezweckt ist. Hieran fehlt es bei einer bloß unbeabsichtigten Nebenfolge eines auf ganz andere Ziele gerichteten Staatshandelns.
- **Unmittelbarkeit:** Unmittelbar ist eine Grundrechtsbeeinträchtigung, wenn sie dem staatlichen Handeln ohne Zwischenursachen folgt. Nicht ausreichend ist es daher, wenn der Erfolg erst durch Zwischenursachen vermittelt wird.
- **Rechtsakt:** Der Rechtsakt ist gekennzeichnet durch rechtliche (Gesetz, Verwaltungsakt, Urteil) und nicht bloß tatsächliche Wirkung.
- **Imperativität:** Das staatliche Handeln muss auf eine verbindliche Anordnung gerichtet sein bzw. nötigenfalls mit Befehl und Zwang durchgesetzt werden. Hieran fehlt es beispielsweise bei einer bloßen Bitte.

BVerfGE 105, 279 (299 f.) (Sektenwarnung): „Die Verwendung der Attribute ‚destruktiv‘ und ‚pseudoreligiös‘ und die Erhebung des Vorwurfs der Mitgliedermanipulation beeinträchtigen danach das durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG garantierte Recht der Beschwerdeführer auf eine in religiös-weltanschaulicher Hinsicht neutral und zurückhaltend erfolgende Behandlung. Die Merkmale eines Grundrechtseingriffs im herkömmlichen Sinne werden damit allerdings nicht erfüllt. Danach wird unter einem Grundrechtseingriff im Allgemeinen ein **rechtsförmiger Vorgang** verstanden, der **unmittelbar** und **gezielt** (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls **zwangsweise** durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also **imperativ**, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt. Keines dieser Merkmale liegt bei den Äußerungen vor, die hier zu beurteilen sind.“

b) Erweiterter Eingriffsbegriff

Der klassische Eingriffsbegriff ist jedoch zu eng. Grundrechte können auch durch faktisch-mittelbare Auswirkungen staatlichen Handelns beeinträchtigt werden. In weiten Bereichen würde der Bürger andernfalls gegenüber dem Staat schutzlos gestellt. Deshalb werden durch den erweiterten Eingriffsbegriff („**Eingriffsäquivalent**“) alle vier genannten Kriterien des klassischen Eingriffsbegriffs ausgeweitet, sodass in jedem staatlichen Handeln ein Eingriff liegen kann.³²

393

Die grundrechtliche Beeinträchtigung muss dem Staat **zurechenbar** sein. Dieses Merkmal tritt an die Stelle der Unmittelbarkeit. Die Wirkung – also die Beeinträchtigung – muss von einem der öffentlichen Gewalt zurechenbaren Verhalten ausgehen.³³ Der Erfolg ist dem Staat jedenfalls dann zurechenbar, wenn er ohne

394

³² Demgegenüber möchte die Lehre vom funktionellen Schutzbereich den Schutzbereich der einzelnen Grundrechte eingriffsbezogen bestimmen anhand der Frage: Erfasst der Schutzzweck des Grundrechts auch den konkreten (mittelbaren) Eingriff? (Vgl. *Albers*, DVBl. 1996, 233 [236]). Beispielsweise ließe sich im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG dahingehend interpretieren, dass er nur vor *bestimmter rechtswidriger* staatlicher Wirtschaftsbetätigung schützt. In diese Richtung weist auch die Entscheidung BVerfGE 105, 252 (272 f.) (Glykol). Im Ergebnis hebt dies die strikte Trennung von Schutzbereich und Eingriffsrechtfertigung auf. Vgl. *Huber*, JZ 2003, 290 (293 f.).

³³ BVerfGE 66, 39 (60) (Nachrüstung).

wesentliche Zwischenursachen eintritt, d. h. dass keine selbstständigen Zwischenschritte vorliegen. Klassisches Beispiel für diese Art der Zurechenbarkeit ist der Wardschuss des Polizeibeamten, durch den ohne weitere Zwischenursachen ein Unbeteiligter verletzt wird. Aber auch dann, wenn ein Dritter dazwischentritt, kann die Zurechenbarkeit gegeben sein, solange der Dritte an das staatliche Handeln anknüpft und keinen neuen eigenständigen Steuerungsprozess in Gang setzt.³⁴ Ein besonderes Problem der Zurechnung stellt sich bei **staatlich genehmigtem Verhalten Privater**. Beispiele hierfür sind die Baugenehmigung oder die immissionsschutzrechtliche Genehmigung (vgl. § 4 Abs. 1 BImSchG). Die Genehmigung selbst beeinträchtigt keine Grundrechte; die Beeinträchtigung beispielsweise der Nachbarn geht allein von dem auf Grund der Genehmigung errichteten Bau bzw. der errichteten Anlage und damit von einem Privaten aus. Gleichwohl könnte diese Beeinträchtigung auf Grund der Genehmigung dem Staat zuzurechnen sein, so dass die Genehmigung als Grundrechtseingriff anzusehen wäre.³⁵ Zutreffend ist diese Überlegung indes nicht: Denn eine staatliche Genehmigung erweitert nicht den Rechtskreis des privaten Genehmigungsempfängers, sondern hebt lediglich eine vorher durch ein Verbot gesetzte vorläufige Sperre wieder auf. Die Genehmigung stellt also den Zustand wieder her, der natürlicherweise, d. h. ohne jedes staatliche Zutun, herrschen würde. Auch dann dürfte der Bürger ungehindert bauen bzw. Anlagen errichten. Damit wird deutlich, dass eine Genehmigung nicht zur Zurechnung privaten Verhaltens führen kann und demnach auch keinen Grundrechtseingriff darstellt.³⁶ Die grundrechtliche Kontrolle einer Genehmigung erfolgt vielmehr mittels der staatlichen Schutzpflichten, gegen die die Genehmigung verstoßen kann.³⁷

395

Während die Finalität eine Zielgerichtetheit des staatlichen Handelns voraussetzt, genügt für den erweiterten Eingriffsbegriff jeder Erfolg, der **vorhersehbar** ist. Die Absicht einer Grundrechtsbeeinträchtigung ist nicht erforderlich. Vorhersehbar ist eine Beeinträchtigung, wenn sie typische bzw. in Kauf genommene Nebenfolge staatlichen Handelns ist. Hinsichtlich der Anforderungen, die im Einzelfall zu stellen sind, sind **Wertungsgesichtspunkte** zu berücksichtigen; insbesondere besteht eine Wechselwirkung mit dem Merkmal der Intensität: Je intensiver der drohende Erfolg ist, desto geringere Anforderungen sind an die Vorhersehbarkeit zu stellen. Insofern besteht eine Vergleichbarkeit mit dem Gefahrbegriff aus dem Polizeirecht, bei dem sich die hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit nach dem Gewicht des zu schützenden Rechtsguts bemisst.³⁸ Vorhersehbar ist es z. B., wenn eine Behörde die Qualität verschiedener Produkte vergleicht und damit in Kauf nimmt, dass die Verbraucher die schlechter bewerteten Produkte nicht mehr erwerben. Das Gleiche

³⁴ Zur mitverursachten Grundrechtsbeeinträchtigung *Sachs*, VerfR II, Kap. A 8 Rn. 29 ff.

³⁵ In diese Richtung etwa BVerwGE 32, 173 (178); 36, 248 (249).

³⁶ BVerfG, NJW 1998, 3264 (3265). Zustimmung *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 126 ff. und *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 93 ff., beide m. w. N.

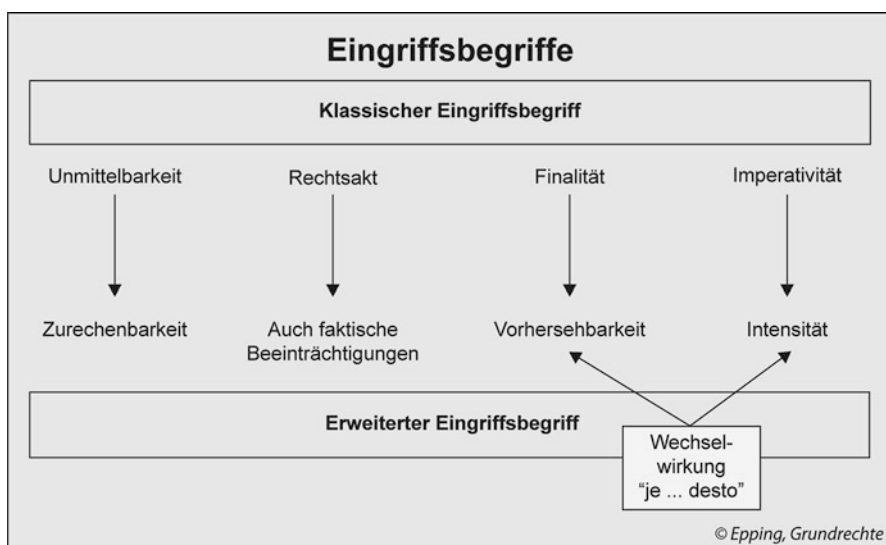
³⁷ Vgl. Rn. 123 ff.

³⁸ Vgl. *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, Rn. 69 ff.

gilt für staatliche Warnungen oder aber die Subventionierung Privater, die ihrerseits Warnungen aussprechen.³⁹

Die Grundrechtsbeeinträchtigung kann (mittelbar) durch Rechtsakt, aber auch durch **Realakt** erfolgen.

Das Merkmal der **Intensität** der Grundrechtsbeeinträchtigung tritt an die Stelle der Imperativität. Eine Beeinträchtigung ist dann besonders intensiv, wenn durch die Folgen des hoheitlichen Handelns der Einzelne besonders schwer und unzumutbar betroffen wird, sodass die Beeinträchtigung mit einem klassischen Grundrechtseingriff durch Gebot oder Verbot vergleichbar ist. Bei der Beurteilung des Einzelfalles sind **Wertungen** anzustellen; insbesondere ist die **Zielgerichtetheit der Maßnahme** zu berücksichtigen: Eine beabsichtigte faktische Beeinträchtigung stellt auch dann einen Eingriff dar, wenn sie nur geringfügige Folgen hat.



BVerfGE 105, 279 (300 f.) (Sektenwarnung): „Die Kennzeichnung der Osho-Bewegung und der ihr zugehörigen Gemeinschaften als ‚destruktiv‘ und ‚pseudoreligiös‘ und die Behauptung, diese Gemeinschaften manipulierten – weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit – ihre Mitglieder, erfolgten nicht rechtsförmig, sondern waren in Parlamentsantworten enthalten und außerhalb des Parlaments Gegenstand von Rede- und Diskussionsbeiträgen. **Sie waren auch nicht unmittelbar an die Organisationen der Osho-Bewegung und ihre Mitglieder adressiert, sondern wollten Parlament und Öffentlichkeit über die Gruppen dieser Bewegung, ihre Ziele und Aktivitäten unterrichten.** Weiter war es nicht Zweck der Äußerungen, den angesprochenen Gemeinschaften und ihren Anhängern Nachteile zuzufügen; beabsichtigt war vielmehr nur, Parlament, Öffentlichkeit und hier vor allem den interessierten und betroffenen Bürgerinnen und Bürgern die Risiken aufzuzeigen, die nach Auffassung der Bundesregierung mit der Mitgliedschaft in einer der Osho-Bewegung angehörenden Gruppierung verbunden sein konnten. Nachteilige Rückwirkungen auf die einzelne Gemeinschaft wurden allerdings in Kauf genommen.

³⁹ Vgl. Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313.

Sofern sie eintraten, beruhten sie aber nicht auf einem erforderlichenfalls zwangsweise durchsetzbaren staatlichen Ge- oder Verbot, sondern darauf, dass der Einzelne aus der ihm zugegangenen Information Konsequenzen zog und der betreffenden Gruppe fernblieb, aus ihr austrat, auf Angehörige oder andere Personen einwirkte, sich ebenso zu verhalten, oder davon absah, die Gemeinschaft (weiter) finanziell zu unterstützen. Dies hindert jedoch nicht, Äußerungen der vorliegenden Art an Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu messen. Das Grundgesetz hat den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben. Die genannten Äußerungen hatten in Bezug auf die Beschwerdeführer eine **mittelbar faktische Wirkung**. Als Beeinträchtigungen des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sind aber auch sie von Verfassungen wegen nur dann nicht zu beanstanden, wenn sie sich verfassungsrechtlich hinreichend rechtfertigen lassen.“

c) **Objektiv berufsregelnde Tendenz bei Eingriffen in Art. 12 GG**

399 Bei Art. 12 GG ist auf eine Besonderheit gegenüber anderen Grundrechten zu achten. Soweit nicht ein klassischer Eingriff vorliegt, bei dem unmittelbar an den Beruf angeknüpft wird, kommt es nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG darauf an, ob das zu untersuchende hoheitliche Verhalten eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweist.⁴⁰

BVerfGE 95, 267 (302) (Altschulden): „Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet die Freiheit der beruflichen Betätigung. Der Schutz dieses Grundrechts ist einerseits umfassend angelegt, wie die Erwähnung von Berufswahl, Wahl von Ausbildungsstätte und Arbeitsplatz und Berufsausübung zeigt. **Andererseits schützt es aber nur vor solchen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind.** Es genügt also nicht, dass eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfaltet. Das ist bei vielen Normen der Fall. Ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit liegt vielmehr erst dann vor, wenn die Norm, auf die die Maßnahme gestützt ist, berufsregelnde Tendenz hat. Das heißt allerdings nicht, dass die Berufstätigkeit unmittelbar betroffen sein muss. Es kann vielmehr auch vorkommen, dass eine Norm die Berufstätigkeit selbst unberührt lässt, aber im Blick auf den Beruf die Rahmenbedingungen verändert, unter denen er ausgeübt werden kann. In diesem Fall ist der Berufsbezug ebenfalls gegeben. Das gilt auch für gesetzlich auferlegte Geldleistungspflichten. Sie berühren Art. 12 Abs. 1 GG dann, wenn sie infolge ihrer Gestaltung in einem **engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz** haben.“

400 Eine staatliche Maßnahme hat objektiv berufsregelnde Tendenz, wenn sie im Schwerpunkt **Tätigkeiten** betrifft, **die typischerweise beruflich ausgeübt werden**⁴¹ bzw. wenn sie sich in erster Linie als **rechtliche Rahmenbedingung für die Berufsausübung** versteht.⁴² So erfasst die Autobahngebühr für LKW insbesondere gewerbsmäßige Gütertransporte. Auf die Finalität kommt es dabei nicht entscheidend an. Fehlt es an einer besonderen Nähe zur beruflichen Tätigkeit, ist –

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 95, 267 (302) (Altschulden) m. w. N. Vgl. allgemein Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 12 Rn. 14 ff.; kritisch zu dieser Rspr. Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, S. 68 ff. Der Verzicht auf eine objektive berufsregelnde Tendenz in BVerfGE 109, 64 (84) (Mutterschaftsgeld) ist wohl dem Umstand geschuldet, dass der Gesetzgeber mit der Geldleistungspflicht der Unternehmer unmittelbar an die Berufstätigkeit angeknüpft hat, was nach dem BVerfG für einen Eingriff ausreichen kann.

⁴¹ BVerfGE 97, 228 (254) (Kurzberichterstattung).

⁴² BVerfGE 128, 1 (58) (Gentechnikgesetz).

soweit nicht speziellere Grundrechte eingreifen – die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig. Beispielsweise fehlt es an einer berufsregelnden Tendenz dann, wenn bestimmte Pflichten an eine Tätigkeit geknüpft werden, unabhängig davon, ob diese Tätigkeit beruflich oder privat ausgeübt wird, wie etwa bei urheberrechtlichen Vergütungsansprüchen⁴³ oder bei Vorschriften des Straßenverkehrs, die nicht nur für gewerbsmäßige Transporteure, sondern für alle Autofahrer gleichermaßen gelten. Allerdings sind bei der Rechtsanwendung die mittelbaren Auswirkungen einer staatlichen Maßnahme auf die Berufsausübung zu berücksichtigen.⁴⁴ Dies führt im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG zu einer Verstärkung des Schutzes.

d) Additiver Grundrechtseingriff

Der vom BVerfG in jüngerer Zeit wiederholt verwendete Begriff des additiven Grundrechtseingriffs⁴⁵ bezeichnet streng genommen keine besondere Form des Eingriffs, sondern betrifft vielmehr die **Frage der Eingriffsrechtfertigung**. Verschiedene für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche sind in ihrer Gesamtwirkung zu betrachten. Führt diese zu einer schwer wiegenden Beeinträchtigung, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet, können auch einzelne geringfügige Beeinträchtigungen verfassungswidrig sein.⁴⁶ Gesetzgeber und Verwaltungsbehörden müssen prozedurale Vorkehrungen treffen, um die Eingriffsintensität im Rahmen des Zulässigen zu halten.⁴⁷

401

BVerfG, NJW 2016, 1781 (1788) (BKAG): „Eigene verfassungsrechtliche Grenzen ergeben sich hinsichtlich des **Zusammenwirkens der verschiedenen Überwachungsmaßnahmen**. Mit der Menschenwürde unvereinbar ist es, wenn eine Überwachung sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden und zur Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil werden können. Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener Ermittlungsmethoden müssen die Sicherheitsbehörden mit Rücksicht auf das **dem ‚additiven‘ Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotenzial** koordinierend darauf Bedacht nehmen, dass das Ausmaß der Überwachung insgesamt beschränkt bleibt.“

⁴³ BVerfGE 31, 255 (265) (Tonbandervielfältigung).

⁴⁴ BVerfGE 113, 29 (48 f.) (Datenträger).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 112, 304 (319 f.) (Global Positioning System); 114, 196 (247) (Beitragssatzsicherungsgesetz); 130, 372 (392) (Maßregelvollzugszeiten); BVerfG, NJW 2016, 1781 (1788) (BKAG).

⁴⁶ BVerfGE 130, 372 (392) (Maßregelvollzugszeiten).

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 112, 304 (319 f.) (Global Positioning System); 114, 196 (247) (Arzneimittelzwangsabbau); 123, 186 (265 f.) (Gesundheitsreform).

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a) Schranken

402 Art. 12 Abs. 1 GG unterscheidet zwischen der Berufswahlfreiheit und der Berufsausübungsfreiheit. Nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG ist nur letztere einschränkbar. Jedoch enthält Art. 12 Abs. 1 GG das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit⁴⁸, sodass der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG auch auf die Berufswahlfreiheit auszudehnen ist. Auch die Wahl von Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte unterfallen dieser Einschränkungsmöglichkeit.⁴⁹

403 Nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübung *geregelt* werden (sog. **Regelungsvorbehalt**). Wenn das GG an anderer Stelle – beispielsweise in Art. 4 Abs. 3 S. 2, 12a Abs. 2 S. 3, 104 Abs. 2 S. 4 GG – von „regeln“ spricht, ist damit im Wesentlichen eine Verfahrensgestaltung gemeint.⁵⁰ Dafür, dass bei Art. 12 Abs. 1 GG der Begriff *regeln* umfassender zu verstehen ist, spricht nicht nur der Wille des Verfassungsgebers. Auch die Konfliktträchtigkeit der Berufsfreiheit erfordert den Erlass materieller Regelungen. In seinem Apothekenurteil hat das BVerfG festgestellt, dass der Gesetzgeber nur die im Wesen des Grundrechts selbst angelegten Grenzen näher bestimmen, nicht dagegen quasi „von außen“ her den sachlichen Gehalt einengen darf.⁵¹ Mittlerweile behandelt das BVerfG den Regelungsvorbehalt allerdings wie **einen einfachen Gesetzesvorbehalt**; seine im Apothekenurteil geäußerte Zurückhaltung hat das BVerfG aufgegeben.⁵² Lediglich im Rahmen des Zitiergebots gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG wird der Regelungsvorbehalt bedeutsam, da dieser nach seinem klaren Wortlaut nicht als Einschränkung im Sinne des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG angesehen werden kann. Dementsprechend findet das Zitiergebot keine Anwendung.⁵³ Wenn man auf den materiellen Gehalt des Regelungsvorbehalts abstellt, ist dieses Ergebnis aber zweifelhaft.

b) Schranken-Schranken

aa) Vorbehalt des Gesetzes und Parlamentsvorbehalt

404 Aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 28 Abs. 1 GG) und aus den Grundrechten ergibt sich der **Vorbehalt des Gesetzes**.⁵⁴ Dieser besagt, dass staatliches Handeln, das in Freiheit und Eigentum, also in Grundrechte des Einzelnen eingreift, auf ein Gesetz zurückführbar sein muss. Sinn und Zweck des Vorbehalts des Gesetzes ist es, staatliches Handeln voraussehbar und berechenbar zu machen sowie im Interesse der Gleichmäßigkeit willkürliches Handeln auszuschließen. Der Vorbehalt des Gesetzes weist folglich eine individualschützende

⁴⁸ Vgl. Rn. 381 f.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 33, 303 (336) (numerus clausus I).

⁵⁰ Vgl. Rn. 334.

⁵¹ BVerfGE 7, 377 (404) (Apotheken-Urteil).

⁵² Vgl. BVerfGE 54, 224 (234) (Mitteilungsrechte); 54, 237 (246) (Sozietätsverbot für Anwaltsnotare I).

⁵³ Dreier, in: ders., Art. 19 Rn. 10. Vgl. zum Zitiergebot Rn. 759 ff.

⁵⁴ Gelegentlich wird missverständlicherweise der Begriff „Gesetzesvorbehalt“ gebraucht; dieser bezeichnet jedoch eine Grundrechtsschranke (z. B. „einfacher Gesetzesvorbehalt“).

Funktion auf. Zu unterscheiden vom Vorbehalt des Gesetzes ist der **Parlamentsvorbehalt**, der bestimmt, wann eine Entscheidung des Parlaments erforderlich ist. Der Parlamentsvorbehalt dient der Sicherung der Kompetenz des Parlaments, indem er gewährleistet, dass grundlegende Entscheidungen durch das Parlament getroffen werden bzw. auf das Parlament zurückzuführen sind (Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1, 2 GG).⁵⁵ Der Grund, dem Parlament die Entscheidung über bestimmte Fragen vorzubehalten, ist in der direkten Legitimation durch die Wahl durch die Bürger zu sehen (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG).

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Da es um die Frage geht, ob das Parlament oder die Verwaltung zu einem Grundrechtseingriff berechtigt ist, ist das Problem des Parlamentsvorbehalts bei der Prüfung der formellen Verfassungsmäßigkeit des Eingriffsaktes, und zwar unter dem Prüfungspunkt „Zuständigkeit“, zu behandeln. Greift der Parlamentsvorbehalt ein, ist nicht die Exekutive, sondern die Legislative zur Bestimmung des Eingriffs bzw. zu seiner Ermächtigung berufen.

Ob der Parlamentsvorbehalt eingreift, bestimmt sich nach der **Wesentlichkeitstheorie**.⁵⁶ Wesentlich sind Entscheidungen, die für das Gemeinwesen oder die Verwirklichung der Grundrechte von besonderer Bedeutung sind, also gesteigerte Grundrechtsrelevanz aufweisen. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Entscheidungen Maßnahmen betreffen, ohne die der Grundrechtsgebrauch unmöglich ist oder beträchtlich erschwert wird oder von denen eine erhebliche Gefahr für die grundrechtlich gesicherte Freiheit ausgeht.⁵⁷ Nach der Wesentlichkeitstheorie bestimmt sich auch die Regelungsdichte, d. h. wie detailliert der Parlamentsgesetzgeber eine Materie erfassen muss. Darüber hinaus kann sich der Vorbehalt des Gesetzes zum Parlamentsvorbehalt verdichten, wenn erforderlich ist, dass der Gesetzgeber eine Materie durch ein förmliches Gesetz (im Gegensatz zu bloß materiellen Gesetzen wie Verordnungen oder Satzungen) selbst regelt. Dementsprechend ist nach der Wesentlichkeitstheorie darauf abzustellen, wie bedeutend die Maßnahme ist: Je wesentlicher die Entscheidung für die Allgemeinheit bzw. den Bürger ist, desto mehr ist der Gesetzgeber gehalten, die Entscheidung selbst zu treffen und der Exekutive durch ein Parlamentsgesetz umfassende Handlungsvorgaben zu machen.

Nach dem oben Gesagten besteht daher **kein Totalvorbehalt**. Nicht jegliches staatliches Handeln bedarf einer gesetzlichen Ermächtigung. Auf die **Leistungsverwaltung** bezogen heißt das, dass der Vorbehalt des Gesetzes nur dann Anwendung findet, wenn durch eine Leistungsgewährung in grundrechtliche Positionen eingegriffen wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Staat durch Subventionierung die Verdrängung bestimmter Unternehmen vom Markt bezweckt. Unabhängig

405

406

⁵⁵ Wehr, JuS 1997, 419 (420).

⁵⁶ BVerfGE 47, 46 (79) (Sexualkundeunterricht); 49, 89 (127) (Kalkar I); 80, 124 (132) (Postzeitungsdienst); 108, 282 (311 f.) (Kopftuch Ludin).

⁵⁷ BVerfGE 80, 124 (132) (Postzeitungsdienst).

davon findet der Parlamentsvorbehalt Anwendung, wenn eine Leistung wesentlich für die Grundrechtsverwirklichung ist und sich also nachhaltig auf den Gebrauch von Grundrechten auswirkt. Beispielsweise kann durch Pressesubventionen die Gefahr bestehen, dass eine Abhängigkeit der Presse von staatlichen Leistungen eintritt und die Presse in ihrer Kritikbereitschaft gehemmt wird.⁵⁸ Entsprechende Subventionen dürfen allenfalls auf der Grundlage eines Parlamentsgesetzes gewährt werden. Ein solches Parlamentsgesetz ist auch der Haushaltsplan, der gemäß Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG durch Haushaltsgesetz festgestellt wird.⁵⁹

407

Fraglich ist, ob der Vorbehalt des Gesetzes bei einem Eingriff nach dem **erweiterten Eingriffsbegriff** Anwendung findet. Bei diesem besteht die Besonderheit, dass Eingriffe faktischer Natur sein können und nicht final, d. h. zielgerichtet, sein müssen. Insoweit kann es zu Grundrechtseingriffen kommen, die im Zeitpunkt des Erlasses eines Gesetzes weder im Einzelnen vorhersehbar waren noch auf Grund der Vielgestaltigkeit der Lebenssituationen vollständig erfasst werden können. Folge einer strikten Anwendung des Vorbehalts des Gesetzes auch beim erweiterten Eingriffsbegriff wäre die Notwendigkeit des Erlasses eines umfassenden Gesetzes, welches durch seine Unbestimmtheit kaum zur Rechtssicherheit beitragen kann. Entsprechende Bedenken hat bereits das BVerwG in den Warnfällen (Warnung vor Glykolwein⁶⁰ oder vor Jugendsekten⁶¹) geäußert, daraus allerdings nicht den Schluss gezogen, dass für den erweiterten Eingriffsbegriff der Vorbehalt des Gesetzes nicht gilt. Da es in den oben genannten Warnfällen im Zeitpunkt der Warnung an einer gesetzlichen Grundlage gefehlt hat,⁶² hat das BVerwG Art. 65 GG entnommen, dass die Kompetenz zur Staatsleitung auch zu derartigen Warnungen ermächtigt. Gegen diese vom BVerfG gebilligte Rechtsprechung⁶³ sind schwerwiegende Bedenken erhoben worden: Es könne nicht von der Aufgabenzuweisung auf die Eingriffsbefugnis geschlossen werden.⁶⁴ Damit ein Gesetz als Ermächtigungsgrundlage dienen kann, muss es einen Tatbestand und eine Rechtsfolge aufweisen. An beidem fehlt es Art. 65 GG, der allein Regelungen zum Regierungsinnenrecht enthält. Ein Eingriff in die Grundrechte Dritter kann darauf jedoch nicht gestützt werden.⁶⁵ Ganz in diesem Sinne – und damit anders als in den reinen Warnfällen – hat das BVerwG entschieden, dass eine Kompetenznorm nicht ausreicht, um

⁵⁸ BVerfGE 80, 124 (132) (Postzeitungsdienst).

⁵⁹ BVerwGE 6, 282 (287 f.); BVerwG, NVwZ 1998, 273 (273 f.). Vgl. näher zur Problematik der Subventionen *Wehr*, JuS 1997, 419 (421).

⁶⁰ BVerwGE 87, 37 ff. und BVerwG, JZ 1991, 624 ff.

⁶¹ BVerwG, NJW 1991, 1770 ff.

⁶² Durch §§ 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 9, 31 Abs. 2 ProdSG gibt es mittlerweile eine Ermächtigungsnorm für Produktwarnungen. Auf Landesebene kann unter Umständen auf die polizeirechtliche Generalklausel zurückgegriffen werden.

⁶³ BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwarnung); 105, 279 ff. (Sektenwarnung). Zu beachten ist, dass das BVerfG in den Glykolwarnfällen einen Eingriff in Art. 12 GG abgelehnt hat, da der Staat im Rahmen der Kompetenzordnung ausschließlich marktbezogene Informationen verbreitet habe. Dementsprechend gelte der Vorbehalt des Gesetzes nicht (vgl. oben Fn. 32).

⁶⁴ *Wehr*, JuS 1997, 419 (420).

⁶⁵ Vgl. *Knebel/Schoss*, DÖV 2016, 105 (108); *Gusy*, NJW 2000, 977 ff.; *Lege*, DVBl. 1999, 569 ff.; *Schoch*, DVBl. 1991, 667 ff.

mittels staatlicher Subventionen private Vereinigungen zu unterstützen und ihnen dadurch die Möglichkeit zu verschaffen, gegen Jugendsekten Öffentlichkeitsarbeit zu betreiben.⁶⁶

Die Rechtsprechung von BVerwG und BVerfG kann so zusammengefasst werden, dass auch hinsichtlich des erweiterten Eingriffsbegriffs der Vorbehalt des Gesetzes gilt⁶⁷, die Anforderungen an das ermächtigende Gesetz jedoch situationsbezogen sind und in Ausnahmefällen auch eine Kompetenznorm genügen kann.

408

BVerfGE 105, 279 (303 ff.) (Sektenwarnung): „Wegen der zum Teil unterschiedlichen Gründe für die Ausweitung des Grundrechtsschutzes einerseits und des Gesetzesvorbehalts andererseits ist es nicht selbstverständlich, dass der Gesetzesvorbehalt zwangsläufig mit der Ausweitung des Schutzes auf faktisch-mittelbare Beeinträchtigungen von Grundrechten in jeder Hinsicht mitgewachsen ist. **Die Anforderungen an eine gesetzliche Ermächtigung werden dadurch mitbestimmt, ob diese dazu beitragen kann, die im Rechtsstaats- und im Demokratieprinzip wurzelnden Anliegen des Gesetzesvorbehalts zu erfüllen.** Dies hängt auch von den hierauf bezogenen Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers ab. Der Sachbereich muss staatlicher Normierung zugänglich sein. Ob und inwieweit das der Fall ist, lässt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes beurteilen.

Die Aufgabe staatlichen Handelns kann der Gesetzgeber ohne weiteres normativ festlegen. Ebenso kann er die Voraussetzungen gezielter und unmittelbarer Eingriffe normieren. Für die faktisch-mittelbaren Wirkungen staatlichen Handelns gilt dies regelmäßig nicht. Hier liegt die Beeinträchtigung nicht in einem staatlicherseits geforderten Verhalten des Normadressaten, sondern in den Wirkungen staatlichen Handelns für einen Dritten, die insbesondere vom Verhalten anderer Personen abhängen. Die Beeinträchtigung entsteht aus einem komplexen Geschehensablauf, bei dem Folgen grundrechtserheblich werden, die indirekt mit dem eingesetzten Mittel oder dem verwirklichten Zweck zusammenhängen. **Derartige faktisch-mittelbare Wirkungen entziehen sich typischerweise einer Normierung.**

(bb) So liegt es jedenfalls bei einer Informationstätigkeit der Regierung, die auf Grund der Reaktionen der Bürger zu mittelbar-faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen führt. Die Voraussetzungen dieser Tätigkeit lassen sich gesetzlich sinnvoll nicht regeln. Ist eine Aufgabe der Regierung zum Informationshandeln gegeben, steht damit im Hinblick auf die Vieltätigkeit und Veränderlichkeit der in Betracht kommenden Lebenssachverhalte in aller Regel nicht im Vorhinein fest, aus welchen Anlässen es zu welchem Informationshandeln der Regierung kommen wird. Die Themen denkbarer staatlicher Informationstätigkeit betreffen praktisch alle Lebensbereiche. Dementsprechend vielfältig sind die Zwecke staatlichen Informationshandelns. Die Art und Weise des staatlichen Vorgehens werden durch den konkreten Anlass der Äußerung bestimmt, der oft kurzfristig entsteht, sich unter Umständen schnell wieder ändert und deshalb vielfach ebenfalls nicht prognostiziert werden kann. Ungewiss sind auch und vor allem die Wirkungen und weiteren Folgen der staatlichen Informationstätigkeit für den Bürger. Ob und welche nachteiligen Konsequenzen diese Tätigkeit im Einzelfall für den Grundrechtsträger hat, hängt im Allgemeinen von einer Vielzahl unterschiedlichster Faktoren und deren Zusammenwirken ab. Häufig ist hierfür das Verhalten Dritter ausschlaggebend, das, weil es auf deren freier Entscheidung beruht, regelmäßig nicht abschätzbar ist und hinsichtlich seiner Folgen nur schwer kalkuliert werden kann.

Weder die rechtsstaatliche, grundrechtsschützende und den Rechtsschutz gewährleistende noch die demokratische Funktion des Gesetzesvorbehalts fordert unter diesen

⁶⁶ BVerwGE 90, 112 (123 ff.).

⁶⁷ A. A. Cremer, JuS 2003, 747 (750). Vgl. allgemein Huber, JZ 2003, 290 (294 f.).

Umständen eine über die Aufgabenzuweisung hinausgehende gesetzliche Ermächtigung. Gegenstand und Modalitäten staatlichen Informationshandelns sind so vielgestaltig, dass sie angesichts der eingeschränkten Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers allenfalls in allgemein gehaltenen Formeln und Generalklauseln gefasst werden könnten. Ein Gewinn an Messbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns ist für den Bürger auf diesem Wege regelmäßig nicht zu erreichen oder nur in einer Weise, die den Erfordernissen staatlicher Informationstätigkeit nicht gerecht wird. Gleiches gilt für das Ziel, die Entscheidung grundsätzlicher, insbesondere für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlicher Fragen aus Gründen der demokratischen Legitimation wenigstens in den Grundzügen dem parlamentarischen Gesetzgeber vorzubehalten. **Angesichts der zwangsläufig weiten und unbestimmten Fassung einer einfachgesetzlichen Ermächtigung zum Informationshandeln der Regierung wäre mit einer solchen Ermächtigung eine Entscheidung zur Sache in Wirklichkeit nicht verbunden.**“

bb) Verhältnismäßigkeit

(1) Ermittlung der Eingriffsstufe

409

Das BVerfG trägt dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG dadurch Rechnung, dass es die Voraussetzungen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Eingriffe unterschiedlich beurteilt. Ansonsten würde durch die Konstruktion eines einheitlichen Schutzbereiches der „Berufsfreiheit“ überspielt, dass gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich nur die Berufsausübung, nicht jedoch die Wahl des Berufes geregelt werden kann. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Betroffene umso stärker in seinen Rechten eingeschränkt wird, je stärker die Berufswahlfreiheit betroffen ist. Es besteht ein Unterschied, ob der Einzelne bereits daran gehindert wird, seinen Wunschberuf zu ergreifen, oder ob er lediglich – etwa durch eine Hygienevorschrift – in der Ausübung des von ihm gewählten Berufes eingeschränkt wird. Um den unterschiedlichen Eingriffsintensitäten gerecht zu werden, hat das BVerfG in seinem „Apotheken-Urteil“ die sog. **Drei-Stufen-Theorie** entwickelt. Danach ist zu unterscheiden, ob ein Eingriff in die Berufsausübung vorliegt oder die Berufswahl betroffen ist, wobei im letzten Fall wiederum zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden ist.

BVerfGE 7, 377 (402 f.) (Apotheken-Urteil): „So ist Art. 12 Abs. 1 ein **einheitliches Grundrecht** (der ‚Berufsfreiheit‘) jedenfalls in dem Sinn, dass der Regelungsvorbehalt des S. 2 sich ‚dem Grunde nach‘ sowohl auf die Berufsausübung wie auf die Berufswahl erstreckt. **Das heißt jedoch nicht, dass die Befugnisse des Gesetzgebers hinsichtlich jeder dieser ‚Phasen‘ der Berufstätigkeit inhaltlich gleich weit gehen. Denn es bleibt stets der im Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 deutlich zum Ausdruck kommende Wille der Verfassung zu beachten, dass die Berufswahl ‚frei‘ sein soll, die Berufsausübung geregelt werden darf.** Dem entspricht nur eine Auslegung, die annimmt, dass die Regelungsbefugnis die beiden ‚Phasen‘ nicht in gleicher sachlicher Intensität erfasst, dass der Gesetzgeber vielmehr umso stärker beschränkt ist, je mehr er in die Freiheit der Berufswahl eingreift. Diese Auslegung entspricht auch den Grundauffassungen der Verfassung und dem von ihr vorausgesetzten Menschenbild. Die Berufswahl soll ein Akt der Selbstbestimmung, des freien Willensentschlusses des Einzelnen, sein; sie muss von Eingriffen der öffentlichen Gewalt möglichst unberührt bleiben. Durch die Berufsausübung greift der Einzelne unmittelbar in das soziale Leben ein; hier können ihm im Interesse der andern und der Gesamtheit Beschränkungen auferlegt werden.“

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Teilweise wird die Prüfung der Eingriffsstufe bereits bei der Frage vorgenommen, ob überhaupt ein Eingriff besteht.⁶⁸ Dieser Aufbau ist allerdings nicht empfehlenswert, weil es für die Frage, ob überhaupt ein Eingriff vorliegt, nicht auf die Eingriffsstufe ankommt. Das BVerfG und ihm folgend Teile der Literatur nehmen die Prüfung daher im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung vor.⁶⁹ Dann reicht es bei dem Gliederungspunkt „Eingriff“ aus, einen Eingriff in den Schutzbereich festzustellen, ohne näher auf die Differenzierung zwischen Berufsausübung und -wahl einzugehen. Der vorzugswürdige Standpunkt für die folgenden Erläuterungen ist innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Frage, ob ein legitimer Zweck besteht. Möglich ist auch eine Erläuterung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung. Lediglich aus didaktischen Gründen wird hier die Ermittlung der Stufe vorangestellt. Auch wenn das BVerfG mittlerweile die Drei-Stufen-Lehre nicht mehr ausdrücklich nennt und seit dem Apotheken-Urteil seine Dogmatik zur Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgebaut und verfeinert hat,⁷⁰ ist diese aus unserer Sicht zur Strukturierung der Grundrechtsprüfung weiterhin geeignet.⁷¹

410

(2) Berufsausübung

Die Berufsausübung („Wie“ der beruflichen Tätigkeit) umfasst die Modalitäten (Art und Weise), in denen sich die berufliche Tätigkeit vollzieht. Entscheidend ist, dass der Einzelne durch die entsprechende hoheitliche Regelung weder davon abgehalten wird, den Beruf zu ergreifen, noch dazu gezwungen wird, den Beruf aufzugeben.

411

Beispiele: Festsetzung von Ladenschlusszeiten⁷²; Werbeverbot für Rechtsanwälte⁷³; Verbot von Erfolgshonoraren für Rechtsanwälte⁷⁴; Pflicht zur Einrichtung von Raucherräumen in Gaststätten⁷⁵; Einführung des Bestellerprinzips bei der Wohnraumvermittlung⁷⁶.

(3) Berufswahl

Von der Berufsausübung ist die Berufswahl zu unterscheiden. Die Berufswahl betrifft das „Ob“ der beruflichen Tätigkeit, d. h. ob der Einzelne das Recht hat, einen bestimmten Beruf auszuwählen. An dieser Stelle ist zwischen subjektiven und objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden.

412

⁶⁸ In diesem Sinne *Kimms*, JuS 2001, 664 (667, Fn. 60); *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 917 ff.

⁶⁹ *Wieland*, in: Dreier, Art. 12 Rn. 107 ff.

⁷⁰ Vgl. *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 137 ff.

⁷¹ *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385 (390); anders die Einschätzung von *Muckel*, JA 2016, 876 (878).

⁷² BVerfGE 13, 237 ff. (Ladenschlussgesetz II); 111, 10 ff. (Ladenschlussgesetz III).

⁷³ BVerfGE 76, 196 ff. (Werbeverbot für Anwälte); 82, 18 ff. (Berufsbezeichnung).

⁷⁴ BVerfGE 117, 163 (181 f.) (Erfolgshonorare).

⁷⁵ BVerfGE 121, 317 (346 ff.) (Rauchverbot).

⁷⁶ BVerfG, NZM 2016, 685 ff. (Bestellerprinzip).

(a) Subjektive Zulassungsvoraussetzungen

- 413** Eine subjektive Zulassungsvoraussetzung liegt dann vor, wenn dem Betroffenen der Zugang zu der von ihm angestrebten beruflichen Betätigung aus Gründen erschwert oder unmöglich gemacht wird, **die in seiner Person zu finden sind**. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kommt es hingegen nicht darauf an, ob er die Erfüllung der Voraussetzungen beeinflussen kann.⁷⁷ Hier sind insbesondere persönliche Eigenschaften und Fertigkeiten sowie Ausbildungserfordernisse zu nennen.

Beispiele: Erfordernis eines bestimmten Lebensalters⁷⁸; Erfordernis des zweiten Staatsexamens für den Beruf des Richters (§ 5 DRiG) bzw. des Rechtsanwalts (§ 4 BRAO); Begrenzung von Hufbehandlungen auf ausgebildete Hufschmiede⁷⁹.

(b) Objektive Zulassungsvoraussetzungen

- 414** Eine hoheitliche Maßnahme stellt dann eine objektive Zulassungsvoraussetzung dar, wenn der Zugang zu einem bestimmten Beruf an Voraussetzungen geknüpft wird, **die außerhalb der Person** des Berufswilligen liegen und von seinen persönlichen Eigenschaften wie der Qualifikation unabhängig sind. In diese Kategorie gehören die Verwaltungsmonopole wie etwa das Spielbankmonopol.

Beispiele: Bedürfnisklauseln für Taxen (§ 13 Abs. 4 PBefG)⁸⁰; Spielbankmonopol⁸¹; absoluter numerus clausus, der einen Studiengang bundesweit für längere Zeit sperrt⁸²; bedarfsabhängige Zulassung im Bereich des Rettungsdienstes⁸³; Ausschluss juristischer Personen vom Beruf des Insolvenzverwalters⁸⁴.

415 Hinweis zur Fallbearbeitung:

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Berufsausübungs- oder eine Berufswahlregelung vorliegt, ist die genaue Definition des jeweiligen Berufes erforderlich. Vielfach ist es jedoch nicht ganz einfach zu beurteilen, welches der ausgeübte oder angestrebte Beruf ist. Denn häufig ist nicht sofort ersichtlich, ob es sich bei der im Streit stehenden Tätigkeit um einen eigenständigen Beruf handelt oder ob die jeweilige Tätigkeit nur Bestandteil eines umfassenderen oder Erweiterung eines anderen Berufes ist. Beispielsweise könnte die Tätigkeit als Kassenarzt einen eigenständigen Beruf darstellen, aber auch unter die allgemeine Berufsbezeichnung „Arzt“ zu subsumieren sein.⁸⁵ Entsprechendes gilt für die beim BGH gemäß § 164 BRAO zugelassenen Rechtsanwälte.⁸⁶ Auch die Eröffnung einer zweiten Apotheke stellt

⁷⁷ BVerfGE 9, 338 (345) (Hebammenaltersgrenze).

⁷⁸ BVerfGE 9, 338 ff. (Hebammenaltersgrenze); 64, 72 (82) (Prüfingenieure).

⁷⁹ BVerfGE 119, 59 (79) (Hufversorgung).

⁸⁰ BVerfGE 11, 168 ff. (Taxi-Beschluss); BVerfGE 79, 208 ff.

⁸¹ BVerfGE 102, 197 (214 f.) (Spielbankengesetz Baden-Württemberg).

⁸² BVerfGE 33, 303 (337 f.) (numerus clausus I).

⁸³ BVerfGE 126, 112 (138) (Privater Rettungsdienst).

⁸⁴ BVerfG, NJW 2016, 930 (934) (Juristische Personen als Insolvenzverwalter), allerdings ohne Bezug zur Drei-Stufen-Theorie, vgl. *Sachs*, JuS 2016, 474 (475 f.).

keinen eigenständigen Beruf dar.⁸⁷ Als Faustformel sollte deshalb danach gefragt werden, ob der Einzelne durch seine Tätigkeit in besonderer Weise aus dem Kreis der Angehörigen des Berufs herausgehoben wird, sodass seine Tätigkeit als eigenständiger Beruf anzusehen ist. Ein Kriterium kann dabei sein, ob die Berufsausübung bestimmte Qualifikationen erfordert.⁸⁸

(4) Berufsbildfixierung

Problematisch ist die Einordnung von sog. Berufsbildfixierungen. Dabei werden bestimmte Betätigungen als typisch für einen bestimmten Beruf festgelegt und andere Betätigungen als untypisch ausgeschlossen. Zu einer solchen Vereinheitlichung mehrerer Berufe mit jeweils traditionell oder gesetzlich ausgeprägten Berufsbildern zu nur einem Beruf ist der Gesetzgeber grundsätzlich befugt.⁸⁹ Die Berufsbildfixierung kann jedoch zu empfindlichen Grundrechtseingriffen führen. Für denjenigen, der sich in seinem Beruf auf die typischen Betätigungen beschränkt, stellt sich die Fixierung als eine Ausübungsregelung dar, während die Fixierung für denjenigen, der sich aus den typischen und atypischen Verhaltensweisen einen Beruf zusammenstellen will, eine Berufswahlregelung bedeutet. Die Berufsbildfixierung ist deshalb den drei Stufen zuzuordnen, je nachdem wie sich die gesetzliche Regelung im Einzelfall auf den Betroffenen auswirkt.⁹⁰

Als **Beispiel** für eine Berufsbildfixierung ist die Anlage A zur Handwerksordnung zu nennen, durch die die Handwerker auf die dort verzeichneten Zweige beschränkt werden.⁹¹ Als eine Berufsbildfixierung stellt es sich auch dar, wenn der Gesetzgeber bestimmte Berufe zusammenfasst oder aber für unvereinbar erklärt (Inkompatibilitätsregelungen).⁹²

cc) Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Das in den Schutzbereich der Berufsfreiheit eingreifende hoheitliche Verhalten ist nur dann von den Einschränkungsmöglichkeiten gedeckt, wenn es verhältnismäßig ist. Bei diesem Prüfungspunkt wirkt sich die Drei-Stufen-Theorie des BVerfG aus. Die besonderen Anforderungen, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vor allem an den **legitimen Zweck** zu stellen sind, hängen davon ab, auf welcher Stufe ein Eingriff in die Berufsfreiheit erfolgt ist. Je nachdem, ob die Berufsausübung betroffen oder die Berufswahl (subjektiv oder objektiv) eingeschränkt wird,

⁸⁵ Nach Ansicht des BVerfG gibt es den Beruf „Kassenarzt“ nicht, vgl. BVerfGE 11, 30 (41) (Kassenarzt-Urteil); a. A. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 12 Rn. 265.

⁸⁶ Vgl. BGHZ 170, 137 (141).

⁸⁷ BVerfGE 17, 232 (241) (Mehrtrieb von Apotheken).

⁸⁸ Vgl. zu dieser Problematik *Kimms*, JuS 2001, 664 (665).

⁸⁹ BVerfGE 119, 59 (79) (Hufversorgung).

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 117, 126 (137) (Hufbeschlaggesetz); 119, 59 (79 f.) (Hufversorgung); *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 68 ff.

⁹¹ Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 13, 97 (117) (Handwerksordnung).

⁹² Vgl. BVerfG, NJW 2016, 700 (701) (Sozietätsverbot).

ergeben sich verschiedene Voraussetzungen. Diese Differenzierung hat – wie bereits ausgeführt⁹³ – ihren Ursprung in der Struktur des Grundrechts der Berufsfreiheit.

Dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nach besteht lediglich ein Regelungsvorbehalt hinsichtlich der Berufsausübung. Bei strenger Wortlautinterpretation wäre demnach die Berufswahl nur zum Schutz kollidierender Verfassungsgüter einschränkbar. Da aber Art. 12 GG die Berufsfreiheit in all ihren Aspekten als einheitliches Grundrecht schützt, gilt der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG für das gesamte Grundrecht, also auch für die Berufswahl. Dem Wortlaut trägt das BVerfG dadurch Rechnung, dass die Voraussetzungen für die Rechtfertigung eines Eingriffs steigen, je stärker in die Berufsfreiheit eingegriffen wird. Auch in der Sache ist dieses Vorgehen berechtigt: Schließlich hat eine Beschränkung der Berufswahl in den allermeisten Fällen für den Einzelnen wesentlich gravierendere Auswirkungen als eine Regelung der Berufsausübung.

418

Drei-Stufen-Theorie		
Berufsausübung	Berufswahl	
(1. Stufe)	Subjektive Zulassungsvoraussetzungen (2. Stufe)	Objektive Zulassungsvoraussetzungen (3. Stufe)
• Zweck: Schutz eines Gemeinschaftsgutes • Geeignetheit • Erforderlichkeit • Angemessenheit ⇒ "klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung"	• Zweck: Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes • Geeignetheit • Erforderlichkeit • Angemessenheit	• Zweck: Abwehr schwerer, nachweisbarer bzw. höchstwahrscheinlicher Gefahren zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes • Geeignetheit • zwingende Erforderlichkeit • Angemessenheit

© Epping, Grundrechte

419

Bei einem Eingriff in die Freiheit der **Berufsausübung** („wie“ – erste Stufe) findet eine ganz **normale Verhältnismäßigkeitsprüfung** statt. Ausreichend ist jeder legitime Zweck. Anschließend wird geprüft, ob das eingesetzte Mittel zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist.

420

Werden **subjektive Zulassungsvoraussetzungen** aufgestellt, d. h. liegt ein Eingriff auf der zweiten Stufe („ob“) vor, so muss dieser Eingriff dem Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts dienen. Dies ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung beim Prüfungspunkt „legitimer Zweck“ zu prüfen. Als besonders wichtige Gemeinschaftsgüter wurden vom BVerfG etwa anerkannt: die Sicherheit

⁹³ Vgl. Rn. 381.

der Energieversorgung⁹⁴, die geordnete Steuerrechtspflege⁹⁵, der Rechtsfrieden⁹⁶, Verringerung der Arbeitslosigkeit sowie die finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung⁹⁷. Für die Erforderlichkeit gilt eine Besonderheit. Zu prüfen ist, ob ein Eingriff auf der ersten Stufe zur Zweckerreichung ausreicht, da ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung grundsätzlich als ein milderes Mittel angesehen wird.

Eingriffe in die Berufswahl, die auf **objektiven Zulassungsvoraussetzungen** beruhen, stellen für den Einzelnen besonders intensive Einschränkungen dar. Schließlich hängt der Berufszugang hier von Faktoren ab, die von den Eigenschaften der Person und ihren Einflussmöglichkeiten völlig unabhängig sind. Dementsprechend dürfen objektive Zulassungsvoraussetzungen nur zur Abwehr schwerer, nachweisbarer bzw. höchstwahrscheinlicher Gefahren zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts dienen. Entsprechende Schutzgüter sind beispielsweise die Sicherung der Volksgesundheit⁹⁸, der Volksernährung⁹⁹, die Funktionsfähigkeit der Universitäten¹⁰⁰ und der Rechtspflege¹⁰¹. Darüber hinaus muss die objektive Zulassungsvoraussetzung zwingend erforderlich sein, wobei sich die Erforderlichkeit auch auf den Eingriff auf der dritten Stufe beziehen muss, d. h. eine Regelung auf einer niedrigeren Stufe darf nicht in gleichem Maße Erfolg versprechend sein. Die erste und zweite Stufe sind also als mildere Mittel anzusehen.

421

⁹⁴ BVerfGE 30, 292 (323 f.) (Erdölbevorratung).

⁹⁵ BVerfGE 59, 302 (316 f.) (Lohnbuchhaltung).

⁹⁶ BVerfGE 73, 301 (316) (Öffentlich bestellter Vermessungsingenieur [Hessen]).

⁹⁷ BVerfGE 116, 202 (223) (Tariftreuegesetz Berlin).

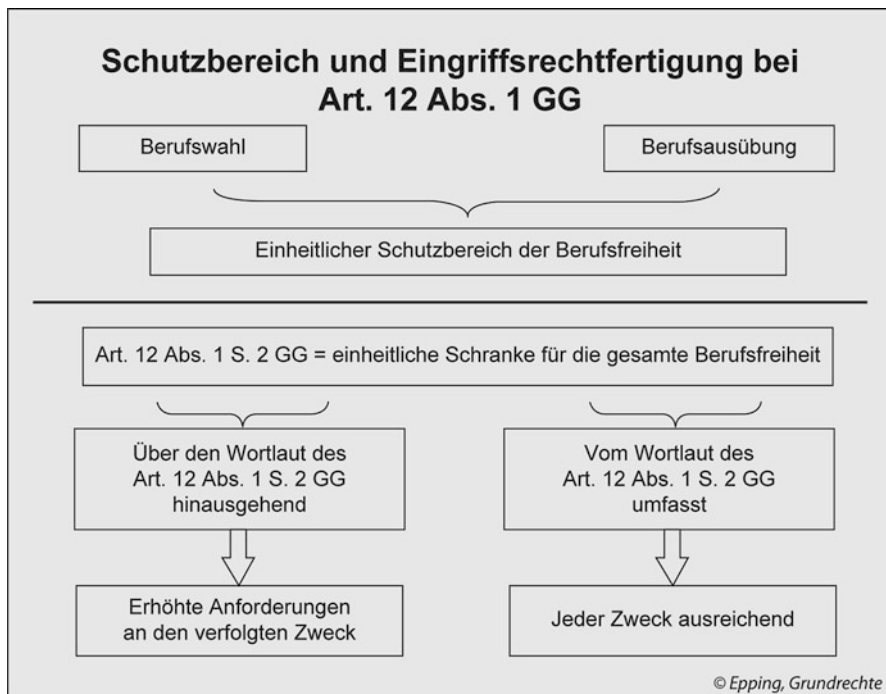
⁹⁸ BVerfGE 7, 377 (414) (Apotheken-Urteil).

⁹⁹ BVerfGE 25, 1 (16) (Mühlengesetz).

¹⁰⁰ BVerfGE 33, 303 (339) (numerus clausus I); 66, 155 (179) (Hochschule Hannover).

¹⁰¹ BVerfGE 93, 213 (235 f.) (DDR-Rechtsanwälte).

422



423

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Es kann Sachverhalte geben, bei denen Eingriffsstufe und Eingriffsintensität auseinanderfallen, d. h. ein Eingriff auf einer niederen Stufe den Einschränkungen der höheren Stufe nahekommmt. Exemplarisch ist das Problem der Kassenarztzulassung zu nennen.¹⁰² Nach dem BVerfG ist die Tätigkeit des Kassenarztes kein eigenständiger Beruf, sondern unter den Oberbegriff „Arzt“ zu subsumieren. Folglich stellt die Verweigerung der Zulassung als Kassenarzt für einen Arzt eine Berufsausübungsregelung dar, da es ihm unbenommen bleibt, sich auf Privatpatienten zu beschränken. Faktisch ist der Arzt aber gehindert, sich niederzulassen, da er ohne Kassenzulassung wirtschaftlich nicht existieren kann. Somit entspricht die Berufsausübungsregelung in ihrer Intensität einer objektiven Zulassungsvoraussetzung. In derartigen Fällen wendet das BVerfG die Stufentheorie nicht einfach schematisch an, sondern stellt auf die Voraussetzungen ab, die für die höhere Stufe gelten würden.

BVerfGE 11, 30 (43 f.) (Kassenarzt-Urteil): „Kann (...) der frei praktizierende Arzt in aller Regel seinen Beruf wirtschaftlich gesehen ohne Kassenzulassung nicht erfolgreich ausüben, so kommt die Wirkung der jetzigen Regelung, die die Zulassung von einer schematischen Verhältniszahl abhängig macht, auf die der Arzt keinen Einfluss hat, einer ‚objektiven Zu-

lassungsvoraussetzung‘ in Gestalt einer Bedürfnisklausel nahe. (...) Sie ist deshalb nur gerechtfertigt, wenn sie durch besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit gefordert wird, die anders nicht geschützt werden können.“

Umgekehrt kann beispielsweise ein Eingriff in die freie Berufswahl dadurch gemindert werden, dass zwar eine eigenständige gewerbliche Tätigkeit juristischer Personen als Insolvenzverwalter gesetzlich ausgeschlossen ist, jedoch wesentliche unterstützende Tätigkeiten möglich bleiben.¹⁰³

III. Schutz vor Arbeitszwang und Zwangsarbeit (Art. 12 Abs. 2, 3 GG)

Das Verbot von Arbeitszwang und Zwangsarbeit durch Art. 12 Abs. 2 und 3 GG wird als einheitliches Grundrecht aufgefasst, das die Menschenwürde konkretisiert.¹⁰⁴ Es handelt sich im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 1 GG um ein Jedermann-Grundrecht. Der Schutz vor **Arbeitszwang**, der von Art. 12 Abs. 2 GG gewährleistet wird, wird eher zurückhaltend interpretiert. Eingriffe sollen nur vorliegen, wenn die erzwungene Arbeitsleistung einen gewissen Aufwand erfordert und üblicherweise gewerbsmäßig erbracht wird.¹⁰⁵ Daher sind nicht als Arbeitszwang einzustufen: Pflicht zu ehrenamtlicher Tätigkeit¹⁰⁶, Pflicht des Straßenanliegers zur Gehwegreinigung¹⁰⁷, Pflicht zur Tätigkeit als Volkszähler¹⁰⁸.

Art. 12 Abs. 3 GG erfasst das Verbot von **Zwangsarbeit**. Auch dieser Absatz hat heutzutage keine größere Bedeutung. Die Zwangsarbeit bei gerichtlich angeordneter Freiheitsentziehung, wie sie § 41 StVollzG ermöglicht, ist vom Verbot des Abs. 3 ausdrücklich ausgenommen. Nach Ansicht des BVerfG werden Bewährungsaufgaben (§ 56b Abs. 2 Nr. 3 StGB) vom Verbot von Arbeitszwang und Zwangsarbeit ebenfalls nicht erfasst.¹⁰⁹

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Drei-Stufen-Lehre (Rn. 409 ff.).
- Berufswahlregelungen durch Kontingentierungen: Taxikonzessionen, Kassenarztzulassung etc. (Rn. 414).
- Wirtschaftliche Betätigung des Staates (Rn. 387 f.).

¹⁰² BVerfGE 11, 30 ff. (Kassenarzt-Urteil).

¹⁰³ BVerfG, NJW 2016, 930 (932) (Juristische Personen als Insolvenzverwalter).

¹⁰⁴ BVerfGE 74, 102 (120) (Erziehungsmaßregeln); Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 12 Rn. 113.

¹⁰⁵ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 961.

¹⁰⁶ VGH München E 7, 77 (80).

¹⁰⁷ BVerwGE 22, 26 ff.

¹⁰⁸ VGH München, NJW 1987, 2538 (2539).

¹⁰⁹ BVerfGE 83, 119 (125 ff.) (Bewährungsaufgaben gemeinnützige Leistungen).

424

425

426

- Staatliche Berufsbildfestlegung (Rn. 416).
- Gewerberechtliche Regelungen (Meisterzwang, Ladenschluss).
- Berufsregelnde Tendenz bei Eingriffen (Rn. 399 f.).
- Staatliche Produktwarnungen (problematisch ist bei diesen Fällen meistens die Eingriffsqualität und die gesetzliche Ermächtigung für derartige Warnungen) (Rn. 390 ff.).

Kapitel 9: Eigentum und Erbrecht (Art. 14 GG)

Literatur:

Berg, Wilfried, Entwicklung und Grundstrukturen der Eigentumsgarantie, JuS 2005, 961 ff.; *Dittrich, Lars*, Verfassungsrechtliche Vorgaben des Erbrechts, ZEV 2013, 14 ff.; *Ehlers, Dirk*, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51 (1992), 211 ff.; *Kingreen, Thorsten*, Die Eigentumsgarantie, Jura 2016, 390 ff.; *Lege, Joachim*, Enteignung als Güterbeschaffungsvorgang, NJW 1993, 2565 ff.; *Papier, Hans-Jürgen*, Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, DVBl. 2000, 1398 ff.; *Schnöckel, Stefan*, Die gerechte Entschädigung für Enteignungen, DÖV 2009, 703 ff.

Fallbearbeitungen:

Brinktrine, Ralf/Sarčević, Edin, Klausur Nr. 7 (S. 139 ff.); *Degenhart, Christoph*, I, Fälle 4 (S. 71 ff.), 20 (S. 290 ff.), II, Fälle 5 (S. 134 ff.), 16 (S. 399 ff.); *Glaser, Andreas*, Übungsklausur – Öffentliches Recht: Grundrechtsschutz gegen Steuern, JuS 2008, 341 ff.; *Höfling, Wolfram*, Fälle 14 (S. 165 ff.), 15 (S. 177 ff.); *Hummel, Lars*, Grundfälle zu Art. 15 GG, JuS 2008, 1065 ff.; *Jochum, Heike/Durner, Wolfgang*, Grundfälle zu Art. 14 GG, JuS 2005, 220 ff.; *Schladebach, Marcus/Beutler, Lilly*, „Die Dritte Startbahn“, JA 2015, 835 ff.; *Volkman, Uwe*, Fall 10 (S. 284 ff.).

Leitentscheidungen:

BVerfGE 24, 367 ff. (Hamburgisches Deichordnungsgesetz); 58, 137 ff. (Pflichtexemplar); 58, 300 ff. (Nassauskiesung); 74, 264 ff. (Boxberg); 93, 121 ff. (Einheitswerte II); 95, 1 ff. (Südmuhlfahrt Stendal); 100, 226 ff. (Denkmalschutz); 102, 1 ff. (Altlasten); 115, 97 ff. (Halbteilungsgrundsatz II); 134, 242 ff. (Garzweiler II); BVerfG, NJW 2017, 217 ff. (Atomausstieg II).

I. Hintergrund

Die Gewährleistung des privaten Eigentums gehört zu den klassischen Freiheitsrechten. In Deutschland finden sich eigentumsbezogene Garantien bereits in den §§ 164 f. der Paulskirchenverfassung. Unmittelbarer Vorläufer des Art. 14 GG hinsichtlich Inhalt und Formulierung ist Art. 153 WRV, der dem heutigen Art. 14 GG sehr ähnelt. Eine Garantie des Erbrechts findet sich in Deutschland erstmals in Art. 154 WRV. Auf europäischer Ebene sind Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls vom 20.3.1952 zur EMRK und Art. 17 GR-Charta zu nennen. In der Rechtsprechung des

427

BVerfG hat Art. 14 GG lange Zeit jedenfalls in dogmatischer Hinsicht eher geringe Bedeutung erlangt. Erst im sog. Nassauskiesungsbeschluss von 1981¹ beschäftigte sich das BVerfG grundlegend mit der Struktur des Art. 14 GG. Seitdem hat es einige weitere Entscheidungen zu Art. 14 GG gegeben, die diesem Grundrecht insgesamt eine im Vergleich zu anderen Grundrechten klare und relativ unumstrittene Struktur verleihen. Es gilt daher, diese Struktur zu verstehen. Dann sind Probleme des Art. 14 GG in der Fallbearbeitung gut zu bewältigen.

II. Strukturelle Grundbegriffe

428

Fall 14: Naturschutzgebiet

Auf dem Gebiet der niedersächsischen Gemeinde G liegt ein See, an dessen Ufer sich über die Jahre umfangreiche Schilf- und Röhrichtbestände entwickelt haben. An den Schilfgürtel schließen sich ausgedehnte Feuchtwiesen an. Sowohl im Schilf als auch in den Feuchtwiesen leben zahlreiche bedrohte Tier- und Pflanzenarten. Eigentümer eines Großteils der Wiesen und des Ufers ist seit kurzem der Großbauer B. Er möchte seinen Betrieb weiter vergrößern und plant, die Feuchtwiesen in Weideland für sein Vieh umzuwandeln. Dafür müssten die Wiesen entwässert werden. Zudem will er einen Teil des Schilfs beseitigen, um eine Tränke für die Tiere herzustellen. Als die zuständige Behörde davon erfährt, erlässt sie unverzüglich eine formell rechtmäßige Verordnung nach § 23 BNatSchG i. V. m. § 16 Abs. 1 NAGBNatSchG, die das gesamte Gebiet zum Naturschutzgebiet erklärt und jegliche Veränderung und Nutzung untersagt. Ausnahmen sieht die Verordnung nicht vor. In der Begründung heißt es in der Sache zutreffend, Ausnahmeregelungen liefen auf Grund der besonderen Empfindlichkeit des Gebietes dem Schutzzweck zuwider. Bauer B ist darüber empört. Die Naturschutzverordnung beraube ihn seines Eigentums, das er nun nicht mehr nutzen könne und das für ihn völlig wertlos sei. Jedenfalls aber könne ihm sein Eigentum nicht entschädigungslos entzogen werden. Nach erfolgloser Beschreitung des Rechtswegs erhebt B Verfassungsbeschwerde zum BVerfG. Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet?

§ 23 BNatSchG

(1) Naturschutzgebiete sind rechtsverbindlich festgesetzte Gebiete, in denen ein besonderer Schutz von Natur und Landschaft in ihrer Ganzheit oder in einzelnen Teilen erforderlich ist

1. zur Erhaltung, Entwicklung oder Wiederherstellung von Lebensstätten, Biotopen der Lebensgemeinschaften bestimmter wild lebender Tier- und Pflanzenarten,

¹ BVerfGE 58, 300 ff. (Nassauskiesung).

2. aus wissenschaftlichen, naturgeschichtlichen oder landeskundlichen Gründen oder
3. wegen ihrer Seltenheit, besonderen Eigenart oder hervorragenden Schönheit.

§ 68 BNatSchG

(1) Führen Beschränkungen des Eigentums, die sich auf Grund von Vorschriften dieses Gesetzes (...) ergeben, im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung, der nicht durch andere Maßnahmen, insbesondere durch die Gewährung einer Ausnahme oder Befreiung, abgeholfen werden kann, ist eine angemessene Entschädigung zu leisten.

(2) Die Entschädigung ist in Geld zu leisten. Sie kann in wiederkehrenden Leistungen bestehen. Der Eigentümer kann die Übernahme eines Grundstücks verlangen, wenn ihm der weitere Verbleib in seinem Eigentum wirtschaftlich nicht zuzumuten ist. (...)

§ 16 NAGBNatSchG

(1) Die Naturschutzbehörde kann Gebiete im Sinne von § 23 Abs. 1 BNatSchG durch Verordnung als Naturschutzgebiet festsetzen.

Fall angelehnt an BVerwGE 94, 1 ff.

1. Art. 14 GG als Institutsgarantie

a) Begriff und Inhalt von Institutsgarantien

Art. 14 GG enthält mit den Gewährleistungen des Eigentums und des Erbrechts zwei unterschiedliche, gleichwohl aufeinander bezogene Gewährleistungen. Betrachtet man den Verfassungstext, fällt zunächst die objektive, an den Staat gerichtete Formulierung auf: Der Staat muss Eigentum und Erbrecht gewährleisten, also die entsprechenden Rechtsinstitute schaffen. Art. 14 Abs. 1 GG wirkt somit als Einrichtungs- bzw. genauer als Institutsgarantie.

Der **Begriff der Einrichtungsgarantie** stammt aus der Zeit der Weimarer Republik; die WRV kannte eine Vielzahl von Einrichtungsgarantien.² Unter dem Grundgesetz stellt der Begriff der Einrichtungsgarantie den Oberbegriff für sämtliche an den Staat gerichteten Verpflichtungen zur Schaffung bzw. Erhaltung bestimmter Normbereiche dar. **Unterbegriffe** sind die **Institutsgarantie** und die **institutionellen Garantien**. Während die Institutsgarantie privatrechtliche „Institute“ garantiert, richten sich institutionelle Garantien auf die Schaffung und Erhaltung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen (z. B. die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG). Daher handelt es sich bei Art. 14 GG um eine Institutsgarantie.

² Vgl. zur Geschichte umfassend *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 96 ff.

Weitere Institutsgarantien enthalten z. B. Art. 2 Abs. 1 GG (Vertragsrecht), Art. 6 Abs. 1, 2 GG (Ehe, elterliche Sorge) und Art. 9 Abs. 1 GG (Vereins- und Gesellschaftsrecht).

431 Im Gegensatz zur WRV ist das Grundgesetz in der Anzahl, vor allem aber in der Wirkung derartiger Garantien deutlich zurückhaltender: Die Institutsgarantien des Grundgesetzes garantieren nicht den Status quo einer privatrechtlichen Einrichtung³ – also etwa die gesamte Eigentumsordnung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes –, sondern lediglich einen Grundbestand an Normen, die die wesentlichen Grundstrukturen sicherstellen. Beispielsweise stellt es ein Wesensmerkmal des Eigentums dar, dass der Eigentümer frei darüber verfügen darf. Würde jede Eigentumsnutzung an eine staatliche Zustimmung geknüpft, wäre dieses Wesensmerkmal nicht mehr gegeben und die Institutsgarantie verletzt. Dies bedeutet aber zugleich, dass der Gesetzgeber durchaus Änderungen vornehmen darf, solange er die wesentlichen Strukturen unangetastet lässt. Institutsgarantien wenden sich also an den Gesetzgeber und verlangen die Schaffung von Normen; gleichzeitig hat der Gesetzgeber aber bei der ihm obliegenden **Ausgestaltung** einen gewissen Spielraum, solange er die wesentlichen Grundstrukturen beachtet.

432 Verstößt der Gesetzgeber gegen die Institutsgarantie, indem er etwa neues Eigentum für die Zukunft gänzlich abschafft oder es in seiner Substanz aushöhlt, so ist Art. 14 Abs. 1 GG verletzt. Eine solche Verletzung kann jedermann mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen. Obwohl also die Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG als objektives Verfassungsrecht zunächst nur den Staat verpflichtet, beinhaltet sie zugleich einen individuellen Anspruch, also ein **subjektives Recht**⁴ auf die Existenz von Eigentum und Erbrecht mitsamt ihrer Wesensmerkmale. Art. 14 Abs. 1 GG wirkt in diesen Fällen als **Leistungsrecht**, das den Gesetzgeber zur Schaffung und zum Erhalt des grundlegenden Normbestands, des verfassungsrechtlich garantierten Minimums, hinsichtlich Eigentum und Erbrecht, mithin zu deren Ausgestaltung zwingt.

b) Ausgestaltung als staatliche Normprägung

433 Art. 14 GG weist deshalb ebenso wie Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 1, 2 und 9 Abs. 1 GG eine Besonderheit auf: Mit den Begriffen „Eigentum“ und „Erbrecht“ werden **Institute** geschützt, **die nicht von Natur aus existieren, sondern von der Rechtsordnung erst begründet werden**.⁵ Eine bestimmte, vom Menschen geschaffene Art der Güterzuweisung bzw. der Verfügungsbefugnis genießt grundrechtlichen Schutz. Beginnen kann dieser Schutz jedoch erst mit der Schaffung der Normen, die bestimmen, was im Einzelnen unter „Eigentum“ und „Erbrecht“ zu verstehen ist. Denn ohne diese Normen des einfachen Rechts mangelt es an einem Maßstab, zumal das Grundgesetz selbst keine weitere Inhaltsbestimmung vornimmt. Daher

³ Die Garantien der WRV wurden hingegen als Status-quo-Garantien gelesen, vgl. *Sachs*, VerfR II, Kap. A 4 Rn. 51.

⁴ Vgl. Rn. 137 ff.

⁵ *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 75 ff., spricht insofern anschaulich von „natürlichen Freiheiten“ im Gegensatz zu „staatlich konstituierten Freiheiten (Rechtspositionen)“.

prägen die einfachrechtlichen Normen den Umfang des Schutzes, indem sie den Inhalt der Rechtsbegriffe „Eigentum“ bzw. „Erbrecht“ festlegen. Bei Grundrechten, deren Schutzbereich nicht an von Natur aus gegebene Sachverhalte, sondern an rechtliche Begriffe anknüpft, handelt es sich folglich um normgeprägte, genauer durch das einfache Recht in ihrem konkreten Umfang erst begründete Grundrechte. Deutlich wird dies bei Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, der festlegt, dass „Inhalt und Schranken (...) durch die Gesetze“ bestimmt werden. Legt der Gesetzgeber etwa fest, dass privates Grundeigentum von Dritten unter bestimmten Umständen betreten werden darf,⁶ bestimmt er den Inhalt des Eigentums und damit den grundrechtlichen Schutzbereich. Zukünftig ist also nur Eigentum mitsamt der Betretungsbefugnis grundrechtlich geschützt.

Ist ein Grundrecht normgeprägt, besteht eine **Wechselbeziehung zwischen dem staatlichen Handeln des Gesetzgebers und dem Einzelnen**, der seine Grundrechte wahrnehmen will. Der Einzelne ist auf staatliche Regelungen angewiesen, um seine Grundrechte effektiv wahrnehmen zu können. Schafft der Staat aber Regelungen, begrenzt und konturiert er damit zugleich den grundrechtlichen Schutz. Auch wenn der Gesetzgeber den Schutzzumfang des Grundrechts auf diese Weise einengt, handelt es sich nicht um einen Grundrechtseingriff, der lediglich bei Vorliegen und unter den Voraussetzungen einer Grundrechtsschranke zulässig ist. Denn die Besonderheit dieser Regelungen ist gerade, dass sie die Grundrechtswahrnehmung erst ermöglichen bzw. die Grundrechte in der Praxis handhabbar machen. Für dieses staatliche Handeln auf der Ebene des grundrechtlichen Schutzbereichs hat sich daher der Begriff der „**Ausgestaltung**“ in Abgrenzung zum „Eingriff“ eingebürgert. Ausgestaltung meint jedes gesetzgeberische Handeln, mit dem der Staat bei normgeprägten Grundrechten zur Schutzbereichsbestimmung tätig wird, ohne dass er in den materiellen Gehalt des Grundrechts eingreift.

Die genaue Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff ist schwierig.⁷ Hier stehen sich im Wesentlichen zwei Ansätze gegenüber. Ausgangspunkt des ersten vom BVerfG insbesondere für Art. 6 Abs. 1 und 9 Abs. 1 GG herangezogenen Ansatzes ist der Sinn und Zweck der normgeprägten Grundrechte: Dieser liegt in der **Gewährleistung von Freiheit im Rechtsleben**, also von **Autonomie**. Es geht darum, Kompetenzen des Einzelnen für die Selbstgestaltung von Rechtsbeziehungen zu schaffen.⁸ Handelt der Staat also mit dem Ziel der Einrichtung und Abgrenzung verschiedener privater Rechtssphären und somit in Erfüllung seiner grundrechtlichen

434

435

⁶ Beispielsweise § 49 Landschaftsgesetz NRW bezüglich des Betretens von Grundstücken in der freien Landschaft. Ein anderes Beispiel stellen die sog. Hammerschlags- und Leiterrechte für Reparaturen am eigenen Grundstück vom Nachbargrundstück aus dar, wie sie sich z.B. aus den §§ 47 f. NNachbG und den §§ 24 f. NachbG NRW ergeben.

⁷ Beispielhaft zeigen sich die Unsicherheiten der Rechtsprechung des BVerfG in BVerfGE 84, 212 (223, 226, 228) (Aussperrung), wo zunächst von einem Eingriff, dann von einer Ausgestaltung und schließlich in Orientierung an der Eingriffsprüfung von den Grundrechtsschranken die Rede ist. Unsicher auch BVerfGE 118, 1 (19 ff.) (Kappungsgrenze Anwaltsvergütung).

⁸ *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 435.

Einrichtungspflicht, liegt eine Ausgestaltung vor.⁹ Dabei unterliegt Autonomie im Recht jedoch notwendigerweise Grenzen. Unternimmt es der Gesetzgeber im Rahmen seiner Rechtssetzung, diese Grenzen zu formulieren, indem er beispielsweise zum Schutz des typischerweise schwächeren Teils Inhaltsvorgaben für die Vertragsgestaltung macht, liegt immer noch eine Ausgestaltung vor. Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Gesetzgeber Recht zur Verfolgung von Allgemeinwohlzielen schafft, die mit der Abgrenzung verschiedener Rechtssphären nicht mehr unmittelbar in Verbindung stehen. Ein Beispiel dafür sind etwa die Vorschriften des Vereinsrechts, die die Gründung von Vereinen im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit begrenzen. Hier geht es nicht darum, die Befugnisse verschiedener Privater ins Verhältnis zueinander zu setzen und damit die Autonomiesphären gegeneinander abzugrenzen, sondern darum, dem Allgemeininteresse der öffentlichen Sicherheit zur Geltung zu verhelfen. Mit einer solchen Regelung bewegt sich der Gesetzgeber nicht mehr innerhalb des Rechtsinstituts „Vereinigung“, sondern trägt an das Rechtsinstitut „von außen“ Gemeinwohlbelange heran. Diese Verfolgung von Gemeinwohlbelangen ist als Grundrechtseingriff zu bezeichnen, der nur unter den Voraussetzungen einer Schrankenregelung gerechtfertigt werden kann.

436 In der Praxis wird eine **Abgrenzung** von Ausgestaltung und Eingriff häufig **nach der Rechtsnatur der jeweiligen Vorschrift** vorzunehmen sein.¹⁰ Die vom Grundgesetz garantierten Einrichtungen Ehe, Vereinigung, Eigentum und Erbrecht sind Einrichtungen des Privatrechts. Begründung und Begrenzung erfolgen daher üblicherweise durch Privatrecht, dessen Regelungsgegenstand die Rechtsverhältnisse der einzelnen Personen zueinander, und zwar auf der Grundlage ihrer Gleichberechtigung und Selbstbestimmung, sind. Dem steht das öffentliche Recht gegenüber, das die Beziehungen des Staates und seiner Institutionen untereinander bzw. zu den Bürgern ordnet. In der Regel wird damit das Privatrecht ausgestaltender Natur sein, während das öffentliche Recht, soweit es Belastungen mit sich bringt, als Eingriff anzusehen ist.

437 Einen anderen Ansatz wählt das BVerfG insbesondere bei Art. 2 Abs. 1 GG (Vertragsfreiheit¹¹) und Art. 14 Abs. 1 GG. Hier unterscheidet das BVerfG zumeist danach, ob bestehende Rechtspositionen wie Verträge oder Eigentumspositionen von einer staatlichen Regelung betroffen sind.¹² Soweit dies der Fall ist, geht das BVerfG von einem Grundrechtseingriff aus. Soweit dies nicht der Fall ist, liegt eine nur an der Institutsgarantie zu messende Ausgestaltung vor. Ob diese Betonung des Bestandsschutzes zutreffend ist, ist fraglich.¹³

438 Die Ausgestaltung hat zur Folge, dass das jeweilige **Grundrecht** in seiner abwehrrechtlichen Funktion – soweit es der Ausgestaltung bedarf – nur **nach Maßgabe des einfachen Rechts** gilt. Dies erscheint angesichts der Normenhierarchie

⁹ Vgl. BVerfGE 77, 275 (284) (Zustellungsfiktion der öffentlichen Bekanntmachung); 92, 26 (42) (Zweitregister). Präzise das Sondervotum *Gaier* zu BVerfGE 118, 1 (30 f.) (Kappungsgrenze Anwaltsvergütung).

¹⁰ Weitergehend *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 130 ff.

¹¹ Vgl. Rn. 562 ff.

¹² Vgl. Rn. 565, 569 zu Art. 2 Abs. 1 GG und Rn. 462 ff. zu Art. 14 Abs. 1 GG.

¹³ Kritisch *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 123 ff.

zunächst befremdlich, ist aber die zwingende Folge der Abhängigkeit einzelner Grundrechte von gesetzgeberischem Handeln. Eigentum i. S. v. Art. 14 Abs. 1 GG ist daher nur das, was der Gesetzgeber mittels des einfachen Rechts dem Einzelnen als Eigentum zugewiesen hat. Damit beinhaltet das Grundeigentum gemäß § 4 Abs. 2 WHG beispielsweise nicht den Zugriff auf das Grundwasser, das nicht eigentumsfähig ist. Das ausgestaltende Gesetz ist aber – und hier besteht eine Gemeinsamkeit mit einem in Grundrechte eingreifenden Schrankengesetz – im Licht des Grundgesetzes und insbesondere der ausgestalteten Grundrechtsnorm auszulegen. In diesem Sinne sind etwa die Regelungen des BGB-Vereinsrechts Ausgestaltungen der in Art. 9 Abs. 1 GG gewährleisteten Vereinigungsfreiheit.¹⁴ Sie sind notwendige Voraussetzungen einer praktisch wirksamen Vereinigungsfreiheit. Die Freiheit, sich *rechtsverbindlich* in Vereinigungen zusammenzuschließen, besteht nur insoweit, wie das Vereinsrecht solche Möglichkeiten bereitstellt. Bei der Auslegung des Vereinsrechts sind jedoch die Wertungen des Art. 9 Abs. 1 GG zu beachten. Keine Ausgestaltung, sondern einen Eingriff stellt hingegen beispielsweise das staatliche Verbot gegenüber einem Verein dar, einen Vorstand zu wählen, weil hier der natürliche Gehalt des Art. 9 Abs. 1 GG betroffen ist.

BVerfG, NJW 2001, 2617 (2617): „Nach Art. 9 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Die Vereinigungsfreiheit vermittelt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur das Recht, sich mit anderen zu jedem verfassungsmäßig erlaubten Zweck zusammenzuschließen und solchen Vereinigungen beizutreten. Neben diesem positiven Gehalt wird auch das Recht geschützt, aus privatrechtlichen Vereinigungen auszutreten oder diesen von vorneherein fernzubleiben (...). Art. 9 Abs. 1 GG schützt die Vereinigungsfreiheit allerdings nicht schrankenlos, und die Gewähr der Vereinigungsfreiheit kann nicht bedeuten, dass jede staatliche Regelung der Organisation und Willensbildung von Vereinigungen ausgeschlossen ist. **Vereinigungsfreiheit ist in mehr oder minder großem Umfang auf Regelungen angewiesen, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen.** Demgemäß ist mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit seit jeher die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung dieser Freiheit verbunden, ohne die sie praktische Wirksamkeit nicht entfalten könnte.“

c) Grenzen der Ausgestaltung

Bei der Ausgestaltung des grundrechtlichen Schutzbereichs hat der Gesetzgeber allerdings Grenzen zu beachten. Zwar kommt ihm grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum zu; er muss aber sein Handeln am Schutzgut des jeweiligen Grundrechts orientieren. Bei der Ausgestaltung muss er die **Grundstrukturen des jeweiligen Grundrechts** beachten und sein Handeln am **Ziel** der Schaffung und Erhaltung von **Privatautonomie** ausrichten. So ist das gesetzgeberische Handeln im Bereich des Art. 14 Abs. 1 GG daran zu messen, ob gegen Wesensmerkmale der Institutsgarantie (etwa der grundsätzlich freien Verfügungsbefugnis beim Eigentum und der Privatnützigkeit) verstoßen worden ist. Zudem ist der Gesetzgeber gehalten, gegen-

439

¹⁴ Vgl. Rn. 891.

läufige Interessen schonend auszugleichen.¹⁵ Umstritten ist allerdings, ob der ausgestaltende Gesetzgeber an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist. Das BVerfG hat zu dieser Frage bisher nicht explizit Stellung bezogen, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aber gleichwohl in einigen Entscheidungen als Prüfungsmaßstab herangezogen.¹⁶ Die Richtigkeit dieser Rechtsprechung erscheint zweifelhaft. Denn der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ist eng mit dem Begriff des „Eingriffs“ verbunden, zu dessen Rechtfertigung verschiedene kollidierende Rechtspositionen gegeneinander abgewogen werden. Dabei nimmt das BVerfG eine umfassende Kontrolle vor. Dies ist kaum mit dem weiten Gestaltungsspielraum des ausgestaltenden Gesetzgebers in Einklang zu bringen, der auf Grund der textlichen Knappheit der Verfassung zwingend ist. Verhältnismäßigkeitserwägungen können daher jedenfalls keine derart entscheidende Rolle spielen, wie dies bei Grundrechtseingriffen der Fall ist.¹⁷ Auf Grund des stets zu wahrenden Gestaltungsspielraums sollte auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vielmehr ganz verzichtet werden.

BVerfG, NJW 2001, 2617 (2617 f.): „Dieses Ausgestaltungserfordernis gehört einschließlich der Bindungen, denen der ausgestaltende Gesetzgeber unterliegt, zum Inhalt des Art. 9 Abs. 1 GG. Bei der Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 1 GG ist der Gesetzgeber nicht an die überkommenen Rechtsformen und Normenkomplexe des Vereins- und Gesellschaftsrechts gebunden. **Bestehende Ausgestaltungen haben keinen Verfassungsrang. Auf der anderen Seite darf der Gesetzgeber die Ausgestaltung nicht nach seinem Belieben vornehmen. Diese hat sich vielmehr an dem Schutzgut des Art. 9 Abs. 1 GG zu orientieren;** sie muss auf einen Ausgleich gerichtet sein, der geeignet ist, freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines geordneten Vereinslebens und der schutzbedürftigen sonstigen Belange zu ermöglichen und zu erhalten. Der Gesetzgeber hat daher eine hinreichende Vielfalt von Rechtsformen zur Verfügung zu stellen, die den verschiedenen Typen von Vereinigungen angemessen sind und deren Wahl deshalb zumutbar ist. Er hat die Grundlagen für das Leben in diesen Rechtsformen so zu gestalten, dass seine Regelung die Funktionsfähigkeit der Vereinigungen, im Besonderen ihrer Organe, gewährleistet. Was darüber hinaus ausgestaltender gesetzlicher Regelung zugänglich und bedürftig ist, lässt sich nicht abschließend und generell festlegen. Insofern sind für den Umfang und die Dichte einer erforderlichen Regelung der jeweilige Sachbereich sowie die Ordnungs- und Schutznotwendigkeiten maßgebend, die sich aus ihm ergeben; in jedem Fall muss jedoch das Prinzip freier Assoziation und Selbstbestimmung grundsätzlich gewahrt bleiben (...).“

d) Verhältnis von Ausgestaltung und Eingriff

440 Ungeklärt ist ferner die Frage, ob eine **verfassungswidrige**, weil gegen die Grundstrukturen des Grundrechts verstoßende **Ausgestaltung als Grundrechtseingriff** zu behandeln ist und damit möglicherweise – gestützt auf eine Grundrechtsschranke, etwa einen Gesetzesvorbehalt – zu rechtfertigen ist. Das BVerfG hat sich zu dieser Frage insgesamt nicht klar geäußert. In einer Entscheidung zum Kurzarbeitergeld finden sich aber Ausführungen, die ein solches Umschlagen einer verfas-

¹⁵ BVerfGE 50, 290 (355) (Mitbestimmung).

¹⁶ Vgl. BVerfGE 50, 290 (361) (Mitbestimmung); 60, 329 (339) (Versorgungsausgleich II); 99, 341 (352) (Testierausschluss Taubstummer).

¹⁷ Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, 2000, S. 331 ff. m. w. N. Vgl. auch Maschmann, Tarifaautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, S. 151 ff.

sungswidrigen Ausgestaltung in einen eventuell zu rechtfertigenden Eingriff als möglich erscheinen lassen.¹⁸ Dem steht die klare Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 14 Abs. 1 GG gegenüber: Eine verfassungswidrige Inhaltsbestimmung (= Ausgestaltung) kann danach niemals als Enteignung zu rechtfertigen sein; ein Umschlagen einer Inhaltsbestimmung in eine Enteignung ist ausgeschlossen.¹⁹

Die Möglichkeit eines „**Umschlagens**“ einer verfassungswidrigen Ausgestaltung in einen rechtfertigungsfähigen Eingriff **ist abzulehnen**: Grundrechtseingriffe liegen nur dann vor, wenn der Staat eine bereits bestehende grundrechtliche Position eines Einzelnen verkürzt. Diese Situation besteht im Bereich der Ausgestaltung nicht; die Sachlage ist hier gerade dadurch geprägt, dass grundrechtliche Positionen vom Staat erst begründet bzw. konkretisiert werden. Insofern sind Ausgestaltung und Eingriff zwei völlig unterschiedliche Handlungsformen.²⁰ Ein Umschlagen der Ausgestaltung in einen Eingriff kann daher nicht erfolgen. Ist eine Ausgestaltung verfassungswidrig, kann sie nicht auf der Grundlage einer Grundrechtsschranke gerechtfertigt werden.²¹

441

e) Ausgestaltung und Umgestaltung

Ausgestaltungsrechte des Gesetzgebers bestehen bei allen normgeprägten Grundrechten. Davon streng zu trennen ist die Frage, inwieweit bestehende Ausgestaltungen am Grundrechtsschutz teilnehmen, ob also mit anderen Worten **Umgestaltungen** des bestehenden Rechts als Grundrechtseingriffe zu bezeichnen sind. Grundsätzlich ist das nicht der Fall.²² **Bestehende Ausgestaltungen haben keinen Verfassungsrang**. Ändert also der Gesetzgeber das Vereinsrecht, sodass Beschlüsse immer einer Zwei-Drittel-Mehrheit statt einer einfachen Mehrheit bedürfen (vgl. § 32 BGB), greift er nicht in das Grundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG ein, auch wenn die Neuregelung auf einen bereits bestehenden Verein Anwendung findet und dessen Willensbildung erschwert. Gleiches gilt für Ausgestaltungen der Ehe, des Vertragsrechts, des Koalitionsrechts oder des Rechtsschutzsystems.

442

Anders ist dies nach der Rechtsprechung des BVerfG bei **Art. 14 Abs. 1 GG** sowie bei der von Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Vertragsfreiheit:²³ Hier nehmen zwar nicht die gesetzliche Ausgestaltung selbst, wohl aber die konkrete Eigentums- oder Erbrechtsposition bzw. der konkrete Vertrag, und zwar mit dem jeweiligen Inhalt, am Grundrechtsschutz teil. Will der Gesetzgeber ihren Inhalt dergestalt ändern, dass auch bestehende Positionen verändert werden, liegt in Bezug auf bereits bestehende Positionen ein Grundrechtseingriff und nicht mehr eine bloße Ausgestaltung vor. Insofern weisen Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG eine Besonderheit gegenüber den anderen normgeprägten Grundrechten auf, bei denen regelmäßig keine in

443

¹⁸ BVerfGE 92, 365 (394 f., 403) (Kurzarbeitergeld).

¹⁹ BVerfGE 58, 300 (331 f.) (Nassauskiesung). Vgl. Rn. 469 ff.

²⁰ Anders aber *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 104 f.

²¹ So auch *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, 2000, S. 364 ff., insbesondere S. 371, und *Butzer*, RdA 1994, 375 (381).

²² BVerfGE 50, 290 (355) (Mitbestimmung); 97, 169 (175 f.) (Kleinbetriebsklausel I). Anders etwa *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 150 f.

²³ Vgl. Rn. 562 ff.

ihrem Bestand geschützten Positionen entstehen. Nur Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG enthalten also eine beschränkte **Bestandsgarantie**.²⁴ Zur Begründung dieser Rechtsprechung mag man Vertrauensschutzgesichtspunkte anführen.

BVerfGE 58, 300 (335 f.) (Nassauskiesung): „Das Grundgesetz hat dem Gesetzgeber den Auftrag zugewiesen, eine Eigentumsordnung zu schaffen, die sowohl den privaten Interessen des Einzelnen als auch denen der Allgemeinheit gerecht wird. Ihm obliegt hierbei eine doppelte Aufgabe: Einerseits muss er im Privatrecht die für den Rechtsverkehr und die Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander maßgeblichen Vorschriften schaffen (zum Beispiel für die Übertragung oder Belastung von Eigentum, das Nachbarrecht sowie das Ersatzrecht bei Beeinträchtigung des Eigentums durch Dritte); andererseits hat er den Belangen der Allgemeinheit – in die vor allem jeder Grundstückseigentümer eingebunden ist – in den (meist) öffentlich-rechtlichen Regelungen Rechnung zu tragen. Werden die bürgerlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen üblicherweise mit dem Begriff des subjektiven Privatrechts umschrieben, so wirken bei der Bestimmung der verfassungsrechtlichen Rechtsstellung des Eigentümers bürgerliches Recht und öffentlich-rechtliche Gesetze gleichrangig zusammen. Die bürgerlich-rechtliche Eigentumsordnung ist keine abschließende Regelung von Inhalt und Schranken des Eigentums. Den privatrechtlichen Eigentumsvorschriften kommt im Rahmen des Art. 14 GG auch kein Vorrang vor den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu, die eigentumsrechtliche Regelungen treffen.

Welche Befugnisse einem Eigentümer in einem bestimmten Zeitpunkt konkret zustehen, ergibt sich vielmehr aus der Zusammenschau aller in diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften. Ergibt sich hierbei, dass der Eigentümer eine bestimmte Befugnis nicht hat, so gehört diese nicht zu seinem Eigentumsrecht. Wie der Gesetzgeber ihren Ausschluss herbeiführt, ist lediglich eine Frage der Gesetzestechnik. Definiert er die Rechtsstellung zunächst umfassend, um in einer weiteren Vorschrift bestimmte Herrschaftsbefugnisse von ihr auszunehmen, so ist dem Betroffenen von vornherein nur eine in dieser Weise eingeschränkte Rechtsposition eingeräumt. **Aus der Gesamtheit der verfassungsmäßigen Gesetze, die den Inhalt des Eigentums bestimmen, ergeben sich somit Gegenstand und Umfang des durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Bestandsschutzes (...)**“

2. Art. 14 GG als Abwehrrecht

444 Als **Abwehrrecht** schützt Art. 14 Abs. 1 GG den Einzelnen vor dem Entzug bzw. vor der Beeinträchtigung konkreter, bereits vorhandener Eigentums- oder Erblasserpositionen.²⁵ Begründen lässt sich diese Auslegung des Art. 14 Abs. 1 GG über den Wortlaut hinaus („Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet.“) mit systematischen Erwägungen: Art. 14 GG steht im Grundrechtsteil, und Grundrechte sind typischerweise Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat. Art. 14 GG ist somit ein Grundrecht mit – streng zu trennenden – Grundrechtswirkungen. Einerseits wirkt es als Institutsgarantie, andererseits als individuelles Abwehrrecht.

²⁴ Zu Art. 14 Abs. 1 GG: BVerfGE 58, 300 (351) (Nassauskiesung); 78, 58 (75) (Weingesetz); zu Art. 2 Abs. 1 GG: BVerfGE 89, 48 (61) (Verlängerter Versorgungsausgleich); 95, 267 (304) (Altschulden). Skeptisch dazu *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, 2000, S. 408 ff. m. w. N.

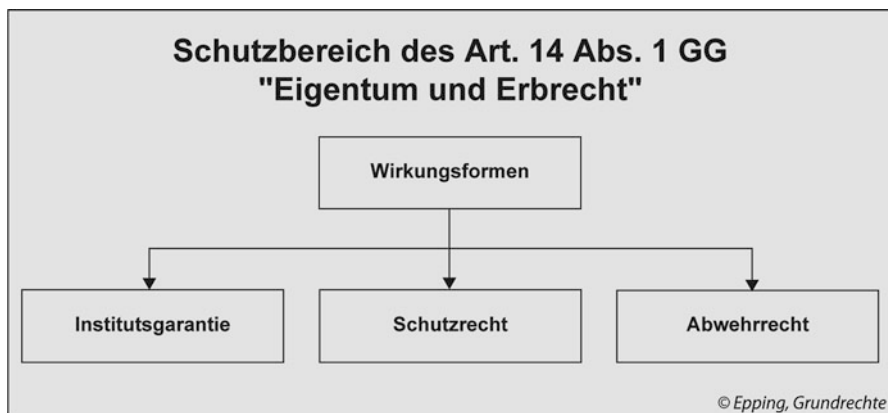
²⁵ BVerfGE 24, 367 (400) (Hamburgisches Deichordnungsgesetz); BVerfG, NVwZ 2014, 211 (213 f.) (Garzweiler II).

Hinzu tritt schließlich die bekannte Funktion als Recht auf Schutz. Dieser Schutz erstreckt sich auf die bereits vorhandenen konkreten Eigentumspositionen ebenso wie auf erst im Entstehen begriffene Positionen, soweit diese nicht bloß den Charakter einer Chance aufweisen.²⁶

BVerfGE 24, 367 (389 f.) (Hamburgisches Deichordnungsgesetz): „Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet das Privateigentum sowohl als Rechtsinstitut wie auch in seiner konkreten Gestalt in der Hand des einzelnen Eigentümers. Das Eigentum ist ein elementares Grundrecht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht. Ihm kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen. Die Garantie des Eigentums als Rechtseinrichtung dient der Sicherung dieses Grundrechts. Das Grundrecht des Einzelnen setzt das Rechtsinstitut ‚Eigentum‘ voraus; es wäre nicht wirksam gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen ‚Eigentum‘ nicht mehr verdient.

Die Institutsgarantie sichert einen Grundbestand von Normen, die als Eigentum im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung bezeichnet werden. Inhalt und Funktion des Eigentums sind dabei der Anpassung an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse fähig und bedürftig; es ist Sache des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums unter Beachtung der grundlegenden verfassungsrechtlichen Wertentscheidung zu bestimmen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Die Institutsgarantie verbietet jedoch, dass solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung entzogen werden, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, und damit der durch das Grundrecht geschützte Freiheitsbereich aufgehoben oder wesentlich geschmälert wird. (...)

Eigentum ist eine Form der Sachherrschaft und damit der umfassende Begriff für die vielfältig denkbaren sachenrechtlichen Beziehungen. Diese Sachherrschaft kann nach den verschiedensten Gesichtspunkten und Anschauungen ausgestaltet werden. Das Eigentum bürgerlichen Rechts ist durch seine Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsfähigkeit gekennzeichnet.“



445

²⁶ BVerfGE 114, 1 (37 f.) (Übertragung von Lebensversicherungen); 114, 73 (90 f.) (Überschussermittlung bei Lebensversicherungen).

III. Schutzbereich

1. Persönliche Schutzbereiche der Freiheiten des Art. 14 GG

- 446 Art. 14 GG enthält keine besonderen Anforderungen hinsichtlich der Grundrechtsberechtigten; es ist daher ein Jedermann-Grundrecht. Nach Maßgabe von Art. 19 Abs. 3 GG können sich auch juristische Personen des Privatrechts auf Art. 14 GG berufen. Anderes gilt hingegen für das Eigentum juristischer Personen des öffentlichen Rechts; hier hat das BVerfG den Satz geprägt, dass Art. 14 GG das Eigentum Privater, nicht aber das Privateigentum an sich unter Schutz stellt.²⁷

2. Sachliche Schutzbereiche der Freiheiten des Art. 14 GG

a) Eigentum

- 447 Der Schutzbereich des Art. 14 GG hängt wesentlich von der Definition des Begriffs des „Eigentums“ ab. Dabei ist der **verfassungsrechtliche Begriff des Eigentums** nicht deckungsgleich mit dem umgangssprachlichen Eigentumsbegriff, der sich im Wesentlichen auf das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen beschränkt. Der verfassungsrechtliche Begriff orientiert sich hingegen an Sinn und Zweck der Gewährleistung, dem Einzelnen „einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich [zu] erhalten und dem Einzelnen damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Lebensgestaltung [zu] ermöglichen“.²⁸ Er umfasst daher alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.²⁹ Eigentum i. S. v. Art. 14 GG sind daher neben dem Sacheigentum beispielsweise Urheberrechte³⁰, Aktien³¹, Warenzeichen³², Vorkaufsrechte³³ und Forderungen³⁴, nicht aber bloße Chancen und Hoffnungen. Umstritten ist, ob auch der Besitz Eigentum i. S. v. Art. 14 Abs. 1 GG darstellt.³⁵

²⁷ BVerfGE 61, 82 (108 f.) (Sasbach). Vgl. Rn. 161 ff.

²⁸ BVerfGE 51, 193 (218) (Schloßberg).

²⁹ BVerfGE 112, 93 (107) (Zwangsarbeiterentschädigung); 115, 97 (110 f.) (Halbteilungsgrundsatz II).

³⁰ BVerfGE 31, 229 (Ls. 1) (Schulbuchprivileg); BVerfG, NJW 2016, 2247 (2248) (Sampling).

³¹ BVerfGE 14, 263 (276 ff.) (Feldmühle-Urteil).

³² BVerfGE 51, 193 (216 ff.) (Schloßberg).

³³ BVerfGE 83, 201 (Ls. 2) (Bundesberggesetz).

³⁴ BVerfGE 45, 142 (179) (Rückwirkende Verordnung). Ob Forderungen ein „sonstiges Recht“ i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB sind, ist umstritten. Vgl. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 223 f. m. w. N.

³⁵ Dafür: BVerfGE 89, 1 (5) (Besitzrecht des Mieters). Ebenso umstritten ist im Zivilrecht, ob der Besitz ein „sonstiges Recht“ i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB darstellt. Vgl. *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 220 f. m. w. N.

Der Schutz des Eigentums erstreckt sich allerdings lediglich auf die einzelnen vermögenswerten Rechtspositionen, **nicht** aber auf das **Vermögen** als Ganzes.³⁶ Das Vermögen ist lediglich die Summe der einzelnen von Art. 14 GG geschützten Positionen, ist aber als Ganzes von der Rechtsordnung nicht als Position definiert. Dies hat bedeutende praktische Konsequenzen: Erlegt der Staat dem Einzelnen eine Geldleistungspflicht wie etwa eine Steuer auf, liegt darin grundsätzlich kein Eingriff in das Eigentumsgrundrecht.³⁷ Denn der Staat greift mit einer Steuer nicht auf konkrete vermögenswerte Rechtspositionen zu, sondern er belastet das Vermögen als Ganzes. Es bleibt dem Bürger selbst überlassen, mit welchen Mitteln er die Geldleistungspflicht erfüllt.

Diese klare Rechtsprechung hat allerdings zwei bedeutende **Relativierungen** erfahren. Erstens nimmt das BVerfG einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie dann an, wenn „die Geldleistungspflichten den Betroffenen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen, d. h. eine **erdrosselnde Wirkung** ausüben“.³⁸ Diese Voraussetzung ist unbestimmt, und es ist dogmatisch kaum nachzuvollziehen, wie eine Belastung des nicht von Art. 14 GG geschützten Vermögens zu einem Eingriff in Art. 14 GG führen soll, wenn nur eine gewisse Intensität erreicht wird. Weitere Unsicherheiten fügt die – vereinzelt gebliebene – Entscheidung zu der Vermögensteuer hinzu, in der der Schutz des Art. 14 GG implizit auf das ganze Vermögen erstreckt wird, ohne dass aber deutlich auszusprechen.³⁹ Zweitens hat der Zweite Senat des BVerfG in einem obiter dictum festgestellt, dass Steuern dann an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen sein sollen, wenn sie an Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG anknüpfen. Das sei etwa bei der **Gewerbe- und Einkommensteuer** der Fall, weil diese von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Vermögensbestandteile, nämlich die Einkünfte des Steuerpflichtigen, mit einer nachteiligen Rechtsfolge belegten.⁴⁰ Ob das allein ausreicht, um eine Steuer zum Thema des Art. 14 Abs. 1 GG zu machen, bleibt fraglich. Denn Anknüpfungspunkt ist lediglich der Erwerb des Eigentums, der aber nach der Rechtsprechung des BVerfG gerade nicht von Art. 14 Abs. 1 GG erfasst wird.⁴¹ Rechtlich notwendig ist ein mit den genannten Relativierungen eröffneter Schutz des Vermögens durch Art. 14 GG nicht, denn jeder staatliche Zugriff auf das Vermögen des Einzelnen ist jedenfalls am Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.⁴²

Unsicher ist, ob Art. 14 Abs. 1 GG auch das – zivilrechtlich lange anerkannte – **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** unter Schutz stellt. Darunter versteht man die Gesamtheit dessen, was den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebes, d. h. des auf den Erwerb ausgerichteten Unternehmens aus-

³⁶ BVerfGE 4, 7 (17) (Investitionshilfe); 91, 207 (220) (Bremer Hafengebühren); 95, 267 (300) (Altschulden); *Wieland*, in: Dreier, Art. 14 Rn. 65.

³⁷ BVerfGE 95, 267 (300) (Altschulden); 96, 375 (397) (Sterilisation).

³⁸ BVerfGE 78, 232 (243) (Altershilfe für Landwirte).

³⁹ BVerfGE 93, 121 (137) (Einheitswerte II). Vgl. auch das sehr lesenswerte Minderheitsvotum von *Böckenförde* im Anschluss (149 ff.).

⁴⁰ BVerfGE 115, 97 (112 f.) (Halbteilungsgrundsatz II).

⁴¹ Vgl. Rn. 456.

⁴² Vgl. Rn. 546 ff.

448

449

450

macht, also die Gesamtheit der sachlichen, persönlichen und sonstigen Mittel, die in der Hand des Betriebsinhabers zusammengefasst sind.⁴³ Das BVerfG ist dieser Frage bisher ausgewichen⁴⁴, hat aber im Nassauskiesungsbeschluss ausgeführt, der Schutz des Gewerbebetriebes könne jedenfalls nicht weiter reichen als der Schutz seiner Grundlagen.⁴⁵ Geschützt sind nach Ansicht des BVerfG daher nur die einzelnen Eigentumspositionen, nicht aber der Gewerbebetrieb als Ganzes. Mit dem Normzweck des Art. 14 GG, dem Einzelnen einen Freiraum im wirtschaftlichen Bereich zu sichern, steht das nicht unbedingt in Einklang: Denn ein Gewerbebetrieb als Ganzes hat durchaus einen höheren Wert als dessen Einzelteile, weil Erwerbschancen ebenfalls in die Bewertung einfließen. Allerdings meint der Begriff „Eigentum“ die einzelne, dem Einzelnen konkret zugeordnete vermögenswerte Rechtsposition, während der Gewerbebetrieb eine Summe verschiedener Rechtspositionen darstellt, die auch Erwerbschancen und Hoffnungen einschließt. Zudem hat der Gesetzgeber, der den Inhalt des Eigentums definieren soll (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG), den Gewerbebetrieb gerade nicht als eigenständige Position festgelegt. Daher ist es konsequent, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als solchen nicht dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG zu unterstellen, sondern nur seine einzelnen Bestandteile.⁴⁶

451 Im Einzelnen problematisch ist schließlich, inwieweit **öffentlich-rechtliche Positionen** am Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG teilhaben. Diese Frage wird besonders im Bereich der Sozialversicherung und bei staatlichen Subventionen relevant. Das BVerfG orientiert sich an der oben genannten allgemeinen Definition und fragt hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Positionen, ob die eingeräumte Rechtsstellung der eines Sacheigentümers entspricht, ob sie ihm also „nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordnet ist“.⁴⁷ Dies ist laut BVerfG der Fall, wenn sich die öffentlich-rechtliche Position als ein Äquivalent eigener Leistung des Berechtigten darstellt.⁴⁸ Ein frühes Beispiel aus der Rechtsprechung sind etwa Anwartschaften auf Versichertenrenten aus der gesetzlichen Rentenversicherung.⁴⁹ Hier stehen die eingezahlten Beiträge dem damit erworbenen Leistungsanspruch gegenüber, auch wenn nach dem sog. Umlageverfahren der gesetzlichen Rentenversicherung die Beiträge nicht angespart, sondern unmittelbar für die Rentenzahlungen an die nicht mehr erwerbstätige Generation verwendet werden. Die eigene Leistung des Berechtigten muss nicht in Beiträgen liegen; sie kann auch in Form von Tätigkeiten erbracht werden. Der Schutz der Anwartschaft reicht so weit, wie diese unverfallbar ist und bereits Ansprüche begründet; nicht geschützt ist indes regelmäßig eine bestimmte Rentenhöhe.⁵⁰ Im Unterschied dazu fällt eine öffentlich-rechtliche Position nicht unter Art. 14 GG, wenn sie überwiegend oder ganz auf staatlicher Gewährung be-

⁴³ *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 95; *Epping*, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, S. 74 ff.

⁴⁴ Zuletzt etwa offen gelassen in BVerfGE 84, 212 (232) (Aussperrung); 96, 375 (397) (Sterilisation); 105, 252 (278) (Glykolwarnung); BVerfG, NZM 2016, 685 (691) (Bestellerprinzip).

⁴⁵ BVerfGE 58, 300 (353) (Nassauskiesung).

⁴⁶ A. A. z. B. *Leisner*, in: HStR VIII, § 173 Rn. 26.

⁴⁷ BVerfGE 69, 272 (300) (Krankenversicherung der Rentner); 72, 175 (195) (Wohnungsfürsorge).

⁴⁸ BVerfGE 116, 96 (121) (Fremdrentengesetz).

⁴⁹ BVerfGE 53, 257 (290 ff.) (Versorgungsausgleich I).

⁵⁰ BVerfGE BVerfGE 131, 66 (80) (RV-Satzung); 136, 152 (167) (VBL).

ruht.⁵¹ Keinen Schutz genießen demzufolge öffentlich-rechtliche Genehmigungen wie etwa Anlagenzulassung.⁵²

Diese auf den ersten Blick klare Unterscheidung führt in der Praxis zu einer Fülle von Zweifelsfragen: Staatliche Leistungen beruhen sehr häufig sowohl auf eigener Leistung wie auch auf staatlichen Zuschüssen. Wie also ist in diesen Fällen zu entscheiden? Das BVerfG will diese Positionen nur dann vom Schutz des Art. 14 GG ausnehmen, wenn der staatliche Zuschuss klar überwiegt; der von Art. 14 GG gewährte Schutz soll aber mit zunehmenden Staatsleistungen abnehmen.⁵³ Ein weiteres Beispiel für die praktischen Schwierigkeiten bietet das System der Hinterbliebenenrenten: Während die Rentenzahlungen an sich dem Schutz des Art. 14 GG unterfallen, ist dies bei den Hinterbliebenenrenten, also der Fortsetzung der Rentenzahlung an die Hinterbliebenen nach dem Tod des ehemaligen Beitragszahlers, nach der Rechtsprechung des BVerfG anders:⁵⁴ Denn hier liegt keine unmittelbare Eigenleistung der Hinterbliebenen vor. Die Liste der Zweifelsfälle lässt sich beliebig fortsetzen.⁵⁵

Weitere Schwierigkeiten bereitet die relativ neue Rechtsprechung des BVerfG zu Ansprüchen aus der **Sozialversicherung**. Hier fügt das BVerfG den genannten Kriterien ein weiteres hinzu: Die öffentlich-rechtliche Position muss der **Existenzsicherung** des Einzelnen dienen.⁵⁶ Rechtlich ist diese Einschränkung problematisch, denn privatrechtliche Rechtspositionen unterfallen dem Schutz von Art. 14 GG unabhängig davon, ob sie existenzsichernde Funktion haben. Der „Notgroschen“ ist also ebenso geschützt wie die Ferienvilla am Starnberger See. Warum also soll für öffentlich-rechtliche Positionen anderes gelten?⁵⁷ Der sachliche Grund für diese Rechtsprechung liegt wohl darin, dass das BVerfG dem Gesetzgeber im Bereich der Sozialversicherung nicht zu enge Fesseln anlegen will. Angesichts der ungeheuren Summen, die in Deutschland jedes Jahr in die soziale Sicherung fließen,⁵⁸ könnte eine strikte Rechtsprechung schnell die finanzielle Handlungsfähigkeit des Staats untergraben.

BVerfGE 69, 272 (299 ff.) (Sozialversicherungsrechtliche Eigentumspositionen): „Die verfassungsrechtliche Beurteilung hängt davon ab, ob diese Rechtspositionen die konstituierenden Merkmale des durch Art. 14 GG geschützten Eigentums aufweisen. Dabei ist für die Beantwortung der Frage, welche sozialversicherungsrechtlichen Leistungsansprüche als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen sind, auf den Zweck und die Funktion der Ei-

⁵¹ Beispielsweise BVerfGE 48, 403 (413) (Wohnungsbauprämie). Weitere Beispiele sind die Sozialhilfe nach dem SGB XII und das Arbeitslosengeld II („Hartz IV“), nicht aber das beitragsfinanzierte Arbeitslosengeld I.

⁵² BVerfG, NJW 2017, 217 (223) (Atomausstieg II).

⁵³ BVerfGE 53, 257 (291 f.) (Versorgungsausgleich I).

⁵⁴ BVerfGE 97, 271 (284 f.) (Hinterbliebenenrenten).

⁵⁵ Vgl. beispielsweise *Deppenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 170 ff.; *Wieland*, in: Dreier, Art. 14 Rn. 61 ff.

⁵⁶ BVerfGE 69, 272 (300) (Krankenversicherung der Rentner): 100, 1 (32 f.) (DDR-Rentenanwartschaften); 128, 90 (101 ff.) (Abschaffung Arbeitslosenhilfe).

⁵⁷ Kritisch insofern *Wieland*, in: Dreier, Art. 14 Rn. 63 f.

⁵⁸ Im Jahr 2015 betrug das deutsche Sozialbudget nach Angaben des Statistischen Bundesamtes rund 888,2 Mrd. € (www.bmas.de).

gentumsgarantie unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung im Gesamtgefüge der Verfassung zurückzugreifen. Ihr kommt die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen.

Voraussetzung für einen Eigentumsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen ist eine vermögenswerte Rechtsposition, die nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts dem Rechtsträger als privatnützig zugeordnet ist; diese genießt den Schutz der Eigentumsgarantie dann, wenn sie auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Versicherten beruht und zudem der Sicherung seiner Existenz dient. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, dann kommt bei gesetzlichen Eingriffen in sozialversicherungsrechtliche Positionen zwar ein Schutz durch andere Grundrechte, nicht aber aus Art. 14 GG in Betracht. Ein darüber hinausgehender Schutz durch die Eigentumsgarantie würde ihrer Aufgabe im Gesamtgefüge der Verfassung nicht mehr gerecht.

Der sozialversicherungsrechtlichen Position muss weiterhin eine **nicht unerhebliche Eigenleistung des Versicherten** zu Grunde liegen. Der Eigentumsschutz beruht dabei wesentlich darauf, dass die in Betracht kommende Rechtsposition durch die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten, wie diese vor allem in den einkommensbezogenen Eigenleistungen Ausdruck findet, mitbestimmt ist. Dieser Zusammenhang mit der eigenen Leistung ist als besonderer Schutzgrund für die Eigentümerposition anerkannt. Der Annahme einer nicht unerheblichen Eigenleistung steht es nicht entgegen, wenn die Rechtsposition auch oder überwiegend auf staatlicher Gewährung beruht; dies schließt den Eigentumsschutz ebenso wenig von vornherein aus wie bei Sachgütern, die mit Hilfe von Subventionen oder Steuererleichterungen erworben wurden. Der Umfang der Eigenleistung ist vor allem für die weitere Frage wesentlich, inwieweit der Gesetzgeber Inhalt und Schranken einer unter die Eigentumsgarantie fallenden Position regeln kann.

Konstituierendes Merkmal für den Eigentumsschutz einer sozialversicherungsrechtlichen Position ist schließlich, dass sie **der Existenzsicherung der Berechtigten zu dienen bestimmt** ist. Schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Februar 1980 (BVerfGE 53, 257, Versorgungsausgleich I) hatte die Richterin *Rupp-v. Brünneck* darauf hingewiesen, dass sich die Eigentumsgarantie auch auf solche öffentlich-rechtlichen Berechtigungen erstrecken müsse, auf die der Bürger in seiner wirtschaftlichen Existenz zunehmend angewiesen sei. Diesen Gedanken hat das Bundesverfassungsgericht in der genannten Entscheidung mit dem Bemerkten aufgenommen, die große Mehrzahl der Staatsbürger in der heutigen Gesellschaft erlange ihre wirtschaftliche Existenzsicherung weniger durch privates Sachvermögen als durch den Arbeitsertrag und die daran anknüpfende solidarisch getragene Daseinsvorsorge, die historisch von jeher eng mit dem Eigentumsgedanken verknüpft gewesen sei. Das ist nicht auf Versichertenrenten beschränkt. Auch andere sozialversicherungsrechtliche Positionen können für die große Mehrzahl der Bevölkerung eine wichtige Grundlage ihrer Daseinssicherung sein, insbesondere dann, wenn sich eine wesentliche, durch lange Zeiträume gewährte Leistung so verfestigt hat, dass die Versicherten sie zu ihrer existenziellen Versorgung rechnen können. Es würde zu einem mit dem Schutz des Eigentums im sozialen Rechtsstaat schwerlich zu vereinbarenden Funktionsverlust der Eigentumsgarantie führen, wenn sie – sofern die anderen konstituierenden Merkmale des Eigentums vorliegen – solche vermögensrechtlichen Positionen nicht umfasste. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob ein Grundrechtsträger nach seinem Vermögensstand individuell mehr oder weniger auf den Bezug einer sozialversicherungsrechtlichen Leistung angewiesen ist. Es geht vielmehr um die objektive Feststellung, ob eine öffentlich-rechtliche Leistung ihrer Zielsetzung nach der Existenzsicherung der Berechtigten zu dienen bestimmt ist. Nicht das Bedürfnis des Einzelnen, sondern der Umstand ist entscheidend, dass eine Position der großen Mehrzahl der Staatsbürger zur existenziellen Sicherung dient.“

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Gerade in diesem Bereich zeigt die Vielzahl von Fallgestaltungen, dass das Auswendiglernen von Einzelfällen keinen Erfolg verspricht. In der Fallbearbeitung ist daher stets von der allgemeinen Definition des verfassungsrechtlichen Eigentums auszugehen und unter die einzelnen Merkmale zu subsumieren. Dabei ist es hilfreich, sich stets den Sinn und Zweck des Art. 14 GG vor Augen zu führen: dem Einzelnen einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen.

454

b) Umfang des Schutzes

Art. 14 GG schützt nicht lediglich den **Bestand** des Eigentums, also die Inhaberschaft einer Rechtsposition. Gewährleistet wird zugleich das **Recht, das Eigentum zu nutzen, zu verwalten und darüber zu verfügen**.⁵⁹ Die Reichweite des Schutzes der Nutzungsbefugnis ist jedoch umstritten. Eine klare Äußerung des BVerfG fehlt bislang; allerdings soll ein Zuchtverbot für Kampfhunde im Hinblick auf die Nutzung von Kampfhunden an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen sein.⁶⁰ Um Abgrenzungsprobleme zu den weiteren Freiheitsrechten zu vermeiden, dürfte jedoch nicht jedes Handeln unter Nutzung von Eigentum in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fallen. Denn menschliches Handeln bedient sich in vielen Fällen des Eigentums, etwa beim Fahren des eigenen Autos. Allein deshalb ist aber nicht Art. 14 Abs. 1 GG einschlägig, sodass etwa ein Fahrverbot nicht an diesem Grundrecht zu messen ist. Das Eigentumsgrundrecht dürfte vielmehr nur dann betroffen sein, wenn die Nutzungsmöglichkeit der Eigentumsposition als solche eingeschränkt oder ausgeschlossen wird. Anknüpfungspunkt eines Eingriffs muss die Eigentumsposition sein, nicht aber die bloße Handlung. Für den Schutz von Handlungen sind die übrigen Freiheitsrechte maßgeblich.

455

c) Abgrenzungsfragen

Gelegentlich schwierig ist schließlich die Abgrenzung des Art. 14 GG gegenüber Art. 12 GG. Das BVerfG hat dazu folgende **Faustformel** geprägt: „Für die Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 GG ist maßgeblich, dass Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG das Erworbene, das Ergebnis einer Betätigung schützt, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst.“⁶¹ Kurz: **Art. 12 Abs. 1 GG schützt den Erwerb, Art. 14 GG das Erworbene**. Diese Unterscheidung folgt aus der unterschiedlichen Schutzrichtung beider Grundrechte: Während Art. 12 Abs. 1 GG eine spezielle Handlungsfreiheit für die berufliche Betätigung darstellt, schützt Art. 14 GG die einzelnen vermögenswerten Eigentumspositionen als Grundlage der weiteren und durch andere Grundrechte geschützten freien Entfaltung der Persönlichkeit.

456

⁵⁹ BVerfGE 105, 17 (30) (Sozialpandbriefe); 115, 97 (111) (Halbteilungsgrundsatz II).

⁶⁰ BVerfGE 110, 141 (173) (Kampfhunde).

⁶¹ BVerfGE 30, 292 (335) (Erdölbevorratung); 88, 366 (377) (Tierzuchtgesetz II); 126, 112 (135 f.) (Privater Rettungsdienst).

BVerfGE 30, 292 (334 f.) (Erdölbevorratung): „Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Regelung der Berufsausübung auch die Eigentumsgarantie berühren kann, ist noch nicht allgemein entschieden. Sie ist grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, welche Freiheitsbereiche von beiden Grundrechten geschützt werden. Wie das Bundesverfassungsgericht (...) ausgeführt hat, schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit des Bürgers, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen und damit seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung selbst zu bestimmen. Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist also in erster Linie persönlichkeitsbezogen. Es konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung. Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist in hohem Maße ‚zukunftsgerichtet‘. Dem Eigentum kommt im Gefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen. Die Gewährleistung des Eigentums ergänzt insoweit die Handlungs- und Gestaltungsfreiheit, indem sie dem Einzelnen vor allem den durch eigene Arbeit und Leistung erworbenen Bestand an vermögenswerten Gütern anerkennt. Mit dieser ‚objektbezogenen‘ Gewährleistungsfunktion schützt Art. 14 Abs. 1 GG jedoch nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, insbesondere schützt er keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten. Daraus folgt auch die grundsätzliche Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 GG: **Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Erworben, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst.** Greift somit ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit ein, so ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt; begrenzt er mehr die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter, so kommt der Schutz des Art. 14 GG in Betracht.“

d) Erbrecht

457 Wie das Eigentumsrecht ist auch das Erbrecht sowohl Institutsgarantie als auch Abwehrrecht.⁶² Das Erbrecht beinhaltet die Möglichkeit, über sein Eigentum auch über den Tod hinaus zu verfügen. Es verlängert daher die Eigentumsgarantie in zeitlicher Hinsicht.

458 In seiner Form als **Institutsgarantie** schützt Art. 14 Abs. 1 GG die wesentlichen Grundstrukturen des Erbrechts in der Form, die die §§ 1922 ff. BGB vorsehen. Wie beim Eigentum sind lediglich die grundlegenden **Wesensmerkmale** staatlicher Veränderung entzogen. Dazu gehören die grundsätzliche Testierfreiheit⁶³, das Prinzip der gesetzlichen Privaterbfolge⁶⁴, die sich an den bürgerlich-rechtlichen Verwandtschaftsbeziehungen orientiert, und das Prinzip der Mindestbeteiligung der Kinder⁶⁵, die das geltende Pflichtteilsrecht vorsieht. Beispielsweise wäre eine Regelung, nach der im Fall eines fehlenden oder ungültigen Testaments der Staat stets gesetzlicher Erbe wäre, mit Art. 14 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren. Darüber hinaus kommt dem Gesetzgeber ein weit reichender **Gestaltungsspielraum** zu, der insbesondere auch Einschränkungen des Erbrechts nicht ausschließt. Der Spielraum ist hier größer als

⁶² BVerfGE 91, 346 (358) (Ertragswertabfindung); 99, 341 (350) (Testierausschluss Taubstummer).

⁶³ BVerfGE 99, 341 (350 f.) (Testierausschluss Taubstummer); 112, 332 (348 f.) (Pflichtteilsrecht).

⁶⁴ BVerfGE 91, 346 (358) (Ertragswertabfindung).

⁶⁵ BVerfGE 112, 332 (349 ff.) (Pflichtteilsrecht).

bei der Eigentumsgarantie, weil nicht der Bestand, sondern ein Vermögensübergang den Gegenstand der Gewährleistung bildet.⁶⁶

Als **Abwehrrecht** schützt Art. 14 Abs. 1 GG in erster Linie die Testierfreiheit des Erblassers, dessen Freiheitsraum Art. 14 Abs. 1 GG sichern will. Aber auch der begünstigte Erbe ist vom Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst. Nach dem Tod des Erblassers kann er gestützt auf Art. 14 Abs. 1 GG sein Erbrecht geltend machen. Andernfalls – so das BVerfG – würde der Grundrechtsschutz mit dem Tod des Erblassers erlöschen und damit weitgehend entwertet werden.⁶⁷ Insofern ist etwa die an den Erwerb der Erbmasse anknüpfende Erbschaftsteuer an der Garantie des Erbrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG zu messen.⁶⁸

459

IV. Eingriffe

Eingriffe in die Grundrechte des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sieht das Grundgesetz in doppelter Hinsicht vor. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG legt fest, dass **Inhalt und Schranken** von Eigentum und Erbrecht durch die Gesetze bestimmt werden. Art. 14 Abs. 3 GG trifft eine Sonderregelung hinsichtlich der **Enteignung**. Ohne praktische Bedeutung ist die Möglichkeit der **Sozialisierung** (Art. 15 GG). Weitere Eingriffsermächtigungen enthält das Grundgesetz nicht.

460

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Die Unterscheidung, ob eine Inhalts- und Schrankenbestimmung oder eine Enteignung vorliegt, wird streng genommen erst auf der Rechtfertigungsebene relevant, da an die unterschiedlichen Eingriffsarten unterschiedliche Rechtfertigungsvoraussetzungen geknüpft sind. Nur der Übersichtlichkeit der Darstellung halber erfolgt hier die Erläuterung der Eingriffsarten unmittelbar beim Eingriff. In der Fallbearbeitung empfiehlt es sich jedoch, bei der Eingriffsprüfung nur kurz klarzustellen, dass überhaupt Eigentum i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG beeinträchtigt ist und die Frage nach der Art des Eingriffs erst bei der Rechtfertigung des Eingriffs anzusprechen.

461

1. Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG)

Die Eingriffsberechtigung des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ermöglicht es dem Gesetzgeber, Inhalt und Schranken von Eigentum und Erbrecht zu bestimmen. Der Begriff der Inhalts- und Schrankenbestimmung erfasst alle rechtlichen Regelungen, mit

462

⁶⁶ BVerfGE 93, 165 (174) (Einheitswerte III); 112, 332 (348) (Pflichtteilsrecht).

⁶⁷ BVerfGE 91, 346 (360) (Ertragswertabfindung).

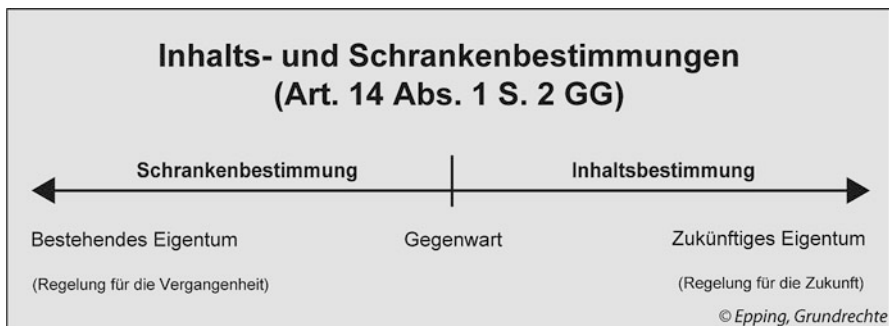
⁶⁸ BVerfGE 97, 1 (6 f.) (Erbschaftbesteuerung).

denen der Gesetzgeber Eigentum und Erbrecht im Rahmen seiner Ausgestaltungsbefugnis **abstrakt-generell** definiert.⁶⁹

463 Dass Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dem Gesetzgeber die **Inhaltsbestimmung** auferlegt, ist die logische Konsequenz der Einstufung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als normgeprägtes Grundrecht.⁷⁰ Mittels einer Inhaltsbestimmung nimmt der Gesetzgeber die Ausgestaltung der Rechtsbegriffe Eigentum und Erbrecht **für die Zukunft** vor und bestimmt damit zugleich den zukünftigen Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Legt also der Gesetzgeber heute beispielsweise fest, dass Grundeigentum zukünftig nur mit der Maßgabe erworben werden kann, dass der Neueigentümer etwa den Wuchs bestimmter seltener Pflanzen darauf duldet, so bestimmt er damit zugleich den Inhalt des Schutzbereichs der individuellen Eigentumsgarantie für alle zukünftigen Eigentümer.

464 Gleichzeitig stellt aber die Festlegung dessen, was zukünftig Eigentum bzw. Erbrecht sein soll, häufig eine Beschränkung bereits bestehender Rechte dar. Sieht also im obigen Beispiel der Gesetzgeber vor, dass nicht bloß Neueigentümer, sondern alle Eigentümer bestimmte Pflanzen dulden müssen, bedeutet dies für alle bisherigen Eigentümer eine Beschränkung ihrer Rechtsposition, die eine Duldungspflicht nicht vorsah. Die Inhaltsbestimmung für zukünftige Neueigentümer stellt sich für die **bisherigen Eigentümer** als **Schrankenbestimmung** dar. Aus dieser Doppelwirkung einer Neubestimmung des Eigentums ergibt sich die Bezeichnung in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG als „Inhalts- und Schrankenbestimmung“.⁷¹

465



466 Auch wenn demnach Inhalts- und Schrankenbestimmungen häufig zusammenfallen, weil bestehendes und zukünftiges Eigentum zugleich betroffen sind, ist dies jedoch keineswegs zwingend. Es steht dem Gesetzgeber frei, bei einer Regelung bestehende Eigentumspositionen gänzlich unangetastet zu lassen. In diesem Fall stellt sich die Regelung lediglich als Inhaltsbestimmung ohne eine Beeinträchtigung bestehenden Eigentums, also ohne Eingriffscharakter, dar.

⁶⁹ BVerfGE 52, 1 (27) (Kleingarten).

⁷⁰ Vgl. Rn. 433 ff.

⁷¹ Wie hier auch z. B. BVerfGE 52, 1 (27) (Kleingarten); 72, 66 (76 f.) (Flughafen Salzburg); *Ehlers*, VVDStRL 51 (1992), 211 (225); anders aber etwa *Wieland*, in: Dreier, Art. 14 Rn. 90 ff.

Aus dieser im Einzelfall unterschiedlichen Wirkung ergibt sich auch der verfassungsrechtliche **Prüfungsmaßstab**: Schrankenbestimmungen sind als Eingriffe in bestehende Rechte vorrangig am Abwehrrecht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, daneben zugleich an der Institutsgarantie zu messen. Reine Inhaltsbestimmungen aber, die bestehende Rechtspositionen gänzlich unangetastet lassen, sind ausschließlich am Maßstab der Institutsgarantie zu überprüfen.

In der Praxis erfolgen **Eingriffe** in Eigentum und Erbrecht jedoch nicht lediglich durch den Gesetzgeber. Auch die **Verwaltung** und die **Gerichte** greifen in von Art. 14 GG geschützte Rechtspositionen ein. Droht beispielsweise ein Haus einzustürzen, kann die Verwaltung – gestützt auf Bauordnungsrecht – anordnen, dass zur Abwehr der Gefahr die Nutzung des Hauses gänzlich unterbleiben muss. Hier hat der Gesetzgeber mit den entsprechenden Vorschriften des Bauordnungsrechts lediglich den Rahmen festgelegt, in dem die Verwaltung zum Handeln berechtigt ist, also eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe im Einzelfall geschaffen. Diese gesetzliche Grundlage stellt in diesem Fall die Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Nichts anderes gilt auch in den Fällen, in denen beispielsweise ein Polizeieinsatz zu Eigentumsschäden führt. Auch hier ist die gesetzliche Grundlage des Polizeieinsatzes als Inhalts- und Schrankenbestimmung an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen. Der Schwerpunkt liegt in derartigen Fällen freilich auf der Frage, ob der konkrete Einsatz mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist. Wie detailliert die gesetzliche Regelung sein muss, ergibt sich wie auch sonst aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot und – für den Bereich des Parlaments – der Wesentlichkeitstheorie.⁷² Keinesfalls verlangt Art. 14 GG aber, dass der Gesetzgeber jede Kleinigkeit selbst regeln muss. Die Ausfüllung der Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Einzelfall darf also der Verwaltung überlassen werden. In dieser Hinsicht weist Art. 14 GG keinerlei Besonderheiten auf. Gegenüber bestehenden Eigentumspositionen kommt Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG in seiner **Wirkung** einem **einfachen Gesetzesvorbehalt** gleich.

2. Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG)

Abzugrenzen ist die Inhalts- und Schrankenbestimmung, d.h. die abstrakt-generelle Festlegung des Eigentumsinhalts durch den Gesetzgeber, von der Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG). Bedeutsam ist die Abgrenzung, weil die Enteignung nur unter strengen formellen und materiellen Voraussetzungen zulässig ist und zudem zwingend eine Entschädigungspflicht nach sich zieht (vgl. Art. 14 Abs. 3 GG); hinsichtlich der Inhalts- und Schrankenbestimmungen sieht das Grundgesetz hingegen keine besonderen Anforderungen vor. Nach jahrelangem Streit um die richtige Abgrenzung hat das BVerfG im Nassauskiesungsbeschluss 1981 eine klare Linie gezogen,⁷³ indem es der bis dato vertretenen Abgrenzung nach dem materiellen

⁷² Vgl. Rn. 405 f.

⁷³ BVerfGE 58, 300 (330 ff.) (Nassauskiesung); vorher sehr ähnlich auch schon BVerfGE 52, 1 (27) (Kleingarten).

467

468

469

Kriterium der Eingriffsintensität⁷⁴ eine Absage erteilt hat. Die Abgrenzung erfolgt nach **formellen Kriterien**: Enteignung ist allein der vollständige oder teilweise Entzug konkreter vermögenswerter Rechtspositionen durch gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Während also Inhalts- und Schrankenbestimmungen den Eigentumsinhalt abstrakt und generell festlegen, wird dem Eigentümer mit einer Enteignung eine konkrete Eigentumsposition ganz oder teilweise entzogen. Die weiteren Anforderungen des BVerfG ergeben sich unmittelbar aus dem Grundgesetz: Die Entziehung darf gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG nur der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen und muss zudem durch oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Nach dieser Rechtsprechung ist also nicht mehr die Schwere des Eingriffs, sondern dessen Form und Zweckrichtung maßgeblich. Im Einzelnen:

- 470 • Vollständiger oder teilweiser Entzug** meint die Entziehung einer Eigentumsposition dergestalt, dass der bisherige Eigentümer seine Rechtsstellung verliert. Regelmäßig ist damit zugleich die Übertragung der Position auf einen neuen Eigentümer verbunden, wenngleich das BVerfG dies nicht für zwingend hält.⁷⁵ In aller Regel ist die **Enteignung** aber als staatlicher **Güterbeschaffungsvorgang** zu begreifen.⁷⁶ Schon die Koppelung der Enteignung an eine obligatorische Entschädigung in Art. 14 Abs. 3 GG zeigt, dass sich die Enteignung als ein Sonderopfer darstellt, welches der Einzelne mit der Übertragung des Eigentums an den Staat zum Wohl der Allgemeinheit erbringt. Klassisches Beispiel ist die Enteignung von Grundstücken zum Bau von Verkehrswegen. In der Praxis gibt es jedoch Fälle, in denen eine Entziehung des Eigentums keineswegs ein derartiges Sonderopfer ist. Wichtigstes Beispiel sind die Vorschriften über den Verfall und die Einziehung nach den §§ 73, 74 StGB für durch Straftaten erlangte Gegenstände bzw. für das Tatwerkzeug.⁷⁷ Hier fehlt es an einem staatlichen Güterbeschaffungsvorgang, weil der Staat die enteignete Position nicht zu Gunsten eines konkreten Gemeinwohlprojekts verwenden will und es ihm daher nicht um den Erhalt der Sache selbst geht.⁷⁸

- 471** Zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt die Tatsache, dass auch der **teilweise Entzug** einer konkreten Position eine Enteignung darstellen kann. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass es auf den Entzug einer *formalen* Position ankommt. Zu fragen ist, ob eine rechtlich selbstständige oder jedenfalls verselbstständigungsfähige Rechtsposition entzogen wird, also vom Vollrecht ein Teil rechtlich abgetrennt wird.⁷⁹ Eindeutig ist dies dann der Fall, wenn nicht das ganze Grundstück,

⁷⁴ Etwa BGHZ 6, 270 (278 ff.); BVerwGE 5, 143 (145 f.); 19, 94 (99); auch „Schwellentheorie“ oder „Sonderopfertheorie“ genannt. Vgl. die 5. Auflage Rn. 470.

⁷⁵ BVerfGE 24, 367 (394) (Hamburgisches Deichordnungsgesetz); 83, 201 (211) (Bundesberggesetz).

⁷⁶ BVerfGE 104, 1 (10 f.) (Baulandumlegung); 115, 97 (112) (Halbteilungsgrundsatz II).

⁷⁷ BVerfGE 110, 1 (24 f.) (Erweiterter Verfall). Weitere Beispiele bei *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 414.

⁷⁸ Vgl. *Lege*, NJW 1993, 2565 (2567). Ähnlich *Ehlers*, VVdStRL 51 (1992), 211 (239 f.).

⁷⁹ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 47.

sondern lediglich ein Stück davon entzogen wird. Eine teilweise Enteignung soll aber auch dann vorliegen, wenn eine Dienstbarkeit begründet wird oder eine sonstige dingliche Belastung erfolgt.⁸⁰ Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkungen entziehen hingegen keine verselbstständigten Positionen und sind deshalb nicht als Enteignungen anzusehen.⁸¹

- **Konkrete vermögenswerte Rechtspositionen** sind alle Positionen, die Eigentum i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG darstellen. 472
- Der Entzug muss ferner durch gezielten hoheitlichen Rechtsakt erfolgen. Hoheitliche Rechtsakte sind alle rechtserheblichen Maßnahmen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts; dieses Merkmal bereitet kaum Probleme. Entscheidend ist aber, dass der Rechtsakt auch gezielt (**final**) sein muss. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Maßnahme auf den Entzug der Rechtsposition gerichtet ist und ihn folglich gerade bezweckt. Es genügt nicht, dass sich der Entzug als unbeabsichtigte Nebenfolge des Verwaltungshandelns darstellt.⁸² 473
- Schließlich muss die Enteignung zur **Erfüllung öffentlicher Aufgaben** erfolgen. Gemeint ist damit, dass der Staat ein Gemeinwohlziel verfolgen muss, dessen Bestimmung dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten ist.⁸³ Die Enteignung zugunsten (nur) privater Interessen ist unzulässig⁸⁴ und kann allenfalls als Inhalts- und Schrankenbestimmung gerechtfertigt werden.⁸⁵ Die Verfassung schließt Enteignungen zugunsten Privater gleichwohl nicht aus, wenn dahinter gewichtige öffentliche Interessen stehen.⁸⁶ 474

BVerfGE 58, 300 (330 ff.) (Nassauskiesung): „Bei der Prüfung der Regelung am Maßstab des Grundgesetzes ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Art. 14 GG in dreifacher Weise eigentumsrechtlich relevante Vorschriften erlassen kann. Das Eigentum als Zuordnung eines Rechtsgutes an einen Rechtsträger bedarf, um im Rechtsleben praktikabel zu sein, notwendigerweise der rechtlichen Ausformung. Demgemäß hat das Grundgesetz in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dem Gesetzgeber die Aufgabe übertragen, den **Inhalt und die Schranken des Eigentums** zu bestimmen. Solche Normen legen generell und abstrakt die Rechte und Pflichten des Eigentümers fest, bestimmen also den ‚Inhalt‘ des Eigentums. Der Gesetzgeber schafft damit auf der Ebene des objektiven Rechts diejenigen Rechtssätze, die die Rechtsstellung des Eigentümers begründen und ausformen; sie können privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur sein. Weiter hat der Gesetzgeber nach Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG die Möglichkeit, durch Gesetz einem bestimmten oder bestimmbar Personenkreis konkrete Eigentumsrechte zu entziehen, die auf Grund der allgemein geltenden Gesetze im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG rechtmäßig erworben worden sind. Schließlich kann der Gesetzgeber – ebenfalls nach Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG – der Exekutive die Ermächtigung erteilen, konkretes Eigentum Einzelner zu entziehen. Die

⁸⁰ BVerfGE 45, 297 (339) (Öffentliche Last); 56, 249 (260) (Gondelbahn).

⁸¹ Beispiel in BVerfGE 94, 1 (3 ff.).

⁸² Beispiel: Ein Polizist zerstört versehentlich einen privaten PKW. Vgl. Rn. 468.

⁸³ BVerfG, NVwZ 2014, 211 (214) (Garzweiler II).

⁸⁴ BVerfGE 74, 264 (284 f.) (Boxberg); BVerfG, NVwZ 2014, 211 (214) (Garzweiler II).

⁸⁵ Beispiele in BVerfGE 49, 220 (225) (Zwangsversteigerung III); 104, 1 (9) (Baulandumlegung). Die Entziehung einzelner Grundstücke nach den §§ 45 ff. BauGB zur Neuordnung eines Baugebiets im Interesse der Eigentümer ist daher eine Inhalts- und Schrankenbestimmung. Gleiches gilt für die Zwangsversteigerung zur Befriedigung privater Schuldner.

⁸⁶ BVerfGE 66, 248 (257) (Energiewirtschaftsgesetz); 74, 264 (284) (Boxberg).

Enteignung auf Grund Gesetzes (**Administrativenteignung**) erfordert einen behördlichen Vollzugsakt, der – anders als die **Legalenteignung** – mit Rechtsmitteln angefochten werden kann.“

474a Die Enteignung setzt zudem voraus, dass der Zugriff auf das Eigentum der hoheitlichen Beschaffung von Gütern – etwa eines Grundstückes – dient, um ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben, etwa den Bau einer Autobahn, durchzuführen. Die Enteignung muss sich als Güterbeschaffungsvorgang darstellen.⁸⁷ Einziehung, Verfall und Vernichtung nach straf- und polizeirechtlichen Bestimmungen sind daher keine Enteignung.

475

Rechtsprechung des BVerfG zur Abgrenzung Inhalts- und Schrankenbestimmung / Enteignung	
Inhalts- und Schrankenbestimmung	Enteignung
• Rechtliche Regelungen • mit denen der Gesetzgeber • Inhalt und Schranken des Eigentums • abstrakt und generell festlegt	• Vollständiger oder teilweiser Entzug • konkreter Eigentumspositionen • durch gezielten hoheitlichen Rechtsakt • zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben
Also: Abgrenzung allein nach Ziel und Form	
© Epping, Grundrechte	

476 Der Grund für die Rechtsprechung des BVerfG liegt maßgeblich in der **Struktur des Art. 14 GG** als normgeprägtem Grundrecht: Mittels einer Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG kommt der Gesetzgeber seinem Auftrag nach und begründet und gestaltet das Eigentum abstrakt und generell. Gänzlich anders liegt es hingegen, wenn der Gesetzgeber im Einzelfall auf konkrete Eigentumspositionen zugreift und diese dem Eigentümer zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben entzieht. Selbst eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, die besonders gravierende Einschnitte in bestehende Eigentumspositionen mit sich bringt, kann nie zum Entzug der konkreten Eigentumsposition im obigen Sinne führen. Sie kann allenfalls unverhältnismäßig stark in bestehende Rechte eingreifen und in diesem Fall verfassungswidrig und nichtig sein. Zu einer Enteignung wird sie gleichwohl nicht. Daher kann eine abstrakt-generell wirkende Inhalts- und Schrankenbestimmung schon logisch nicht in eine auf konkrete Rechtspositionen im Einzelfall bezogene Enteignung umschlagen.

477

⁸⁷ BVerfG, NJW 2017, 217 (224 f.) (Atomausstieg II).

Die Abgrenzung zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung nach formalen Kriterien beseitigt zudem die zahllosen **Rechtsunsicherheiten** der mittlerweile überholten Rechtsprechung.⁸⁸ Der Gesetzgeber muss sich bei Erlass des Gesetzes eindeutig entscheiden: Will er enteignen, muss er ein Gesetz erlassen, das entweder selbst unmittelbar die Eigentumsposition gegen eine zugleich im Einzelnen festgesetzte Entschädigung entzieht (Legalenteignung), oder aber er muss die Verwaltung zu Enteignungen „auf Grund eines Gesetzes“ (Art. 14 Abs. 3 S. 2 2. Alt. GG, Administrativenteignung) ermächtigen.⁸⁹ Im letzteren Fall muss die Verwaltung in der Einzelfallentscheidung zugleich die Entschädigung im Detail regeln; ist dies nicht der Fall, ist die Enteignung schon deshalb verfassungswidrig. Für den Bürger ist so **Rechtssicherheit** geschaffen. Er kann auf Grund der Form und der Zielrichtung des Eigentumseingriffs eindeutig sehen, ob eine Enteignung oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt. Hält der Bürger eine Eigentumsbeeinträchtigung – gleich welcher Art – für rechtswidrig, muss er diese unmittelbar vor den Verwaltungsgerichten angreifen (sog. Vorrang des Primärrechtsschutzes).⁹⁰ Eine Entschädigung kann der Bürger im Regelfall nur dann verlangen, wenn diese gesetzlich vorgesehen ist (vgl. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Ausnahmsweise kann im Staatshaftungsrecht unter den Gesichtspunkten des enteignenden und des enteignungsgleichen Eingriffs nach wie vor eine Entschädigung verlangt werden, wenn ein primärer Rechtsschutz nicht zur Verfügung steht.⁹¹

BVerfGE 58, 300 (323 f.) (Nassauskiesung): „Die Eigentumsgarantie schützt den konkreten Bestand in der Hand des einzelnen Eigentümers. Dieser braucht eine Entziehung seiner verfassungsrechtlich geschützten Rechtsstellung nur hinzunehmen, wenn der Eingriff in jeder Hinsicht den in Art. 14 Abs. 3 GG normierten Voraussetzungen entspricht. In einem solchen Fall tritt an die Stelle der Bestandsgarantie eine Wertgarantie, die sich auf Gewährung einer vom Gesetzgeber dem Grunde nach zu bestimmenden Entschädigung richtet. Dagegen ist die vom Grundgesetz vorgesehene Folge einer verfassungswidrigen ‚Enteignung‘ die Aufhebung des Eingriffsaktes.

Mit der Eröffnung des Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten hat das Grundgesetz dem von einer solchen Maßnahme Betroffenen mithin die Möglichkeit gegeben, den Verwaltungsakt selbst zu Fall zu bringen, wenn das zu Grunde liegende Gesetz wegen Fehlens einer Entschädigungsregelung oder auch aus anderem Grund nichtig ist. Dabei steht ihm als letztes Mittel die Verfassungsbeschwerde zur Verfügung, wenn die Verwaltungsgerichte sich seinem Vortrag, es handle sich um eine verfassungswidrige Enteignungsnorm, nicht anschließen. Für die Entscheidungskompetenz der ordentlichen Gerichte in Verfahren nach Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG ergeben sich aus dieser Rechtslage folgende Konsequenzen: Sieht der Bürger in der gegen ihn gerichteten Maßnahme eine Enteignung, so kann er eine Entschädigung nur einklagen, wenn hierfür eine gesetzliche Anspruchsgrundlage vorhanden ist. Fehlt sie, so muss er sich bei den Verwaltungsgerichten um die Aufhebung des Eingriffsaktes bemühen. Er kann aber nicht unter Verzicht auf die Anfechtung eine ihm vom Gesetz nicht zugebilligte Entschädigung beanspruchen; mangels gesetzlicher Grundlage können die Gerichte auch keine Entschädigung zusprechen.

⁸⁸ Vgl. die 5. Auflage unter Rn. 480.

⁸⁹ Diese strikte Gesetzesbindung einer Entschädigung hat zudem den Vorteil, dass das Budgetrecht des Parlaments gewahrt wird, vgl. Rn. 488 f.

⁹⁰ BVerfGE 58, 300 (323) (Nassauskiesung). Vgl. zu den Anforderungen an den Rechtsschutz gegen Enteignungen BVerfG, NVwZ 2014, 211 (216 f.) (Garzweiler II).

⁹¹ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 87 ff.

Der Betroffene hat hiernach kein Wahlrecht, ob er sich gegen eine wegen Fehlens der gesetzlichen Entschädigungsregelung rechtswidrige ‚Enteignung‘ zur Wehr setzen oder unmittelbar eine Entschädigung verlangen will. Lässt er den Eingriffsakt unanfechtbar werden, so verfällt seine Entschädigungsklage der Abweisung. Wer von den ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Möglichkeiten, sein Recht auf Herstellung des verfassungsmäßigen Zustandes zu wahren, keinen Gebrauch macht, kann wegen eines etwaigen, von ihm selbst herbeigeführten Rechtsverlustes nicht anschließend von der öffentlichen Hand Geldersatz verlangen.“

3. Sozialisierung (Art. 15 GG)

- 478** Möglich ist nach dem Grundgesetz ferner die Vergesellschaftung (Sozialisierung) von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln. Vergesellschaftung meint, dass die genannten Güter in Gemeineigentum überführt und damit privater Verfügungsmacht entzogen werden.⁹² Die Sozialisierung stellt sich insofern als besondere Form der Enteignung dar (vgl. Art. 15 S. 2 GG). Praktische Bedeutung hat Art. 15 GG in der Bundesrepublik nicht erlangt. Die Vorschrift belegt aber, dass das Grundgesetz hinsichtlich der Wirtschaftsordnung grundsätzlich neutral⁹³ ausgerichtet ist und sowohl die Gemein- wie auch die Privatwirtschaft erlaubt, soweit nicht gegen sonstige Grundrechte verstoßen wird. Art. 15 GG enthält allerdings keinen Sozialisierungsauftrag und steht Privatisierungen nicht entgegen.⁹⁴

V. Rechtfertigung von Eingriffen

- 479** Unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff in das Grundrecht des Art. 14 GG gerechtfertigt ist, hängt davon ab, ob eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, eine Enteignung oder – kaum anzunehmen – gar eine Sozialisierung vorliegt.

1. Rechtfertigung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen

- 480** Liegt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vor, die in vorhandenes Eigentum eingreift, gelten für deren Rechtfertigung die bekannten Voraussetzungen: Das zu Grunde liegende Gesetz muss formell und materiell der Verfassung entsprechen und darf gegebenenfalls auch in der konkreten Anwendung nicht gegen Verfassungsrecht verstoßen. Wichtig ist vor allem die Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Die Inhalts- und Schrankenbestimmung muss einem legitimen Zweck dienen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein. Besonderheiten weist Art. 14 GG vor allem hinsichtlich der Angemessenheit von Eingriffen auf.

⁹² Vgl. zu den Einzelheiten *Hummel*, JuS 2008, 1065 ff. mit Beispielen.

⁹³ BVerfGE 4, 7 (17 f.) (Investitionshilfe); 7, 377 (400) (Apotheken-Urteil). Vgl. zu Art. 15 GG auch die Materialien zu seiner Entstehung in JöR 1 (1951), S. 154 ff. mit Fn. 34.

⁹⁴ BVerfGE 12, 354 (364) (Volkswagenprivatisierung).

a) Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG)

„Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“ – mit diesen Worten umschreibt das Grundgesetz die Pflicht des Gesetzgebers, bei der Festlegung von Inhalt und Schranken des Eigentums das Allgemeinwohl mitzubedenken. Das Grundgesetz enthält mit Art. 14 Abs. 2 GG eine **Absage an einen unbeschränkten Gebrauch des Eigentumsgrundrechts** und fordert stattdessen eine Bindung der Eigentümerbefugnisse an die Bedürfnisse der Allgemeinheit. Art. 14 Abs. 2 GG stellt sich damit als Ausprägung des Sozialstaatsgebots (Art. 20 Abs. 1 GG) dar.⁹⁵ Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, in diesem Spannungsfeld zwischen individueller Freiheit und dem Gebot einer sozial gerechten Eigentumsordnung zu ausgleichenden Lösungen zu kommen.

481

BVerfGE 72, 66 (77 f.) (Flughafen Salzburg): „Bei der Erfüllung des ihm in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG erteilten Auftrags, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, muss der Gesetzgeber beiden Elementen des im Grundgesetz angelegten Verhältnisses von verfassungsrechtlich garantierter Rechtsstellung und dem Gebot einer sozialgerechten Eigentumsordnung in gleicher Weise Rechnung tragen; **er muss die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung steht mit den verfassungsrechtlichen Vorstellungen eines sozialgebundenen Privateigentums nicht in Einklang. Dem entspricht die Bindung des Gesetzgebers an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.** Das Wohl der Allgemeinheit ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die dem Eigentümer aufzuerlegenden Beschränkungen. Um vor der Verfassung Bestand zu haben, müssen sie vom geregelten Sachbereich her geboten und auch in ihrer Ausgestaltung sachgerecht sein. Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse dürfen nicht weiter gehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient. In jedem Fall fordert die verfassungsrechtliche Gewährleistung die Erhaltung der Substanz des Eigentums und die Beachtung des Gleichheitsgebots des Art. 3 Abs. 1 GG.“

Art. 14 Abs. 2 GG selbst enthält allerdings **keine Ermächtigung** zur Einschränkung des Eigentumsgrundrechts; diese ist vielmehr in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG enthalten. Demgegenüber wird Art. 14 Abs. 2 GG bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant: Im Rahmen der **Abwägung** kommt der Sozialbindung die Funktion zu, das Gewicht sozialer Belange als Grund für Beschränkungen des Eigentums zu stärken und folglich sozial motivierte Einschränkungen unter erleichterten Voraussetzungen zu rechtfertigen. Jedoch muss immer ein Ausgleich gefunden werden, der auch die individuelle Freiheit des Eigentümers hinreichend berücksichtigt.⁹⁶ Je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist, umso eher sind Einschränkungen gerechtfertigt. Umgekehrt nehmen die Anforderungen an die Rechtfertigung mit steigender Wichtigkeit des Eigentums für die Sicherung der persönlichen Freiheit des Eigentümers zu.⁹⁷

482

BVerfGE 70, 191 (201) (Fischereirechte): „Die Grenzen der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers sind nicht für alle Sachbereiche gleich und auch nicht ein für alle Mal starr

⁹⁵ BVerfGE 25, 112 (117) (Nds. Deichgesetz).

⁹⁶ BVerfGE 25, 112 (117) (Nds. Deichgesetz); 72, 66 (77 f.) (Flughafen Salzburg); 100, 226 (240) (Denkmalschutz).

⁹⁷ BVerfGE 70, 191 (201) (Fischereirechte).

festgelegt. Die Reichweite des Schutzes der Eigentumsgarantie bemisst sich zum einen danach, welche Befugnisse einem Eigentümer zum Zeitpunkt der gesetzgeberischen Maßnahme konkret zustehen. Zum andern ist die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht. Soweit es um die Funktion des Eigentums als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht, genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz; soweit der Nichteigentümer seinerseits der Nutzung des Eigentumsobjekts zu seiner Freiheitssicherung und verantwortlichen Lebensgestaltung bedarf, umfasst das grundgesetzliche Gebot einer am Gemeinwohl orientierten Nutzung die Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Nichteigentümer. Veränderte wirtschaftliche und gesellschaftliche Verhältnisse können zu einer Verschiebung der Maßstäbe führen.“

b) Situationsgebundenheit des (Grund-)Eigentums

483 Ein weiterer Maßstab für die Angemessenheitsprüfung ist die sog. Situationsgebundenheit des Eigentums, die die Rechtsprechung als Ausprägung der Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) bei Beschränkungen des Grundeigentums heranzieht. Der Begriff entstammt der alten Entschädigungsrechtsprechung des BGH⁹⁸, er wird aber auch in der jüngeren Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte regelmäßig verwendet.⁹⁹ Das BVerfG selbst verwendet den Begriff zwar nur zurückhaltend,¹⁰⁰ in der Sache aber gibt es wohl keine Differenzen:¹⁰¹ Situationsgebundenheit des Eigentums meint, dass der Gesetzgeber – will er Inhalt und Schranken des Eigentums festlegen – bestimmte Voraussetzungen vorfindet. Dazu gehören bei Grundstücken insbesondere die **Lage im Raum, die Beschaffenheit und die Umweltbeziehungen**. Grundeigentum wird durch seine konkrete Situation geprägt. Der Prägung des Grundeigentums kann sich der Gesetzgeber auf zwei Arten nähern: Entweder kann er ohne Rücksicht auf die bestehende Situation Regelungen schaffen, die unter Umständen zu einer völlig neuen Prägung des Eigentums führen. Er kann aber auch an die vorgefundene Situation anknüpfen und situationsgebundene Regelungen schaffen. Anschauliche Beispiele liefert das Naturschutzrecht: Der Gesetzgeber könnte die Umwandlung aller Grundstücke in einem bestimmten Gebiet in Sümpfe anordnen, auch wenn sämtliche Grundstücke bisher als Wälder genutzt werden und Sümpfe natürlicherweise in der Region nicht vorkommen. Der Gesetzgeber könnte aber auch bestehende Sümpfe unter strengen Schutz stellen oder die Renaturierung bestehender, aber degradierter Sumpfflächen anordnen. Während der Gesetzgeber im ersten Fall unabhängig von bestehenden Gegebenheiten rechtliche Regelungen trifft, nimmt er im zweiten Fall bestehende Umweltfaktoren zum Anlass einer Regelung.¹⁰² Dieses unterschiedliche Vorgehen weist unterschiedliche Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen auf: Knüpft ein Eingriff an bestehende Umweltbeziehungen an und zeichnet die Situationsgebundenheit des Eigentums nach, ist die Rechtfertigungslast gemindert. Umgekehrt wird die Last umso höher, je

⁹⁸ Vgl. BGHZ 23, 30 (35); 90, 4 (15).

⁹⁹ Vgl. BVerwGE 84, 361 (371); 94, 1 (4).

¹⁰⁰ Etwa BVerfGE 74, 264 (280) (Boxberg).

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 21, 73 (82 f.) (Grundstücksverkehrsgesetz); 52, 1 (32 f.) (Kleingarten).

¹⁰² Dazu *Lege*, JZ 1994, 431 (438 f.).

stärker Eingriffe umgestaltenden Charakter tragen und sich nicht an bestehenden Gegebenheiten orientieren.

c) Bestehende Rechte: Vertrauensschutz und Übergangsregelungen

Aus der besonderen Normstruktur des Art. 14 GG ergibt sich, dass Inhaltsbestimmungen des Eigentums für die Zukunft gleichzeitig als Schrankenbestimmungen für bestehende Eigentumspositionen wirken und in bestehende Eigentumspositionen eingreifen können. Für die Betroffenen sind derartige Eingriffe vor allem dann problematisch, wenn sie berechtigterweise auf den Bestand einer Position vertraut haben. Auf ein derartiges, möglicherweise über Jahre entstandenes **schutzwürdiges Vertrauen** muss der Gesetzgeber auch dann Rücksicht nehmen, wenn eine Inhalts- und Schrankenbestimmung durch Allgemeinwohlbelange grundsätzlich gerechtfertigt erscheint. Dies gebietet auch das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Vertrauensschutzprinzip¹⁰³, das für die vermögenswerten Güter im Eigentumsgrundrecht eine besondere Ausprägung erfahren hat.¹⁰⁴ Keinen Vertrauensschutz genießen allerdings illegale Nutzungen wie etwa die unerlaubte Ausbeutung von Bodenschätzen. Liegt schutzwürdiges Vertrauen hinsichtlich von einer Neuregelung betroffener Eigentumspositionen vor, besteht eine erhöhte Rechtfertigungslast des Gesetzgebers. Die Gründe des öffentlichen Interesses, die für den Eingriff sprechen, müssen so schwer wiegend sein, dass sie Vorrang haben vor dem Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand seines Rechts.¹⁰⁵

Dem Gesetzgeber bietet sich allerdings ein **Ausweg** an, der in der Praxis auch häufig beschritten wird: Er kann **Übergangsregelungen** schaffen, die bestehende Positionen entweder von der Neuregelung ausnehmen¹⁰⁶ oder aber die Belastungen etwa durch eine stufenweise Einführung etc. verringern. Übergangsregelungen für Alteigentümer verringern die Rechtfertigungslast des Gesetzgebers, und zwar umso stärker, je umfassender er bestehende Rechtspositionen verschont.

BVerfGE 83, 201 (212 f.) (Bundesberggesetz): „Der Gesetzgeber darf nicht nur nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG Eigentumsrechten einen neuen Inhalt geben. Ebenso wie er neue Rechte einführen darf, kann er auch das Entstehen von Rechten, die nach bisherigem Recht möglich waren, für die Zukunft ausschließen. Es ist ihm auch nicht ausnahmslos verwehrt, die nach altem Recht begründeten Rechte der Neuregelung anzugleichen, selbst wenn dabei die bisher mit dem Recht verbundenen Befugnisse eingeschränkt werden; die Eigentums-garantie gebietet insoweit nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen. **Selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentums-garantie geschützter Rechtspositionen kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein.**

Der Gesetzgeber unterliegt dabei jedoch **besonderen verfassungsrechtlichen Schranken**. Voraussetzung der Zulässigkeit eines Eingriffs in bestehende Rechtspositionen durch eine gesetzliche Neuregelung ist zunächst, dass die Neuregelung als solche, unabhängig von der Frage der Beseitigung oder Einschränkung bestehender Rechtspositionen, verfassungsmäßig ist. Der Eingriff in die nach früherem Recht entstandenen Rechte muss darüber hinaus

¹⁰³ Vgl. allgemein *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 20 Rn. 146 ff.

¹⁰⁴ BVerfGE 36, 281 (293) (Patentanmeldungen); 45, 142 (168) (Rückwirkende Verordnungen).

¹⁰⁵ BVerfGE 83, 201 (212) (Bundesberggesetz).

¹⁰⁶ In diesem Fall fehlt es bereits an einem Eingriff, vgl. Rn. 466.

durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein. Die Gründe des öffentlichen Interesses, die für einen solchen Eingriff sprechen, müssen so schwer wiegend sein, dass sie Vorrang haben vor dem Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand seines Rechts, das durch die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gesichert wird. Auch das Ausmaß des zulässigen Eingriffs hängt vom Gewicht des dahinter stehenden öffentlichen Interesses ab.

Selbst wenn Art. 14 Abs. 3 GG nicht unmittelbar eingreift, ist das darin zum Ausdruck kommende Gewicht des Eigentumsschutzes bei der vorzunehmenden Abwägung zu beachten, da sich der Eingriff für den Betroffenen wie eine (Teil- oder Voll-)Enteignung auswirkt. Der Gesetzgeber muss danach die Umgestaltung oder Beseitigung eines Rechts zwar nicht durchweg mit einer Entschädigungs- oder Übergangsregelung abmildern. Die völlige, übergangs- und ersatzlose Beseitigung einer Rechtsposition kann jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht kommen. Durch das bloße Bedürfnis nach Rechtseinheit im Zuge einer Neuregelung wird sie nicht gerechtfertigt.“

d) Die „ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung“

486 Schließlich gibt es Fallgestaltungen, in denen sich eine Maßnahme trotz bestehender Übergangsregelungen als unverhältnismäßig darstellt oder aber Übergangsregelungen mit dem Regelungsziel vollkommen unvereinbar sind. Besonders häufig sind solche Fälle im Bau-, Denkmalschutz- und Naturschutzrecht. Gerade die beiden letzteren Rechtsbereiche enthalten Vorschriften¹⁰⁷, nach denen empfindliche Auflagen für Erhalt und Nutzung des Eigentums gemacht werden können. So gibt es etwa Erhaltungsaufgaben für denkmalgeschützte Gebäude und Naturschutzgebiete, deren finanzielle Lasten für den Eigentümer den Nutzwert des Eigentums weit übersteigen. Auch eine vollständige Nutzungsuntersagung ist möglich und kommt in der Praxis nicht selten vor. Im Extremfall bleibt in den genannten Fällen zwar das Eigentum als **formale Position unangetastet**; der wirtschaftliche Wert des Eigentums, die Verfügungs- und die Nutzungsbefugnis werden hingegen komplett aufgehoben. Das Eigentum verbleibt quasi als „**leere Hülle**“ ohne jeden wirtschaftlichen oder praktischen Wert und wird im Gegenteil sogar zur Belastung. Dennoch stellen solche Fälle **keine Enteignung**¹⁰⁸ und auch keine teilweise Enteignung dar, da es am Entzug der konkreten verselbstständigten Position fehlt.¹⁰⁹ Das Eigentum verbleibt in der Hand des Eigentümers. Entsprechend besteht keine Entschädigungspflicht nach Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG.

487 Auch wenn es sich also in diesen Fällen um Inhalts- und Schrankenbestimmungen handelt, genügen regelmäßig weder die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14

¹⁰⁷ Beispielsweise § 6 NDSchG, §§ 13 ff. BNatSchG.

¹⁰⁸ Anders war dies nach der alten Rechtsprechung des BGH, die hier eine Enteignung auf Grund der Schwere des Eingriffs annahm. Auch wenn diese Rechtsprechung längst überholt und mit der ständigen Rechtsprechung des BVerfG in keiner Weise zu vereinbaren ist, halten in der Literatur manche Autoren (z. B. *Wendt*, in: Sachs, GG, Art. 14 Rn. 150a, und *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 48) daran fest, dass in schweren Fällen die Inhalts- und Schrankenbestimmung in eine Enteignung umschlagen soll. Diese Ansicht ist abzulehnen (so z. B. auch *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 80 ff.). Sie steht mit dem formalen Enteignungsbegriff nicht in Einklang, lässt die überwundenen Rechtsunsicherheiten wieder aufleben und führt gegenüber der neuen Rechtsprechung des BVerfG, vgl. etwa BVerfGE 100, 226 (240 ff.) (Denkmalschutz) auch zu keinem Gewinn an Gerechtigkeit im Einzelfall.

¹⁰⁹ BVerfGE 100, 226 (240) (Denkmalschutz).

Abs. 2 GG) noch der Verweis auf dessen Situationsgebundenheit, um die Belastungen zu rechtfertigen, die sich für den Einzelnen als übermäßig darstellen. Diese Problematik hat auch das BVerfG gesehen: Ausgangspunkt der sog. **Pflichtexemplarentscheidung**¹¹⁰ war eine Regelung im hessischen Landespressegesetz, die die unentgeltliche Ablieferung von Pflichtexemplaren an im Einzelnen bezeichnete hessische Landesbibliotheken vorsah.¹¹¹ Gegen diese Ablieferungspflicht klagte ein Verleger, der äußerst aufwändige und teure Nachdrucke alter Schriften in sehr kleinen Auflagen produzierte. Angesichts der kleinen Auflage und der hohen finanziellen Belastung sah er die Regelung als unverhältnismäßig an. Dem schloss sich das BVerfG an und stellte fest, „dass bei wertvollen Druckwerken mit niedriger Auflage eine kostenlose Pflichtablieferung die Grenzen verhältnismäßiger und noch zumutbarer inhaltlicher Festlegung des Verlegereigentums überschreitet“.¹¹² Daraus leitete insbesondere das BVerwG im Umkehrschluss ab, dass eine Entschädigung in derartigen Fällen eigentlich unverhältnismäßiger Inhalts- und Schrankenbestimmungen zur Verhältnismäßigkeit des Eingriffs führen könne.¹¹³ Damit war die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung entstanden. Die Zahlung des Ausgleichs mindert die Belastung für den Eigentümer und stellt in Folge dessen die ohne Ausgleich fehlende **Verhältnismäßigkeit** des Eingriffs erst her. Praktisch erlangten ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen in den Folgejahren eine erhebliche Bedeutung. Insbesondere im Naturschutzrecht sind finanzielle Ausgleichszahlungen für gravierende Beschränkungen heute die Regel. Streng zu trennen ist die Zahlung eines Ausgleichs für eine ansonsten unverhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung von der Enteignungsentschädigung: Während der Ausgleich seinen **Ursprung in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG** findet, wird die Enteignungsentschädigung auf Grund von Art. 14 Abs. 3 GG gewährt. Dies darf keinesfalls verwechselt werden.

Das BVerfG hat diese Rechtsprechung des BVerwG 1999 in der **Denkmalschutzentscheidung** bestätigt, zugleich aber auch die **Grenzen ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmungen** aufgezeigt.¹¹⁴ Die Entscheidung betraf bestimmte Normen des rheinland-pfälzischen Denkmalschutzgesetzes, die bei einer Unterschutzstellung im Einzelfall zu gravierenden finanziellen Belastungen bei minimalen Nutzungsmöglichkeiten führen konnten. Eine Entschädigungsmöglichkeit sah das Gesetz nur in Form einer sog. **salvatorischen Klausel**¹¹⁵

488

¹¹⁰ BVerfGE 58, 137 ff. (Pflichtexemplar).

¹¹¹ Die Ablieferungspflicht stellt keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar. Denn dem Verleger werden nicht konkrete Eigentumspositionen entzogen, sondern es wird an das Verlegen von Druckwerken eine allgemeine Ablieferungspflicht geknüpft. Welche konkreten Stücke der Verleger den Bibliotheken übereignet, bleibt ihm selbst überlassen. Vgl. BVerfGE 58, 137 (145) (Pflichtexemplar).

¹¹² BVerfGE 58, 137 (150) (Pflichtexemplar).

¹¹³ Etwa BVerwGE 77, 295 (297 f.); 84, 361 (367 f.); 94, 1 (5 ff.). Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 79 ff. m. w. N.

¹¹⁴ BVerfGE 100, 226 ff. (Denkmalschutz).

¹¹⁵ § 31 Abs. 1 DSchPflg RP a. F.: „Kann auf Grund einer auf diesem Gesetz beruhenden Maßnahme die bisher rechtmäßig ausgeübte Nutzung eines Gegenstandes nicht mehr fortgesetzt werden und wird hierdurch die wirtschaftliche Nutzbarkeit insgesamt erheblich beschränkt, so hat das

vor, die eine mögliche Entschädigung in wenig bestimmter Form der Verwaltung überließ. Das BVerfG akzeptierte in dieser Entscheidung erstmals explizit die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung als Ergänzung seiner bisherigen Rechtsprechung. Sieht der Gesetzgeber einen finanziellen Ausgleich vor, kann dies zur Rechtfertigung eines ansonsten unverhältnismäßigen Eingriffs führen. Allerdings zog das BVerfG zugleich eine wichtige Grenze: Die Festsetzung der konkret zu leistenden Entschädigung muss zeitgleich mit dem Eingriff erfolgen¹¹⁶ und zudem im Gesetz ihre eindeutige Grundlage finden. Hingegen kann eine **Entschädigung nicht ohne gesetzliche Grundlage** gewährt werden, die im Einzelnen die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht festlegt.¹¹⁷ Salvatorische Klauseln sind, da sie auf Grund ihrer Unbestimmtheit diesen Anforderungen nicht genügen, unzulässig. Vorrangig ist zudem weiterhin die **Bestandsgarantie des Eigentums**: Der Gesetzgeber muss sich zunächst bemühen, ohne Ausgleich unverhältnismäßige Maßnahmen gänzlich zu vermeiden und Dispens- bzw. Übergangsregelungen bereitzustellen, bevor er als letztes Mittel zur Entschädigung greift.¹¹⁸ Schließlich stellt das BVerfG fest, in Fällen, in denen das Eigentum tatsächlich gänzlich ausgehöhlt werde, könne sich die Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG als milderes Mittel darstellen.¹¹⁹ In derartigen Fällen wäre die Inhalts- und Schrankenbestimmung also bereits nicht erforderlich.

BVerfGE 100, 226 (245 f.) (Denkmalschutz): „Ausgleichsregelungen im Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG müssen den folgenden Anforderungen entsprechen:

aa) Sie bedürfen einer **gesetzlichen Grundlage**. Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers. Er ist gehalten, die verfassungsrechtlichen Grenzen inhaltsbestimmender Gesetze zu wahren, und darf, wenn er ein zwingendes Verbot ausspricht, nicht darauf vertrauen, dass die Verwaltung oder die Gerichte Verletzungen der Eigentumsgarantie gegebenenfalls durch ausgleichende Vorkehrungen oder Geldleistungen vermeiden. Soweit kompensatorische Entschädigungsansprüche begründet werden sollen, kann dies ohnehin, auch mit Rücksicht auf das Budgetrecht des Parlaments, nur durch ein Gesetz geschehen.

bb) **Ausgleichsregelungen, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in besonderen Härtefällen wahren sollen, sind unzulänglich, wenn sie sich darauf beschränken, dem Betroffenen einen Entschädigungsanspruch in Geld zuzubilligen.** Die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verlangt, dass **in erster Linie Vorkehrungen getroffen werden, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden** und die Privatnützigkeit des Eigentums so weit wie möglich erhalten. Als Instrumente stehen dem Gesetzgeber hierfür Übergangsregelungen, Ausnahme- und Befreiungsvorschriften sowie der Einsatz sonstiger administrativer und technischer Vorkehrungen zur Verfügung. Ist ein solcher Ausgleich im Einzelfall nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, kann für diesen Fall ein finanzieller Ausgleich in Betracht kommen, oder es kann geboten

Land eine angemessene Entschädigung zu leisten. Das Gleiche gilt, wenn die Maßnahme in sonstiger Weise enteignend wirkt.“

¹¹⁶ Eine Ausnahme aus praktischen Gründen enthält BVerfGE 102, 1 (24) (Altlasten).

¹¹⁷ BVerfGE 100, 226 (245) (Denkmalschutz). Vgl. auch schon BVerfGE 79, 174 (192) (Straßenverkehrslärm).

¹¹⁸ BVerfGE 100, 226 (245 f.) (Denkmalschutz). Vgl. Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, S. 510 f.

¹¹⁹ BVerfGE 100, 226 (243) (Denkmalschutz).

sein, dem Eigentümer einen Anspruch auf Übernahme durch die öffentliche Hand zum Verkehrswert einzuräumen.

cc) Wie der Gesetzgeber auf normativer Ebene mit der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums auch Voraussetzungen, Art und Umfang des Ausgleichs sonst unverhältnismäßiger Belastungen zu regeln hat, **muss die Verwaltung bei der Aktualisierung der Eigentumsbeschränkung zugleich über den gegebenenfalls erforderlichen Ausgleich zumindest dem Grunde nach entscheiden.** Ein Eigentümer, der einen ihn in seinem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG beeinträchtigenden Verwaltungsakt für unverhältnismäßig hält, muss ihn im Verwaltungsrechtsweg anfechten. Lässt er ihn bestandskräftig werden, so kann er eine Entschädigung auch als Ausgleich im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG nicht mehr einfordern. Der Betroffene muss sich daher entscheiden, ob er den die Eigentumsbeschränkung aktualisierenden Eingriffsakt hinnehmen oder anfechten will. Diese Entscheidung kann er sinnvoll nur treffen, wenn er weiß, ob ihm ein Ausgleich zusteht. Es ist dem Betroffenen nicht zuzumuten, einen Verwaltungsakt, den er für unvereinbar mit der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes hält, in der unsicheren Erwartung eines nachträglich in einem anderen Verfahren zu bewilligenden Ausgleichs bestandskräftig werden zu lassen. Auch die Verwaltungsgerichte müssen, um die Rechtmäßigkeit eines in Eigentumspositionen eingreifenden Verwaltungsaktes abschließend beurteilen zu können, wissen, ob und in welcher Weise eine anderenfalls unzumutbare Belastung ausgeglichen wird. Der Gesetzgeber hat seine materiellrechtlichen Ausgleichsregelungen deshalb durch verwaltungsverfahrenrechtliche Vorschriften zu ergänzen, die sicherstellen, dass mit einem die Eigentumsbeschränkung aktualisierenden Verwaltungsakt zugleich über einen dem belasteten Eigentümer gegebenenfalls zu gewährenden Ausgleich entschieden wird; bei finanzieller Kompensation ist zumindest dem Grunde nach über das Bestehen des Anspruchs zu entscheiden.“

2. Rechtfertigung von Enteignungen

Fall 15: Enteignung für Arbeitsplätze

Die Gemeinde Boxberg (Baden-Württemberg) erließ einen Bebauungsplan „Sondergebiet Prüfgelände“. Mit dessen Festsetzungen sollten die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden, um der Firma Daimler AG die Anlage eines Geländes zu Prüf-, Mess- und Erprobungszwecken für Kraftfahrzeuge auf einer bisher land- und forstwirtschaftlich genutzten Fläche von 614 ha zu ermöglichen. Wie in den Begründungen zu dem Bebauungsplan unter Bezugnahme auf ein Strukturgutachten näher dargelegt, ist der Wirtschaftsraum der Gemeinde landwirtschaftlich geprägt und strukturschwach. Von dem Prüfgelände versprach sich die Gemeinde eine erhebliche Anzahl neuer Arbeitsplätze sowie eine Verbesserung ihrer Steuereinnahmen. Bereits während des Bebauungsplanverfahrens erwarb die Firma Daimler AG landwirtschaftliche Grundstücke innerhalb des von dem Bebauungsplan erfassten Gebietes. Ein vollständiger freihändiger Grunderwerb scheiterte daran, dass ein einzelner Grundeigentümer (G) nicht zum Verkauf seiner landwirtschaftlich genutzten Grundstücke bereit war. Diese Grundstücke waren für die Planverwirklichung jedoch unentbehrlich. Daher enteignete die Gemeinde Boxberg im Jahr 2001 nach erfolglosen Vermitt-

lungsversuchen zwischen G und Daimler die Grundstücke auf Grundlage der § 85 Abs. 1 Nr. 1, § 86 Abs. 1 Nr. 1, § 87 Abs. 1, § 93 Abs. 1 BauGB in formell rechtmäßiger Weise und setzte zugleich eine angemessene Entschädigung fest. Zur Begründung führte die Gemeinde aus, der Bebauungsplan lasse sich ohne Zugriff auf die Grundstücke des G nicht realisieren. Zudem erfordere das Wohl der Allgemeinheit die Enteignung, da nur so neue Arbeitsplätze geschaffen und die Wirtschaftskraft der Gemeinde erhöht werden könnten.

G ist über die Enteignung empört. Insbesondere missfällt ihm, dass mit der Daimler AG ein privates Unternehmen von der Enteignung profitiert. Nicht das Allgemeinwohl, sondern private Kapitalinteressen seien für die Enteignung maßgeblich. Die Gemeinde Boxberg habe sich zum Handlanger von Daimler gemacht. G erhebt eine zulässige Verfassungsbeschwerde zum BVerfG. Ist die Verfassungsbeschwerde begründet?

§ 85 Abs. 1 Nr. 1 BauGB: Nach diesem Gesetzbuch kann nur enteignet werden, um entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans ein Grundstück zu nutzen oder eine solche Nutzung vorzubereiten (...).

§ 86 Abs. 1 Nr. 1 BauGB: Durch Enteignung können das Eigentum an Grundstücken entzogen (...) werden (...).

§ 87 Abs. 1 BauGB: Die Enteignung ist im einzelnen Fall nur zulässig, wenn das Wohl der Allgemeinheit sie erfordert und der Enteignungszweck auf andere zumutbare Weise nicht erreicht werden kann.

§ 93 Abs. 1 BauGB: Für die Enteignung ist Entschädigung zu leisten.

Fall stark vereinfacht nach BVerfGE 74, 264 ff. (Boxberg)

- 490** Die Anforderungen an eine Enteignung ergeben sich im Wesentlichen unmittelbar aus Art. 14 Abs. 3 GG: Danach muss die Enteignung durch oder auf Grund eines Gesetzes zum Wohle der Allgemeinheit gegen Zahlung einer angemessenen Entschädigung erfolgen.

- a) „Durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG)**
- 491** Enteignungen unterliegen als Eingriffe in das Eigentumsgrundrecht dem Vorbehalt des Gesetzes.¹²⁰ Dabei erlaubt das Grundgesetz sowohl die sog. **Administrativenteignung** („auf Grund eines Gesetzes“) wie auch die **Legalenteignung**¹²¹ („durch Gesetz“). Enteignungen bedürfen also in jedem Fall einer gesetzlichen Grundlage, die hinreichend bestimmt die Einzelheiten regeln muss. Dazu gehört insbesonde-

¹²⁰ Vgl. Rn. 404 ff.

¹²¹ Auch: Legislativenteignung.

re die Festlegung des Enteignungszwecks, also des mit der Enteignung verfolgten Gemeinwohlziels.¹²²

Besonderheiten gelten für die Legalenteignung.¹²³ Diese ist nach der Rechtsprechung des BVerfG trotz der Gleichstellung in Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG nur ausnahmsweise zulässig.¹²⁴ Denn bei einer Enteignung durch ein formelles Gesetz – eine Enteignung durch Rechtsverordnung ist eine Administrativenteignung – sind die Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers drastisch verkürzt, was im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG problematisch ist. Rechtsschutz gegen formelle Gesetze ist nur durch das BVerfG möglich; die thematisch eigentlich zuständigen Verwaltungsgerichte können aufgrund von Art. 100 Abs. 1 GG keine Abhilfe schaffen. Zudem stellt die konkrete Entscheidung im Einzelfall im Sinne der Gewaltenteilung eine typische Verwaltungsaufgabe dar, die nicht ohne zwingende Gründe in die Hände des Gesetzgebers gelegt werden darf (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG). Auf Grund systematischer und teleologischer Erwägungen wird Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG daher einschränkend ausgelegt.

492

b) „zum Wohle der Allgemeinheit“ (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG)

Enteignungen sind ferner nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig. Erforderlich ist ein legitimes Allgemeinwohlinteresse; im Hinblick darauf muss der Eingriff im Einzelfall verhältnismäßig sein. Bei der Auswahl der **Gemeinwohlziele** steht dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zu; sie ist nur eingeschränkter verfassungsgerichtlicher Kontrolle zugänglich. Von Verfassungen wegen von vornherein ausgeschlossen sind lediglich Enteignungszwecke, die ausschließlich im Interesse Privater liegen, die rein fiskalischen Interessen dienen oder die vom Grundgesetz missbilligte Ziele verfolgen.¹²⁵ Das schließt **Enteignungen zugunsten Privater** gleichwohl nicht aus: Erforderlich ist in derartigen Fällen, dass ein konkretes Allgemeinwohlinteresse gegebenenfalls auch als mittelbare Folge – das von der Enteignung begünstigte Unternehmen schafft etwa neue Arbeitsplätze – erkennbar bleibt. Zudem muss das die Enteignung gestattende Gesetz diesen Allgemeinwohlzweck hinreichend deutlich umschreiben, ein Verfahren zu dessen Ermittlung vorsehen und Sicherungen treffen, dass das Ziel auch wirklich erreicht wird.¹²⁶

493

Erforderlich ist stets eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** im Hinblick auf das angestrebte Allgemeinwohlinteresse; die Enteignung als der intensivste Eingriff in das Eigentumsgrundrecht darf stets nur als letztes Mittel in Betracht gezogen werden. Daher muss sich der Staat beispielsweise zunächst um einen freihändigen Erwerb benötigter Grundstücke bzw. um alternative Planungen bemühen.

494

¹²² BVerfG, NVwZ 2014, 211 (214) (Garzweiler II).

¹²³ Als Legalenteignung gelten zudem auch gesetzliche Regelungen, die eine so genannte „enteignungsrechtliche Vorwirkung“ entfalten, also Vorschriften, die zwar nicht konkret eine Enteignung vornehmen, gleichwohl aber bereits abschließend die Zulässigkeit der Enteignung einzelner Grundstücke regeln, vgl. BVerfGE 95, 1 (21 f.) (Südumfahrung Stendal) als Beispiel für eine „Legalplanung“.

¹²⁴ BVerfGE 45, 297 (332 ff.) (Öffentliche Last); 95, 1 (22) (Südumfahrung Stendal).

¹²⁵ BVerfG, NVwZ 2014, 211 (214) (Garzweiler II).

¹²⁶ BVerfGE 74, 264 (Ls. 2) (Boxberg); BVerfG, NVwZ 2014, 211 (214) (Garzweiler II).

495 Verhältnismäßigkeitserwägungen spielen auch im Rahmen der Debatte um die „Bankenrettung“ durch den Staat¹²⁷ mit der Übernahme so genannter systemrelevanter Unternehmen des Finanzsektors zur Stabilisierung der Finanzmärkte die entscheidende Rolle. Die zwangsweise Übernahme der Unternehmensanteile durch den Staat stellt sich als Enteignung dar, deren Rechtfertigung angesichts der Wertigkeit des damit verfolgten Ziels grundsätzlich nicht in Frage steht. Voraussetzung ist freilich, dass die Enteignung das letzte Mittel nach Ausschöpfung aller Alternativen und nach Scheitern eines freihändigen Erwerbs zu einem vertretbaren Preis darstellt. Unabhängig von der Frage, ob Banken als Produktionsmittel i. S. v. Art. 15 GG anzusehen sind, liegt eine Sozialisierung schon deshalb nicht vor, weil die zeitweise Übernahme keine Vergesellschaftung, also keine langfristige Übernahme zur Veränderung der Wirtschaftsordnung, darstellt.¹²⁸

BVerfGE 74, 264 (285 f.) (Boxberg): „Eine Enteignung zu Gunsten Privater, bei der Eigentum zwangsweise von einem Staatsbürger auf den anderen übertragen werden soll, die nur mittelbar dem Gemeinwohl dient und die in erhöhtem Maße der Gefahr des Missbrauchs zu Lasten des Schwächeren ausgesetzt ist, wirft jedoch besondere verfassungsrechtliche Probleme auf. Gerade hier muss sich die Verantwortung bewähren, welche die Verfassung dem parlamentarisch-demokratischen Gesetzgeber für die Regelung der Eigentumsordnung auferlegt. Dieser hat – wie das Bundesverfassungsgericht bereits in der Gondelbahn-Entscheidung ausgeführt hat – gesetzlich festzulegen, für welche Vorhaben unter welchen Voraussetzungen und für welche Zwecke eine Enteignung zulässig sein soll. Bei Enteignungen zu Gunsten eines Privaten darf nicht außer Acht bleiben, dass dieser – anders als ein Träger öffentlicher Verwaltung, der unmittelbar staatliche Aufgaben erfüllt und dabei allen rechtlichen Bindungen unterworfen ist, denen der Staat bei seiner Tätigkeit unterliegt – im Regelfall eigene Interessen unter Nutzung der ihm von der Rechtsordnung verliehenen Privatautonomie verfolgt. Ob und für welche Vorhaben eine solche Enteignung statthaft sein soll, hat der Gesetzgeber unzweideutig zu entscheiden. Auch muss – soll zu Gunsten eines Privaten enteignet werden – gewährleistet sein, dass der im Allgemeininteresse liegende Zweck der Maßnahme erreicht und dauerhaft gesichert wird; nur dann fordert das allgemeine Wohl die Enteignung. Ist bereits der Geschäftsgegenstand des privaten Unternehmens dem allgemein anerkannten Bereich der Daseinsvorsorge zuzuordnen, wie es bei Verkehrs- oder Versorgungsbetrieben der Fall sein kann, genügt es, wenn hinreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass die selbst gestellte ‚öffentliche‘ Aufgabe ordnungsgemäß erfüllt wird. Kann sich der Nutzen für das allgemeine Wohl demgegenüber nicht aus dem Unternehmensgegenstand selbst, sondern – wie hier – nur als mittelbare Folge der Unternehmenstätigkeit ergeben, reichen solche Vorkehrungen nicht aus. Dann müssen besondere Anforderungen an die gesetzliche Konkretisierung des nur mittelbar erfüllten und daher nicht von vornherein handgreiflichen Enteignungszwecks gestellt werden. Gerade bei dieser Sachlage gebietet Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG eine so genaue gesetzliche Beschreibung des Enteignungszwecks, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit der Enteignung insoweit nicht in die Hand der Verwaltung gegeben wird. **Es bedarf darüber hinaus differenzierter materiell- und verfahrensrechtlicher Regelungen, die sicherstellen, dass den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz im Interessendreieck Gemeinwohl-Enteigneter-Begünstigter im Einzelfall Rechnung getragen und insbesondere die Erforderlichkeit der Enteignung sorgfältig geprüft wird. Schließlich ist unabdingbar, dass der Gemeinwohlbezug derwerbenden Tätigkeit des**

¹²⁷ Vgl. BR-Drs. 160/09. Vgl. *Wolfers/Rau*, NJW 2009, 1297 ff.; *Hofmann*, NVwZ 2009, 673 ff.; *Ruffert*, NJW 2009, 2093 ff., letzterer auch zu weiteren Fragen der Bankenkrise.

¹²⁸ *Hofmann*, NVwZ 2009, 673 (677 f.).

Unternehmens kein bloßer tatsächlicher Reflex bleibt, sondern auf Dauer garantiert ist. Dazu ist eine gesetzlich vorgesehene effektive rechtliche Bindung des begünstigten Privaten an das Gemeinwohlziel notwendig.“

c) „das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt“ (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG)

Enteignungen sind ausnahmslos nur gegen Entschädigung zulässig, die das Enteignungen zulassende Gesetz selbst vorsehen muss (sog. **Junktimklausel**, Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Fehlt eine solche Regelung, ist das Gesetz nichtig und die Enteignung verfassungswidrig. Eine Entschädigung darf hingegen nicht ohne gesetzliche Grundlage unter Rückgriff auf Art. 14 Abs. 3 GG unmittelbar gewährt werden; der Bürger muss sich vielmehr gegen die Enteignung selbst zur Wehr setzen.¹²⁹ Die Junktimklausel dient drei unterschiedlichen Zielen: Erstens soll der Bürger davor geschützt werden, sein Eigentum zu verlieren, ohne dass die Entschädigungsfrage eindeutig geklärt ist. Zweitens dient die Regelung dem Schutz des Gesetzgebers, dem die Junktimklausel bewusst machen soll, dass hier ein haushaltsrelevantes Enteignungsgesetz zur Debatte steht.¹³⁰ Und schließlich soll sie die Haushaltshoheit des Gesetzgebers sichern, indem eigenmächtige Entschädigungsfestsetzungen der Verwaltungsbehörden unterbunden werden.¹³¹

496

d) Höhe der Entschädigung (Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG)

Das Grundgesetz trifft in Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG ferner eine Regelung über die Höhe der zu gewährenden Entschädigung. Diese ist „in gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen“. Entschädigung ist schon nach dem Wortlaut weder Schadens- noch Wertersatz, also nicht zwangsläufig Ersatz in voller Höhe des durch die Enteignung erlittenen Schadens bzw. des Grundstückswertes. Geht man mit dem BVerfG allerdings davon aus, dass sich die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG in eine Wertgarantie verwandelt, muss die Entschädigung **im Regelfall** gleichwohl den Wertverlust ersetzen und sich daher am **Marktwert** orientieren. In begründeten Ausnahmefällen kann davon allerdings abgewichen werden.¹³²

497

BVerfGE 24, 367 (420 f.) (Hamburgisches Deichordnungsgesetz): „Während Art. 153 Abs. 2 S. 2 der Weimarer Reichsverfassung eine ‚angemessene‘ Entschädigung gebot, ist die Entschädigung nach Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Das Reichsgericht hat die Vorschrift der Weimarer Reichsverfassung dahin ausgelegt, dass zwar kein Schadensersatz, aber doch ‚volle Entschädigung‘ gewährt werden müsse; es hat es auch abgelehnt, das Allgemeinwohl als Bemessungsfaktor für die Angemessenheit der Entschädigung gelten

¹²⁹ BVerfGE 58, 300 (323) (Nassauskiesung). Der BGH hat aber die Möglichkeit eröffnet, in Anlehnung an die §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Preußischen Landrecht (EALR) bei enteignenden bzw. enteignungsähnlichen Eingriffen eine Entschädigung zu erlangen, vgl. BGHZ 90, 17 ff.; 91, 20 ff.; *Arnauld*, VerwArch 2002, 394 ff.; *Sproll*, JuS 1996, 125 ff.

¹³⁰ Das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) gilt für Art. 14 GG nicht, vgl. Rn. 759 ff.

¹³¹ Dazu *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 62.

¹³² Beispiele bei BVerfGE 24, 367 (Ls. 11, 421) (Hamburgisches Deichordnungsgesetz); 46, 268 (285) (Bayerisches Bodenreformgesetz).

zu lassen. Demgegenüber gebietet Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG eine Interessenabwägung. Die Maßstäbe für die Bestimmung der Enteignungsentschädigung sind einerseits die Interessen der Beteiligten und andererseits die Interessen der Allgemeinheit; sie sind in gerechter Weise gegeneinander abzuwägen. **Die Enteignungsentschädigung soll das Ergebnis eines Interessenausgleichs sein und nicht die einseitige Anerkennung der Interessen des Betroffenen, aber auch nicht allein die der Allgemeinheit darstellen.** Das Abwägungsgebot des Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG ermöglicht es dem Gesetzgeber – zwingt ihn unter Umständen aber auch – auf situationsbedingte Besonderheiten des Sachverhalts und die Zeitumstände Rücksicht zu nehmen und damit zu einer im Zeitpunkt der Enteignung gerechten Entschädigung zu kommen. Eine starre, allein am Marktwert orientierte Entschädigung ist somit dem Grundgesetz fremd. **Es trifft auch nicht zu, dass den Enteigneten durch die Entschädigung stets das ‚volle Äquivalent für das Genommene gegeben werden muss‘. Der Gesetzgeber kann je nach den Umständen vollen Ersatz, aber auch eine darunter liegende Entschädigung bestimmen.“**

3. Rechtfertigung von Sozialisierungen

498 Sozialisierungen gemäß Art. 15 GG sind bislang nicht vorgekommen; daher ist deren Rechtfertigung in der Praxis (und in der Fallbearbeitung) noch nie relevant geworden.¹³³

499 Überblick: Typische Klausurprobleme

- Begriff des „Eigentums“ (Besitz, Vermögen, Gewerbebetrieb, öffentlich-rechtliche Positionen) (Rn. 447 ff.).
- Einrichtungsgarantie/Institutsgarantie (Rn. 429 ff.).
- Abgrenzung Enteignung/Inhalts- und Schrankenbestimmung (Rn. 469 ff.).
- Teilweise Enteignung (Rn. 471).
- Angemessenheit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen (insbesondere Ausgleichspflicht) (Rn. 480 ff.).
- Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 GG/wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Rn. 456).
- Steuern/Abgaben – „erdrosselnde Wirkung“ (Rn. 448 f.).
- Salvatorische Klauseln (Denkmalschutz) (Rn. 488).
- Rettungsübernahme von Finanzinstituten (Rn. 495).

¹³³ Vgl. zu den theoretischen Problemen z. B. *Wieland*, in: Dreier, Art. 15 Rn. 17 ff.

Prüfungsaufbau: Art. 14 GG

- Teil I -

A. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG als Abwehrrecht

I. Schutzbereich

1) persönlich

- jedermann, auch juristische Personen (Art. 19 Abs. 3 GG)

2) sachlich

- Eigentums- / Erbrechtspositionen nach geltendem Recht

II. Eingriff

- Werden bestehende Eigentums- / Erbrechtspositionen verkürzt?
(Abgrenzung Enteignung / Inhalts- und Schrankenbestimmung erst auf der Rechtfertigungsebene)

III. Rechtfertigung

1) Schranken

- a) Enteignung gem. Art. 14 Abs. 3 GG (nur Eigentum)?
Enteignung = "vollständiger oder teilweiser Entzug konkreter vermögenswerter Rechtspositionen durch gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben"
- b) Inhalts- und Schrankenbestimmung gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG (ISB)?
ISB = "alle rechtlichen Regelungen, mit denen der Gesetzgeber Eigentum abstrakt-generell definiert"

Prüfungsaufbau: Art. 14 GG - Teil II -

2) Schranken-Schranken

- a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes
- b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes
(je nach Klausurschwerpunkt)

Bei Enteignungen

- aa) "Durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG)
- bb) "das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt" (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG)
- cc) Höhe der Entschädigung (Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG)
- dd) "zum Wohle der Allgemeinheit" (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG)
- ee) Verhältnismäßigkeit
 - Legitimer Zweck (wie dd)
 - Eignung
 - Erforderlichkeit
 - Angemessenheit

Bei ISB

Verhältnismäßigkeitsprüfung:

- Legitimer Zweck
- Eignung
- Erforderlichkeit
- Angemessenheit
 - Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG)
 - Situationsgebundenheit (Grund Eigentum)
 - Bestehende Rechte / Vertrauensschutz
 - Ausgleichspflicht?

- c) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts
(Je nach Schwerpunkt der Klausur können die umfangreichen Ausführungen zur Enteignung bzw. zur ISB auch erst an dieser Stelle erforderlich sein.)

B. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG als Institutsgarantie

Hat der Gesetzgeber bei der Normsetzung die Grundstrukturen des Eigentums/Erbrechts missachtet bzw. fehlt eine Normsetzung ganz? (Nur zu prüfen, wenn der Sachverhalt dafür eindeutige Anhaltspunkte gibt [sehr selten]!)

Kapitel 10: Ehe, Familie, Schule (Art. 6, 7 GG)

Literatur:

Burgi, Martin/Hölbling, Pamela, Die Struktur des elterlichen Erziehungsrechts nach Art. 6 II und 6 III GG, Jura 2008, 901 ff.; Büscher, Tobias/Glasmacher, Stefan, Schule und Religion, JuS 2015, 513 ff.; Coester-Waltjen, Dagmar, Art. 6 I GG und der Schutz der Ehe, Jura 2008, 108 ff.; dies., Art. 6 I GG und der Schutz der Familie, Jura 2008, 349 ff.; dies., Art. 6 GG und die Familienautonomie, Jura 2009, 105 ff.; Frenz, Walter, Glaubensfreiheit und Schulpflicht, JA 2013, 999 ff.; Isensee, Josef, Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition, JZ 2013, 317 ff.; Pieroth, Bodo, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, DVBl. 1994, 949 ff.; Oebbecke, Janbernd, Reichweite und Voraussetzungen der grundgesetzlichen Garantie des Religionsunterrichts, DVBl. 1996, 336 ff.

Fallbearbeitungen:

Degenhart, Christoph, I, Fall 14 (S. 206 ff.); Franz, Einiko B./Günther, Thomas, Grundfälle zu Art. 6 GG, JuS 2007, 626 ff., 716 ff.; Kramer, Urs, Grundfälle zu Art. 7 GG, JuS 2009, 1090 ff.; Krüger, Heike, Grundgesetz versus SGB V, Jura 2008, 621 ff. (zu Art. 6 Abs. 1 GG); Rademacher, Sonja/Janz, Norbert, Schulpflicht auch im Glauben?, Jura 2008, 223 ff.; Reimer, Franz/Thurn, John Philipp, Fortgeschrittenenhausarbeit – Öffentliches Recht: Homeschooling, JuS 2008, 424 ff.; Vellechner, Lars, Anspruch auf islamischen Religionsunterricht, Jura 2007, 298 ff.

Leitentscheidungen:

BVerfGE 6, 55 ff. (Steuersplitting); 47, 46 ff. (Sexualkundeunterricht); 59, 360 ff. (Schülerberater); 74, 244 ff. (Religionsunterrichtsteilnahme Konfessionsfremder); 76, 1 ff. (Familiennachzug); 92, 158 ff. (Adoption II); 99, 216 ff. (Familienlastenausgleich); 105, 313 ff. (Lebenspartnerschaftsgesetz); 131, 239 ff. (Lebenspartnerschaft von Beamten); 132, 179 ff. (Grunderwerbsteuer Lebenspartnerschaft); 133, 59 ff. (Sukzessivadoption); 136, 382 ff. (Erweiterter Familienbegriff); BVerwGE 123, 49 ff. (Islamischer Religionsunterricht).

I. Hintergrund

Die Grundrechte der Art. 6, 7 GG sind im Vergleich zu anderen Bestimmungen des Grundgesetzes eher ungewöhnlich. Sie enthalten eine Mischung aus Freiheits- und Gleichheitsrechten einerseits sowie aus Abwehr-, Leistungs- und Verfahrensrechten andererseits. Teilweise bleiben die Art. 6, 7 GG sehr allgemein, teilweise treffen sie detaillierte Regelungen, die eher dem besonderen Verwaltungsrecht an-

502

zugehören scheinen (Art. 7 Abs. 4 GG). Diese Besonderheiten sind vor allem bei Art. 7 GG tief gehenden Meinungsverschiedenheiten im Parlamentarischen Rat über Fragen der Religion, der Erziehung und der Schule geschuldet. Gerade bei den Regelungsbereichen der Art. 6, 7 GG – Ehe, Familie, Schule – trafen sehr verschiedene Wertvorstellungen aufeinander, deren Ausgleich der Parlamentarische Rat in langwierigen Verhandlungen suchte und deren Brisanz noch heute nachwirkt. Die aktuellen Kontroversen um homosexuelle Partnerschaften (Stichwort: Lebenspartnerschaftsgesetz), um die Frage staatlicher Kinderbetreuung sowie um die Stellung von Ehe und Familie im Sozial- und vor allem im Steuerrecht (Stichwort: Ehegattensplitting) zeigen, dass sich trotz aller gesellschaftlichen Veränderungen gerade in diesem Bereich höchst unterschiedliche Anschauungen gehalten haben. Dies macht die rechtliche Gestaltung dieser Lebensbereiche nach wie vor äußerst schwierig. Die Regelungen des Grundgesetzes knüpfen dabei an die Regelungen der WRV an. Diese enthielt in den Art. 119–122 zahlreiche Vorschriften über Ehe, Familie und Jugend sowie in den Art. 143–149 detaillierte Regelungen über das öffentliche Schulwesen. Regelungen insbesondere über die Schule waren aber auch bereits in den §§ 153 ff. der Paulskirchenverfassung enthalten. Ehe und Familie werden auf europäischer Ebene von Art. 8, 12 EMRK und Art. 7, 9, 33 GR-Charta geschützt. Ein Recht auf Bildung enthalten Art. 2 des Zusatzprotokolls vom 20.3.1952 zur EMRK sowie Art. 14 GR-Charta.

II. Die Grundrechte des Art. 6 GG

- 503** Art. 6 GG enthält in seinen fünf Absätzen Regelungen, die den persönlichen Lebensbereich betreffen und die sehr unterschiedliche Wirkungen entfalten.

1. Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)

- 504** Art. 6 Abs. 1 GG stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz des Staates. Dabei fällt zunächst die objektive Formulierung auf: Art. 6 Abs. 1 GG begründet nach seinem Wortlaut einen Schutzauftrag an den Staat. Von subjektiven Rechten des Einzelnen ist nicht die Rede. Dennoch wirkt Art. 6 Abs. 1 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG in **drei Richtungen**: als Institutsgarantie, als wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Ehe- und Familienrecht und als klassisches Grundrecht zur Abwehr staatlicher Eingriffe.¹

a) Art. 6 Abs. 1 GG als Institutsgarantie

- 505** Genauso wie Art. 14 GG knüpft Art. 6 Abs. 1 GG mit dem Begriff der „Ehe“ an einen **Rechtsbegriff** an. Denn die Ehe, die mit verschiedenen rechtlichen Bindungen einhergeht, ist mehr als das natürlicherweise mögliche Zusammenleben von Mann und Frau. Eine Ehe ohne eine entsprechende Anerkennung und Ausgestal-

¹ BVerfGE 31, 58 (68) (Spanier-Beschluss), 80, 81 (92) (Volljährigenadoption I).

tung ist daher nicht denkbar. Könnte aber eine solche Anerkennung und Ausgestaltung nicht auch von den Kirchen und damit nicht (allein) vom Staat ausgehen? Dagegen spricht einerseits, dass die Kirchen, die kein Teil des Staates sind, keine rechtlichen Bindungen schaffen können. Wenn aber andererseits der Staat an eine kirchliche Ehe dennoch rechtliche Folgen anknüpfen würde, käme er automatisch mit der ihm obliegenden Neutralitätspflicht² in Konflikt. Ohne ein staatliches Rechtsinstitut der Ehe ist daher ein diesbezüglicher Grundrechtsschutz nicht möglich, sodass Art. 6 Abs. 1 GG in Bezug auf die Ehe ein **normgeprägtes Grundrecht**³ darstellt. Der staatliche Schutz der Ehe muss folglich mit der Einrichtung des Rechtsinstituts beginnen, sodass Art. 6 Abs. 1 GG – entsprechend Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG für Eigentum und Erbrecht⁴ – eine Institutsgarantie der Ehe enthält. Bei der Einrichtung kommt dem Gesetzgeber, der den Inhalt der Ehe bestimmen muss, ein erheblicher **Gestaltungsspielraum** zu, der allerdings nicht von der Beachtung der wesentlichen Strukturmerkmale der Ehe entbindet.⁵ Diese – weitgehend dem historisch überkommenen Ehebegriff entnommenen – **Strukturmerkmale** umfassen das freiwillige und auf unbestimmte Dauer angelegte Zusammenleben zweier Personen verschiedenen Geschlechts unter Mitwirkung des Staates.⁶ Die Instituts-garantie verbietet es dem Gesetzgeber etwa, die Vielehe, die Ehe auf Zeit oder die Ehe gleichgeschlechtlicher Partner – dies ist allerdings zunehmend umstritten⁷ – zuzulassen. Auch wenn der Inhalt der Ehe dem gesellschaftlichen Wandel unterliegt, liegen diese grundlegenden Strukturprinzipien als verfassungsrechtliches Minimum fest.⁸

Der Begriff der „**Familie**“ erfordert grundsätzlich nicht die Schaffung rechtlicher Instrumente; insbesondere existierte und existiert in der Rechtsordnung kein umfassendes Institut der Familie. Daher lässt sich der verfassungsrechtliche Familienbegriff primär unter Rückgriff auf die soziale Wirklichkeit bestimmen,⁹ womit der Familienbegriff nicht für alle Zeiten festliegt. Ein Anschauungswandel in der Gesellschaft kann zum Wandel des verfassungsrechtlichen Familienbegriffs führen, sodass zwischen Verfassungsrecht und Gesellschaft eine Wechselwirkung besteht. Dieser Wandel muss sich aber am Sinn und Zweck des Schutzes der Familie messen lassen. Dieser besteht erstens darin, Kindern in einem geschützten Raum eine besondere Entfaltungsmöglichkeit zu gewähren. Zweitens und darüber hinaus erfasst der Schutz aber alle spezifisch familiären Bindungen – auch zwischen Erwachse-

505a

² Vgl. zur Neutralitätspflicht im Hinblick auf Religionsgemeinschaften Rn. 323.

³ Vgl. Rn. 433 ff.

⁴ Vgl. Rn. 429 ff.

⁵ BVerfGE 105, 313 (345) (Lebenspartnerschaftsgesetz).

⁶ BVerfGE 105, 313 (345) (Lebenspartnerschaftsgesetz), 121, 175 (193) (Geschlechtsumwandlung bei Eheleuten).

⁷ Eine gleichgeschlechtliche Ehe ablehnend zuletzt BVerfGE 133, 377 (409) (Ehegattensplittung für Lebenspartner); ebenso die ganz h. M. in der Literatur, vgl. nur von Coelln, in: Sachs, Art. 6 Rn. 6; kritisch dagegen Sanders, NJW 2013, 2236 (2238 f.), beide m. w. N.

⁸ BVerfGE 10, 59 (66) (Elterliche Gewalt); Friauf, NJW 1986, 2595 (2600).

⁹ Sachs, VerfR II, Kap. B 6 Rn. 12.

nen –, weil diese für den einzelnen Menschen und die Entfaltung seiner Persönlichkeit von besonderer Bedeutung sind.¹⁰

506 Davon ausgehend ist nach heutigem Stand die Familie in erster Linie die **tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft aus heranwachsenden Kindern und ihren Eltern**. Das erfasst die klassische Kleinfamilie aus Vater, Mutter und eigenen Kindern. Aber auch Alleinerziehende, also ein Elternteil mit Kind, bilden ebenso eine Familie wie die Pflegefamilie, bei der verwandtschaftliche Beziehungen ganz fehlen.¹¹ Dasselbe gilt für eingetragene Lebenspartnerschaften mit Kindern, bei denen eine faktische Eltern-Kind-Beziehung besteht.¹² Eine verwandtschaftliche bzw. soziale Eltern-Kind-Beziehung ist aber nicht erforderlich, um unter den Schutz des Familiengrundrechts zu fallen. **Enge familiäre Bindungen zwischen nahen Verwandten** schützt Art. 6 Abs. 1 GG ebenfalls. Maßgeblich ist, ob besondere Zuneigung und Nähe, familiäre Verantwortlichkeit füreinander sowie Rücksichtnahme- und Beistandsbereitschaft tatsächlich vorhanden sind. Eine Familie können daher auch Großeltern und Enkelkinder bilden.¹³ Einer abnehmenden verwandtschaftlichen Nähe der Familienmitglieder zueinander ist bei der Bestimmung der Schutzintensität und der Konkretisierung der Schutzinhalte des Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen.¹⁴ Auf dieser Grundlage enthält Art. 6 Abs. 1 GG eine **Institutsgarantie**. Denn obwohl der Familienbegriff im Tatsächlichen wurzelt, bedarf der Lebensbereich Familie einer rechtlichen Struktur, innerhalb derer sich Familienbeziehungen entfalten können; dies gilt insbesondere für wechselseitige Verpflichtungen und Befugnisse.¹⁵

507 Auch wenn das Grundgesetz „Ehe und Familie“ jedenfalls dem Wortlaut nach in einen Zusammenhang stellt, ist der Schutz der Ehe schließlich nicht davon abhängig, dass Kinder vorhanden sind. Umgekehrt genießt auch das unverheiratete Paar mit Kindern als Familie den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG. Obwohl „Ehe und Familie“ historisch durchaus als Einheit zu verstehen waren, zeigt sich in der Annahme zweier unabhängiger Schutzgegenstände der gesellschaftliche **Wandel** in aller Deutlichkeit.¹⁶

b) Art. 6 Abs. 1 GG als „wertentscheidende Grundsatznorm“

508 Eine weitere Ausprägung der objektiv-rechtlichen Seite des Art. 6 Abs. 1 GG ist dessen Wirkung als wertentscheidende Grundsatznorm. Darunter versteht das BVerfG den Auftrag an den Staat, Ehe und Familie einen besonderen staatlichen Schutz zu gewähren, was der allgemein anerkannten Schutzpflichtdimension der Grundrechte entspricht. Die **Schutzpflicht** verlangt vom Staat einerseits, alles zu unterlassen, was Ehe und Familie schädigen oder sonst beeinträchtigen kann, und

¹⁰ BVerfGE 136, 382 (388) (Erweiterter Familienbegriff).

¹¹ BVerfGE 68, 176 (187) (§ 1632 Abs. 4 BGB/Pflegefamilie).

¹² BVerfGE 133, 59 (82 ff.) (Sukzessivadoption).

¹³ BVerfGE 136, 382 (389) (Erweiterter Familienbegriff).

¹⁴ BVerfGE 136, 382 (389) (Erweiterter Familienbegriff).

¹⁵ BVerfGE 133, 59 (84 f.) (Sukzessivadoption).

¹⁶ Zum sozialen Wandel von Ehe und Familie vgl. den Siebten Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1360, S. 68 ff.

andererseits, Ehe und Familie durch geeignete Maßnahmen zu fördern.¹⁷ Der zur Berücksichtigung familiärer Bindungen verpflichtende Schutzauftrag des Staates wirkt auf die gesamte die Familie betreffende Rechtsordnung ein, mag sie zu Eingriffen ermächtigen, zu Leistung und Teilhabe berechtigen oder zum Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichten.¹⁸ Dies gilt insbesondere auch im Sozial- und Steuerrecht. Auch wenn sich dem Schutzauftrag grundsätzlich keine Pflicht zu konkreten Maßnahmen entnehmen lässt¹⁹, hat das BVerfG aber gerade in diesem Bereich dem Gesetzgeber immer wieder sehr detaillierte und kostenintensive Vorgaben gemacht, die weit in den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hineinreichen und damit Fragen der Gewaltenteilung aufwerfen.²⁰

Art. 6 Abs. 1 GG enthält – entgegen mancher Stimmen in der Literatur²¹ – jedoch **kein Diskriminierungsgebot**²², also kein Gebot, andere Lebensformen gegenüber der Ehe zu benachteiligen und der Ehe einen Exklusivschutz zuzugestehen. Der Gesetzgeber ist gemäß Art. 6 Abs. 1 GG („besonderer“ Schutz) zwar zu einem solchen Exklusivschutz berechtigt, nicht jedoch verpflichtet.²³ Er kann daher grundsätzlich weitere Rechtsinstitute wie etwa die eingetragene Lebenspartnerschaft für homosexuelle Paare schaffen, ohne in Art. 6 Abs. 1 GG einzugreifen. Allerdings endet die Freiheit des Gesetzgebers dort, wo weitere Rechtsinstitute in Konkurrenz zur Ehe treten und diese auszuhöhlen drohen. Auf verfassungsrechtliche Probleme würde es deshalb stoßen, ein Rechtsinstitut mit gleichen Rechten, aber geringeren Pflichten als die Ehe zu schaffen.²⁴ Bei der Lebenspartnerschaft homosexueller Paare besteht die Gefahr der Aushöhlung der Ehe allerdings nicht, denn homosexuellen Paaren steht die Ehe schon per Definition nicht offen, sodass ein Konkurrenzverhältnis nicht bestehen kann.²⁵ In seiner neueren Rechtsprechung stellt das Bundesverfassungsgericht die eingetragenen Lebenspartnerschaften mit der Ehe gleich und begründet dies mit einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.²⁶ Es liege eine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung vor. Eine Rechtfertigung der Privilegierung der Ehe aufgrund der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich

509

¹⁷ BVerfGE 76, 1 (49) (Familiennachzug); 80, 81 (93) (Volljährigenadoption I); 126, 400 (420) (Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften).

¹⁸ BVerfGE 80, 81 (93) (Volljährigenadoption I).

¹⁹ BVerfGE 130, 240 (252) (Landeserziehungsgeld); BVerfG, NJW 2015, 2399 (2401) (Betreuungsgeld).

²⁰ Umfangreiche, sehr konkrete Vorgaben machen BVerfGE 99, 216 ff. (Familienlastenausgleich) für das Steuerrecht und BVerfGE 103, 271 ff. (Pflegeversicherung IV). Kritisch zum letzten Urteil *Ruland*, NJW 2001, 1673 ff.

²¹ Vgl. von *Coelln*, in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 50; *Burgi*, Der Staat 39 (2000), 487 ff. m. w. N.

²² Auch als Abstandsgebot oder Nivellierungsverbot bezeichnet.

²³ BVerfGE 105, 313 (348 ff.) (Lebenspartnerschaftsgesetz); 132, 179 (191) (Grunderwerbsteuer Lebenspartnerschaft); 133, 377 (410 f.) (Ehegattensplitting für Lebenspartner).

²⁴ BVerfGE 105, 313 (350 f.) (Lebenspartnerschaftsgesetz).

²⁵ BVerfGE 105, 313 (350 f.) (Lebenspartnerschaftsgesetz); 126, 400 (420 ff.) (Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften).

²⁶ BVerfGE 124, 199 (219 ff.) (Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft); 126, 400 (419 ff.) (Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften); 131, 239 (255 ff.) (Lebenspartnerschaft von Beamten); 132, 179 (188 ff.) (Grunderwerbsteuer Lebenspartnerschaft); 133, 59 (98) (Sukzessivadoption).

verbindlichen Verantwortung für den Partner liege nicht vor. In diesem Punkt unterschieden sich eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe gerade nicht.²⁷

c) Art. 6 Abs. 1 GG als Abwehrrecht

510 Schließlich wirkt Art. 6 Abs. 1 GG über seinen Wortlaut hinaus als klassisches Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates.²⁸ Begründen lässt sich dies einerseits mit der Stellung des Art. 6 Abs. 1 GG im Grundrechtsteil, andererseits aber auch mit der Bedeutung des Schutzes der Privatsphäre von Ehe und Familie vor staatlichem Zugriff. Die Wirkungen des Art. 6 Abs. 1 GG sind vielfältig. So schützt Art. 6 Abs. 1 GG die individuelle Eheschließungsfreiheit als die Freiheit des Zugangs zur Ehe ebenso wie die Freiheit, eine Familie zu gründen.²⁹ Geschützt sind ferner das eheliche und das familiäre Zusammenleben.³⁰ Der abwehrrechtliche Gehalt reicht allerdings zunächst nur soweit wie Art. 6 Abs. 1 GG selbst einen „natürlichen“ Schutzgehalt umfasst und insoweit rechtlicher Ausgestaltung nicht bedarf.³¹ Dies trifft für den Schutz der Familie in tatsächlicher Hinsicht, aber auch für das tatsächliche eheliche Zusammenleben zu. Soweit das Grundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG aber auf rechtliche Konstituierung und Ausgestaltung des Schutzbereichs angewiesen ist, kann eine abwehrrechtliche Wirkung nur im Hinblick auf die derart ausgestalteten Rechtspositionen einsetzen.

511 Art. 6 Abs. 1 GG wirkt darüber hinaus nach überwiegender Ansicht als **besonderer Gleichheitssatz**.³² Dem Staat ist es daher grundsätzlich verwehrt, rechtliche Nachteile an Ehe und Familie zu knüpfen. Jegliche Benachteiligung von Ehe und Familie ist verboten, wenn sie nicht durch zwingende Sachgründe gerechtfertigt ist.³³ Ganz unumstritten ist diese Funktion angesichts des Wortlautes des Art. 6 Abs. 1 GG, der keinerlei gleichheitsrechtliche Anklänge enthält, allerdings nicht.³⁴ Auch die Rechtsprechung des BVerfG ist keineswegs einheitlich und greift immer wieder vorrangig auf Art. 3 Abs. 1 GG zurück, in dessen Rahmen sie dann den Gehalt des Art. 6 Abs. 1 GG berücksichtigt.³⁵ Angesichts der eindeutigen Anordnung der Gleichheitsrechte in Art. 3 GG erscheint aus dogmatischer Sicht der letztere Weg vorzugswürdig, wenngleich die Frage praktisch bedeutungslos ist.

²⁷ BVerfGE 124, 199 (225) (Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft); 131, 239 (261) (Lebenspartnerschaft von Beamten); 132, 179 (190 f.) (Grunderwerbsteuer Lebenspartnerschaft).

²⁸ So schon BVerfGE 6, 55 (71) (Steuersplitting).

²⁹ BVerfGE 31, 58 (67) (Spanier-Beschluss).

³⁰ BVerfGE 76, 1 (42) (Familiennachzug).

³¹ Dazu *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, 2000, S. 126 ff. Dies klingt auch in der Verfassungsrechtsprechung an, vgl. nur BVerfGE 31, 58 (69) (Spanier-Beschluss); 36, 146 (161 f.) (Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft). Zur Frage der Ausgestaltung vgl. Rn. 434 ff.

³² Vgl. Rn. 854 f.

³³ BVerfGE 76, 1 (72 f.) (Familiennachzug); 99, 216 (232) (Familienlastenausgleich).

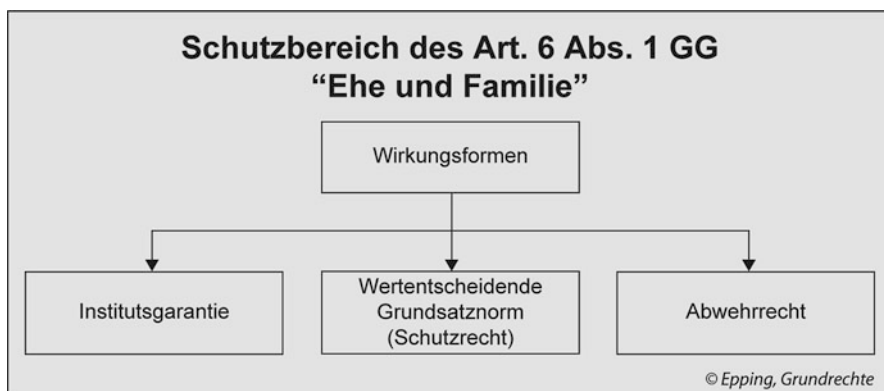
³⁴ *Kingreen*, Jura 1997, 401 (406 f.) m. w. N.

³⁵ BVerfGE 87, 1 (36) (Trümmerfrauen).

BVerfGE 6, 55 (71 ff.) (Steuersplitting): „Art. 6 Abs. 1 GG ist eine wertentscheidende Grundsatznorm. Er stellt Ehe und Familie als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann, unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Es handelt sich dabei zunächst um eine Bestimmung im Sinne der klassischen Grundrechte, die angesichts der Erfahrungen in der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft dem Schutz der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie vor äußerem Zwang durch den Staat dienen soll. In Abkehr von der Allstaatlichkeit des Nationalsozialismus bekennt sich das Grundgesetz auch für diesen Lebensbereich zur Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit des Menschen. Unbestritten umschließt das verfassungsrechtliche Bekenntnis zu Ehe und Familie zugleich die Gewährleistung beider Lebensordnungen, enthält also eine so genannte **Instituts- oder Einrichtungsgarantie**. In dieser Eigenschaft sichert er Ehe und Familie lediglich in ihrer wesentlichen Struktur, sodass insoweit seine juristische Wirkungskraft in der Rechtswirklichkeit nur darin besteht, einen Normenkern des Ehe- und Familienrechts verfassungsrechtlich zu gewährleisten. (...)

Aus dieser Funktion des Art. 6 Abs. 1 GG als einer wertentscheidenden Grundsatznorm ergeben sich die rechtlichen Grenzen für die Freiheit des gesetzgeberischen Ermessens. Wie jede Verfassungsnorm ist Art. 6 Abs. 1 GG nur insoweit den Gesetzgeber aktuell bindendes Recht, als seine Fassung bestimmt genug ist, eine Norm niederen Ranges daran zu messen. Hier ergibt sich das Maß der Bestimmtheit aus dem Begriff des „Schützens“; er bedeutet seinem Wortsinn nach die Förderung des Schutzgutes, die Abwehr von Störungen oder Schädigungen und vor allem den Verzicht des Staates auf eigene störende Eingriffe. Der in Art. 6 Abs. 1 GG statuierte besondere Schutz der staatlichen Ordnung für Ehe und Familie umschließt hiernach zweierlei: positiv die Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie nicht nur vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren, sondern auch durch geeignete Maßnahmen zu fördern, negativ das Verbot für den Staat selbst, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen. Es kann dahingestellt bleiben, ob auch bei Erfüllung der positiven Schutzfunktion des Art. 6 Abs. 1 GG Fälle denkbar sind, in denen seine Fassung bestimmt genug ist, um eine Norm niederen Ranges daran zu messen. Jedenfalls verbietet er mit Bestimmtheit – negativ – eine Beeinträchtigung von Ehe und Familie durch störende Eingriffe des Staates selbst, ist also insoweit aktuelles Verfassungsrecht.“

512



Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung empfiehlt es sich, ebenso wie das BVerfG die drei verschiedenen Wirkungsformen des Art. 6 Abs. 1 GG getrennt zu prüfen.

513

Während Eingriffe in individuelle Freiheiten am Abwehrrecht zu messen sind, sind unter den Prüfungspunkten Institutsgarantie und wertentscheidende Grundsatznorm staatliche Gestaltungen auf ihren Einfluss auf die Ehe bzw. Familie hin zu überprüfen.

d) Eingriffe

- 514** Eingriffe in die abwehrrechtliche Funktion des Art. 6 Abs. 1 GG liegen vor allem in der Beeinträchtigung von bestehenden Ehen und Familien. Abzugrenzen sind Eingriffe von staatlichen **Ausgestaltungen** der Ehe.³⁶ Soweit der Staat seiner Ausgestaltungsbefugnis nachkommt und damit die Ehe im Rechtssinn erst schafft und konturiert, greift er nicht in Art. 6 Abs. 1 GG ein. Dies gilt auch für staatliche Umgestaltungen bestehender Normierungen des Eherechts. Ausgestaltendes Handeln ist allein an der Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG zu messen, wobei eine fehlerhafte, weil die Grundstrukturen der überkommenen Ehe missachtende Ausgestaltung einen Verfassungsverstoß darstellt.³⁷ Die Verweigerung von Schutz und Förderung kann schließlich gegen Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm verstoßen.³⁸

e) Rechtfertigung von Eingriffen

- 515** Art. 6 Abs. 1 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Eingriffe sind daher nur auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts zu rechtfertigen.³⁹ Die Rechtsprechung des BVerfG ist zuweilen undeutlich.⁴⁰

2. Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG)

516 Fall 16: Ethikunterricht

Das Land Niedersachsen sieht für Schüler, die am Religionsunterricht nicht teilnehmen, die verpflichtende Teilnahme am Ersatzfach „Werte und Normen“ vor. Inhalt des Faches ist u. a., den Schülern den Zugang zu religiösen, philosophischen und weltanschaulichen Fragen zu vermitteln. Der Unterricht ist in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht strikt neutral, aber nicht wertfrei. Den Schülern sollen vielmehr Werte wie etwa persönliche Freiheit,

³⁶ Vgl. zur Abgrenzung von Eingriff und Ausgestaltung allgemein Rn. 435 f.

³⁷ Eine Ausgestaltung kann nicht in einen Eingriff umschlagen, vgl. Rn. 440 f.

³⁸ BVerfGE 6, 55 (76) (Steuerplittung). Kein Anspruch besteht hingegen auf Förderung der Familiengründung durch Kostenübernahme bei künstlicher Befruchtung, vgl. BVerfGE 117, 316 (329) (Homologe Insemination).

³⁹ Vgl. zum kollidierenden Verfassungsrecht Rn. 77 ff.

⁴⁰ Rechtfertigung von Freiheitsbeschränkungen eines Ehepartners „gewissermaßen aus der Natur der Sache“, BVerfGE 42, 95 (100) (Ehegattenbesuch in Untersuchungshaft).

Menschenwürde, Gleichheit, Demokratie, Solidarität und religiöse Toleranz vermittelt werden. Eine Befreiung sieht das Schulgesetz (NSchG) nicht vor. Die Eltern des zehnjährigen S, der zur Teilnahme an „Werte und Normen“ verpflichtet ist, fühlen sich dadurch in ihren Grundrechten verletzt. Ihnen missfällt vor allem, dass der Unterricht religionskundliche Elemente enthält und zu religiöser Toleranz erzieht. Die ganze Familie gehört einer christlichen Sekte an, die einen strikten Ausschließlichkeitsanspruch vertritt; die katholische und evangelische Lehre sowie andere Religionen halten sie hingegen für Ketzerei. Deshalb haben die Eltern ihren Sohn auch vom Religionsunterricht abgemeldet. Nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten des Rechtsschutzes erheben die Eltern schließlich Verfassungsbeschwerde gegen das NSchG, mit der sie eine Verletzung ihrer Rechte und der Rechte ihres Kindes aus Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 6 Abs. 2 S. 1 und Art. 7 Abs. 2 GG rügen. Hat die Verfassungsbeschwerde Erfolg? Gleichheitsrechte sind nicht zu prüfen.

§ 128 NSchG.

(1) Wer nicht am Religionsunterricht teilnimmt, ist stattdessen zur Teilnahme am Unterricht Werte und Normen verpflichtet. (...)

(2) Im Fach Werte und Normen sind religionskundliche Kenntnisse, das Verständnis für die in der Gesellschaft wirksamen Wertvorstellungen und Normen und der Zugang zu philosophischen, weltanschaulichen und religiösen Fragen zu vermitteln.

Fall nach BVerwGE 107, 75 ff.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG weist den Eltern das Recht, zugleich aber auch die Pflicht zu, für Pflege und Erziehung ihrer Kinder zu sorgen. Damit ergibt sich die erste Besonderheit bereits aus dem Wortlaut: Indem Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ausdrücklich **Pflichten** nicht nur für den Staat, sondern **für Private**, die Eltern, begründet, kommt ihm zugleich eine freiheitssichernde wie auch eine freiheitsbeschränkende Funktion zu.⁴¹ Ebenso wie Art. 6 Abs. 1 GG wirkt das Grundrecht in verschiedene Richtungen, wobei allerdings eine derart ausdifferenzierte Abgrenzung der einzelnen Wirkformen wie bei Art. 6 Abs. 1 GG nicht besteht. Die Funktion als Abwehrrecht steht klar im Vordergrund.

517

a) Schutzbereich

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantiert das Recht der Eltern, für Pflege und Erziehung ihrer Kinder zu sorgen. Der **persönliche Schutzbereich** wird durch den Begriff der Eltern bestimmt. **Eltern** sind die leiblichen Eltern, also die Eltern im biologischen Sinne. Eltern sind aber auch diejenigen Personen, die der Gesetzgeber rechtlich

518

⁴¹ Vgl. BVerfGE 121, 69 (92) (Umgangspflicht).

als solche anerkannt hat, namentlich die Adoptiveltern.⁴² Pflegeeltern und sonstige Angehörige fallen mangels leiblicher Elternschaft und rechtlicher Anerkennung nicht unter den Elternbegriff. Eine sozial-familiäre Gemeinschaft ohne rechtliche Anerkennung genügt nicht.⁴³ Bei seiner Entscheidung, wer als Eltern rechtlich anzuerkennen ist, hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, den er unter Orientierung an der Abstammung ebenso wie an dem Bestehen einer sozial-familiären Verantwortungsgemeinschaft nutzen muss.⁴⁴ Träger des Grundrechts ist jeder Elternteil für sich.⁴⁵

519 Der **sachliche Schutzbereich** erfasst die Erziehung und Pflege. **Erziehung** meint die Sorge für die geistige und seelische Entwicklung des Kindes, also seine Bildung und Ausbildung sowie die Vermittlung von Werten und Grundhaltungen.⁴⁶ **Pflege** ist die tatsächliche Sorge für das Kind und sein körperliches und geistiges Wohlbefinden. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG weist beide Aufgaben den Eltern als „natürliche Aufgaben“ zu. Sie sollen Pflege und Erziehung nach eigenen Vorstellungen frei und grundsätzlich mit Vorrang vor anderen Erziehungsträgern gestalten können. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG schützt folglich die freie Entscheidung der Eltern darüber, wie sie ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen.⁴⁷ I. V. m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG schützt die Norm ferner das Recht der Eltern zur Erziehung ihrer Kinder in religiöser Hinsicht. Es ist Sache der Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubensfragen zu vermitteln, die sie für richtig halten. Korrespondierend hiermit schließt das **religiöse Erziehungsrecht der Eltern** ein, darauf hinzuwirken, dass auch ihre Kinder in ihrem alltäglichen Verhalten die Vorgaben des Glaubens beachten, den die Eltern für richtig halten und ihren Kindern zu vermitteln trachten. Sie haben zudem das Recht, ihre Kinder von Glaubensüberzeugungen fernzuhalten, die ihnen schädlich erscheinen.⁴⁸ Eingriffe in diesen Bereich können Eltern unter Berufung auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG abwehren. In zeitlicher Hinsicht erlischt das Grundrecht mit der Volljährigkeit des Kindes.⁴⁹

520 In sachlicher Hinsicht wird der Schutzbereich dadurch begrenzt, dass die Regelungen über das Elternrecht keinen Selbstzweck darstellen. Pflege und Erziehung sind den Eltern vielmehr deshalb übertragen, weil dies im Regelfall dem Kindeswohl am besten dient. Diese Begrenzung kommt implizit in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zum Ausdruck. Der Staat soll überwachen, ob die Eltern das **Kindeswohl** tatsächlich achten. Das BVerfG bezeichnet das Elternrecht daher als „**treuhänderische Freiheit**“⁵⁰, die die Eltern für ihre Kinder wahrnehmen. Keinen Schutz bietet Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folglich gegen Handlungen, die das Kindeswohl missachten und die

⁴² BVerfGE 108, 82 (106) (Biologischer Vater); 133, 59 (79) (Sukzessivadoption).

⁴³ BVerfGE 133, 59 (81 f.) (Sukzessivadoption).

⁴⁴ BVerfGE 108, 82 (106) (Biologischer Vater).

⁴⁵ BVerfGE 47, 46 (76) (Sexualkundeunterricht).

⁴⁶ Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Art. 6 Rn. 159.

⁴⁷ BVerfGE 47, 46 (70) (Sexualkundeunterricht).

⁴⁸ BVerfGE 93, 1 (17) (Kruzifix); 138, 296 (337 f.) (Kopftuch II); BVerwG, NJW 2014, 804 (804 f.) (Krabat).

⁴⁹ BVerfGE 59, 360 (382) (Schülerberater).

⁵⁰ BVerfGE 59, 360 (376) (Schülerberater), ähnlich BVerfGE 121, 69 (92) (Umgangspflicht).

deshalb nicht als „Pflege und Erziehung“ anzusehen sind.⁵¹ Das BVerfG hat etwa die Verpflichtung der Eltern zur „Rechtstreue“ als sachliche Grenze des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG genannt.⁵² Schon vom Schutzbereich her scheidet daher die Erziehung der Kinder zu Straftätern aus.

BVerfGE 59, 360 (376 f.) (Schülerberater): „Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder. Die Erziehung des Kindes ist damit primär in die Verantwortung der Eltern gelegt, wobei dieses „natürliche Recht“ den Eltern nicht vom Staate verliehen worden ist, sondern von diesem als vorgegebenes Recht anerkannt wird. **Die Eltern können grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie die Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen. Das Elternrecht unterscheidet sich von den anderen Freiheitsrechten des Grundrechtskatalogs wesentlich dadurch, dass es keine Freiheit im Sinne einer Selbstbestimmung der Eltern, sondern zum Schutze des Kindes gewährt.** Es beruht auf dem Grundgedanken, dass in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution. Das Elternrecht ist Freiheitsrecht im Verhältnis zum Staat, der in das Erziehungsrecht der Eltern grundsätzlich nur eingreifen darf, wenn das dem Staat nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zukommende Wächteramt dies gebietet. In der Beziehung zum Kind muss das Kindeswohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung sein. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG statuiert – dies kommt deutlich im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck – Grundrecht und Grundpflicht zugleich. Man hat das Elternrecht daher ein fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute **treuhänderische Freiheit** genannt.“

Weiterhin wirkt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht bloß als klassisches Abwehrrecht, sondern auch als **Institutsgarantie der elterlichen Sorge**.⁵³ Folglich ist es Aufgabe und Pflicht des Staates, sorge- und umgangsrechtliche Regelungen mit Wirkung vor allem auch gegenüber Dritten zu schaffen. Dabei schützt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – dem Wesen einer Institutsgarantie entsprechend⁵⁴ – nicht den Gesamtbestand an sorgerechtlichen Regelungen. Dem Gesetzgeber kommt ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Dennoch darf er aber die wesentlichen Strukturen des Sorge- und Umgangsrechts, ohne die elterliche Verantwortung nicht ausgeübt werden kann, nicht antasten.⁵⁵ Seinen Gestaltungsspielraum hat der Gesetzgeber mit den Regelungen der §§ 1626 ff. BGB genutzt. Zudem verleiht Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG dem Kind ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung.⁵⁶

Schließlich folgt aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eine staatliche **Schutzpflcht**, die sich besonders im verfahrensrechtlichen Bereich auswirkt. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber, Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren in den Bereichen Pflege und Erziehung sicherzustellen und so die Elternrechte zu wahren. Der Gesetzgeber muss daher etwa Anhörungs- und Beteiligungsrech-

521

522

⁵¹ BVerfGE 24, 119 (Ls. 3) (Adoption I); 103, 89 (107) (Unterhaltsverzichtsvertrag).

⁵² BVerfGE 99, 145 (156 f.) (Gegenläufige Kindesrückführungsanträge).

⁵³ Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Art. 6 Rn. 147: Institutsgarantie der Elternschaft.

⁵⁴ Vgl. Rn. 429 ff.

⁵⁵ BVerfGE 84, 168 (180) (Sorgerecht für nichteheliche Kinder).

⁵⁶ BVerfGE 133, 59 (73 f.) (Sukzessivadoption). Vgl. zu Kinderrechten Rn. 656.

te der Eltern im familiengerichtlichen Verfahren⁵⁷ und im schulischen Bereich⁵⁸ vorsehen.

b) Eingriffe

523 **Eingriffe** in das Elternrecht sind in verschiedener Weise denkbar: So kann das Elternrecht etwa durch Adoption gänzlich aufgehoben werden. Der nach § 1666a BGB mögliche vollständige Ausschluss von der elterlichen Sorge stellt den empfindlichsten Eingriff in das Elternrecht dar. Daneben kommen Beeinträchtigungen etwa durch eine den Vorstellungen der Eltern zuwiderlaufende schulische Erziehung⁵⁹ ebenso in Betracht wie durch die Möglichkeit eines Schülers, in der Schule eine von den Eltern unabhängige Schülerberatung zu besuchen.⁶⁰

524 Von einem Eingriff zu unterscheiden ist die **Ausgestaltung** durch den Gesetzgeber. Wie auch Art. 6 Abs. 1 GG verlangt Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG danach, dass der Staat das Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern in rechtlicher Hinsicht ausformt. Regelungen, die – mit Rücksicht auf das Kindeswohl – Rechte von Kindern und Eltern gegeneinander abgrenzen, sind keine Eingriffe und folglich vor Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht rechtfertigungsbedürftig. Ein Beispiel für eine solche Regelung ist das Verbot entwürdigender und gewaltsamer Erziehungsmaßnahmen (§ 1631 Abs. 2 BGB).⁶¹ Keine Eingriffe sind auch Regelungen, die die zunehmende Selbstständigkeit des Kindes bei zunehmendem Alter berücksichtigen und zugleich das Elternrecht begrenzen.⁶² Denkbar wäre es zwar, diese Regelungen als Eingriffe zu charakterisieren. Dem steht allerdings entgegen, dass die zunehmende Selbstständigkeit des Kindes naturgegeben ist und daher Maßnahmen, die diese Selbstständigkeit beschneiden, kaum dem Kindeswohl dienen können. Zudem fehlt den Eltern angesichts des im Vordergrund stehenden Kindeswohls die eigenständige Rechtsposition gegenüber dem Kind. Das BVerfG verneint daher bereits den Eingriffscharakter.⁶³ Solche ausgestaltenden Regelungen sind nur daraufhin zu überprüfen, ob sie dem Kindeswohl entsprechen.⁶⁴

⁵⁷ BVerfGE 55, 171 (179) (Sorgerecht); 92, 158 (179 ff.) (Adoption II); 99, 145 (162 f.) (Gegenläufige Kindesrückführungsanträge). Vgl. zur praktischen Gestaltung im familiengerichtlichen Verfahren insbesondere die §§ 151 ff. FamFG.

⁵⁸ So etwa vor der Einführung der Sexualerziehung (BVerfGE 47, 46 [76] [Sexualkundeunterricht]) oder dem Verweis eines behinderten Schülers auf die Sonderschule (BVerfGE 96, 288 [309] [Integrative Beschulung]).

⁵⁹ Zuletzt BVerfGE 98, 218 (252 f.) (Rechtschreibreform).

⁶⁰ BVerfGE 59, 360 (383 ff.) (Schülerberater).

⁶¹ Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Art. 6 Rn. 163.

⁶² Beispiele sind etwa das RelKErzG sowie aus dem BGB § 1303 Abs. 2, 3 (Ehefähigkeit), § 1671 Abs. 1, 2 Nr. 1 (Sorgerechtsübertragung), § 1746 Abs. 1 S. 3 (Adoption), § 2229 Abs. 1, 2 (Testierfähigkeit).

⁶³ BVerfGE 59, 360 (382) (Schülerberater).

⁶⁴ Zur Frage, ob die Ausgestaltung verhältnismäßig sein muss, vgl. Rn. 439.

c) Rechtfertigung von Eingriffen

aa) Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG (Wächteramt des Staates)

Eine **Schranke** für das elterliche Erziehungsrecht ergibt sich zunächst aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, der dem Staat ein **Wächteramt** zuweist. Der Staat muss dafür sorgen, dass die Eltern ihrer Aufgabe, die Kinder zu pflegen und zu erziehen, auch tatsächlich nachkommen. Begründen lässt sich diese Pflicht in zweifacher Hinsicht: Es besteht ein legitimes öffentliches Interesse des Staates am Wohlergehen des Nachwuchses; zudem verpflichten die Grundrechte des Kindes aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG den Staat, zu dessen Schutz tätig zu werden.⁶⁵

525

Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ermächtigt und verpflichtet daher den Staat, der elterlichen Erziehung über die Ausgestaltung hinaus Grenzen zu setzen. Gleichzeitig ist der Staat dabei aber an **Schranken-Schranken** gebunden: Denn alle staatlichen Maßnahmen müssen sich am Normzweck des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG orientieren; sie müssen folglich dem **Kindeswohl** dienen. Dennoch darf der Staat den Elternwillen nicht völlig missachten und dem Kind eine bestmögliche Förderung zuteil werden lassen, wenn die Eltern dies ablehnen.⁶⁶ Dies stünde mit der Regel des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, wonach die Erziehung „zuvörderst“ den Eltern obliegt, nicht in Einklang und widerspräche dem subsidiären Charakter des staatlichen Wächteramts, welches allein das Verhindern bzw. Beenden eines Missbrauchs des Elternrechts bezweckt.⁶⁷ Es muss folglich ein schonender Ausgleich gesucht werden. Staatliche Maßnahmen unterliegen zudem wie alle Grundrechtseingriffe dem Vorbehalt des Gesetzes. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG entspricht in seiner Wirkung daher einem **qualifizierten Gesetzesvorbehalt**.

526

Eine weitere Schranken-Schranke stellt der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** dar. Auf Grund des in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantierten Vorrangs der elterlichen Erziehung darf der Staat nur eingreifen, wenn und soweit es das Kindeswohl zwingend erfordert.

527

BVerfGE 24, 119 (143 ff.) (Adoption I): „Die Eltern haben das Recht, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten und genießen insoweit, vorbehaltlich des Art. 7 GG, Vorrang vor anderen Erziehungsträgern. Dieser Grundrechtsschutz darf aber nur für ein Handeln in Anspruch genommen werden, das bei weitester Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit der Eltern noch als Pflege und Erziehung gewertet werden kann, nicht aber für das Gegenteil: die Vernachlässigung des Kindes. Die Verfassung macht dies durch die Verknüpfung des Rechts zur Pflege und Erziehung mit der Pflicht zu dieser Tätigkeit deutlich. Diese Pflichtbindung unterscheidet das Elternrecht von allen anderen Grundrechten; sie ist auch anderer Art als die Sozialgebundenheit des Eigentums (vgl. Art. 14 Abs. 2 GG). In Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Recht und Pflicht von vornherein unlöslich miteinander verbunden; die Pflicht ist nicht eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses „Elternrechts“, das insoweit treffender als „Elternverantwortung“ bezeichnet werden kann. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG schützt danach die freie Entscheidung der Eltern darüber, wie sie die-

⁶⁵ BVerfGE 24, 119 (Ls. 4 und 144) (Adoption I); 103, 89 (107) (Unterhaltsverzichtsvertrag). Zur Schutzpflicht allgemein vgl. Rn. 122 ff.

⁶⁶ BVerfGE 60, 79 (94) (Sorgerechtsentzug).

⁶⁷ BVerfGE 60, 79 (91) (Sorgerechtsentzug); 103, 89 (107) (Unterhaltsverzichtsvertrag).

ser natürlichen Verantwortung gerecht werden wollen; er schützt nicht diejenigen Eltern, die sich dieser Verantwortung entziehen.

Wenn Eltern in dieser Weise versagen, greift das Wächteramt des Staates nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ein; der Staat ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen. Diese Verpflichtung des Staates folgt nicht allein aus dem legitimen Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der Erziehung des Nachwuchses, aus sozialstaatlichen Erwägungen oder etwa aus allgemeinen Gesichtspunkten der öffentlichen Ordnung; sie ergibt sich in erster Linie daraus, dass das Kind als Grundrechtsträger selbst Anspruch auf den Schutz des Staates hat. Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. (...) In diesem Sinne bildet das Wohl des Kindes den Richtpunkt für den Auftrag des Staates gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG. **Dies bedeutet nicht, dass jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit den Staat berechtigt, die Eltern von der Pflege und Erziehung auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen; vielmehr muss er stets dem grundsätzlichen Vorrang der Eltern Rechnung tragen. Zudem gilt auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.** Art und Ausmaß des Eingriffs bestimmen sich nach dem Ausmaß des Versagens der Eltern und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist. Der Staat muss daher nach Möglichkeit zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen.“

528 Schließlich begrenzt **Art. 6 Abs. 3 GG** den besonders intensiven Eingriff der **Trennung der Kinder von ihren Eltern** und bindet ihn an besondere strenge Voraussetzungen.⁶⁸ Es muss ein Versagen der Erziehungsberechtigten oder aber die Gefahr der Verwahrlosung gegeben sein. Trennung meint die Herauslösung der Kinder aus dem Familienverband mit dem Ziel der Begründung eines staatlichen Erziehungseinflusses wegen elterlichen Erziehungsversagens.⁶⁹ Keine Trennung stellen damit etwa Umgangsregelungen⁷⁰ oder Maßnahmen der Ausländerbehörde, die den Familiennachzug beschränken⁷¹, dar. Als stärkster vorstellbarer Eingriff in das Elternrecht unterliegt die Trennung der strikten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁷²

bb) Art. 7 Abs. 1 GG (Schulaufsicht des Staates)

529 Eine Schranke des elterlichen Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG folgt schließlich aus Art. 7 Abs. 1 GG. Diese Vorschrift stellt die Schule unter die Aufsicht des Staates und ist seinem Wortlaut zufolge eine **organisationsrechtliche Bestimmung**.⁷³ Art. 7 Abs. 1 GG ist kein Grundrecht, das dem Einzelnen subjektive Rechte vermittelt.

⁶⁸ Zur Funktion des Art. 6 Abs. 3 GG als Schranken-Schranke BVerfGE 60, 79 (91) (Sorgerechtsentzug); 76, 1 (48) (Familiennachzug).

⁶⁹ BVerfGE 76, 1 (48) (Familiennachzug); a. A. Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 6 Rn. 64 (jede Herauslösung ohne Rücksicht auf das Ziel genügt).

⁷⁰ BVerfGE 31, 194 (201) (Verkehrsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils).

⁷¹ BVerfGE 76, 1 (48) (Familiennachzug).

⁷² Burgi/Hölbling, Jura 2008, 901 (905).

⁷³ Vgl. zum Begriff der Schulaufsicht J. Müller, Schulische Eigenverantwortung und staatliche Aufsicht, 2006, S. 59 ff.

Das BVerfG hat der Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus weit reichende Bedeutung verliehen und ihr – unter Zustimmung der Literatur⁷⁴ – eine **umfassende Berechtigung und Verpflichtung des Staates** entnommen, das Schulwesen zu planen und zu organisieren sowie eigene Erziehungsziele zu setzen.⁷⁵ Art. 7 Abs. 1 GG erlaubt es dem Staat, sowohl das Schulsystem organisatorisch zu gliedern wie auch Ausbildungsgänge und Bildungsziele im Einzelnen festzulegen. Insbesondere deckt Art. 7 Abs. 1 GG auch Vorgaben für den Inhalt der schulischen Erziehung ab.⁷⁶ Schulen i. S. v. Art. 7 Abs. 1 GG sind allerdings lediglich die Einrichtungen, die auf gewisse Dauer angelegt sind und ein zusammenhängendes Unterrichtsprogramm in einer Mehrzahl von Fächern bieten.⁷⁷ Daher sind Kindergärten und Volkshochschulen keine Schulen i. S. v. Art. 7 Abs. 1 GG. Auch die Hochschulen fallen nicht unter Art. 7 Abs. 1 GG.⁷⁸

Praktische Bedeutung gewinnt Art. 7 Abs. 1 GG vor allem als **Schranke anderer Grundrechte**, insbesondere der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG (gegebenenfalls i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) (Persönlichkeitsrechte der Schüler)⁷⁹, Art. 4 Abs. 1, 2 GG (religiöse Inhalte)⁸⁰, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG (Schulfunk)⁸¹, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (schulische Erziehungsmaßnahmen)⁸² und Art. 12 Abs. 1 GG (Oberstufe, Berufsschule)⁸³. In der Praxis des BVerfG wurde Art. 7 Abs. 1 GG zudem als Schranke der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) herangezogen.⁸⁴ Begründen lässt sich diese – dem Wortlaut nicht zu entnehmende – Schrankenfunktion damit, dass Art. 7 Abs. 1 GG einen Gestaltungsauftrag hinsichtlich des Schulwesens an den Staat richtet. Will der Staat diesen Gestaltungsauftrag wahrnehmen, sind Konflikte mit Grundrechten von Eltern und Schülern unvermeidlich. Die systematische und teleologische Auslegung ergibt die Schrankenfunktion des Art. 7 Abs. 1 GG.

Allerdings wirkt Art. 7 Abs. 1 GG insbesondere gegenüber dem elterlichen Erziehungsrecht nicht in unbeschränkter Weise. Vielmehr sind – wie auch sonst bei der Kollision verschiedener Verfassungsgüter – **Schranken-Schranken** zu beachten: Die kollidierenden Verfassungsrechtsgüter müssen im Sinne **praktischer Konkordanz**⁸⁵ zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden. Zu diesem Zweck ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Das BVerfG hat hier allgemein gültige Maßstäbe entwickelt, anhand derer es Eingriffe in das elterliche Erziehungsrecht prüft: Ausgangspunkt ist, dass das **Erziehungsrecht der Eltern und das der**

⁷⁴ Beispielsweise *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 7 Rn. 80 ff.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Art. 7 Rn. 34 ff.

⁷⁵ BVerfGE 34, 165 (181) (Förderstufe); 47, 46 (71 f.) (Sexualkundeunterricht); 93, 1 (21 f.) (Kruzifix); 98, 218 (244 f.) (Rechtschreibreform).

⁷⁶ BVerfGE 26, 228 (238) (Sorsum).

⁷⁷ *Badura*, in: Maunz-Dürig, Art. 7 Rn. 11.

⁷⁸ BVerfGE 37, 314 (320) (Private Fachhochschulen).

⁷⁹ BVerfGE 47, 46 (73) (Sexualkundeunterricht).

⁸⁰ BVerfGE 93, 1 (21) (Kruzifix).

⁸¹ BVerfGE 83, 238 (340) (6. Rundfunkentscheidung [Nordrhein-Westfalen-Urteil]).

⁸² BVerfGE 47, 46 (71 f.) (Sexualkundeunterricht).

⁸³ BVerfGE 58, 257 (272 f.) (Schulentlassung).

⁸⁴ BVerfGE 26, 228 (238) (Sorsum).

⁸⁵ Vgl. Rn. 91 ff.

Schule grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander stehen⁸⁶ und beide eine **gemeinsame Erziehungsaufgabe** wahrnehmen.⁸⁷ Keinem der beiden Rechte kommt daher von vornherein der Vorrang zu; auch darf die Schule unabhängig von den Eltern eigene Erziehungsziele setzen. Erziehungsmaßnahmen sind aber immer daran zu messen, ob sie dem Wohl des Kindes dienen. Für den Bereich der individuellen Erziehung folgt daraus nach Ansicht des BVerfG ein grundsätzlicher Vorrang des Elternrechts.⁸⁸ Anderes gilt hingegen für die Wissensvermittlung, die traditionelle Aufgabe der Schule ist. Regelmäßig sind hier die besonders ausgebildeten Lehrkräfte in höherem Maße kompetent als die Eltern. Zudem ist ein Eingriff durch die bloße Wissensvermittlung minimal, weil damit weder eine Indoktrination noch eine weitergehende Lenkung stattfindet. Soweit es also um Wissensvermittlung geht, hat das Recht aus Art. 7 Abs. 1 GG gegenüber Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich den Vorrang.⁸⁹ Kein Vorrang ist schließlich im Bereich der wertorientierten Erziehung auszumachen, wobei – unter Berücksichtigung der staatlichen Neutralitätspflicht – durchaus religiöse und wertorientierte Bezüge vom Staat eingebracht werden dürfen.⁹⁰ Ein staatlicher Ethikunterricht⁹¹ begegnet daher ebensowenig Bedenken wie das Bemühen, dem Entstehen von „Parallelgesellschaften“ dadurch entgegenzuwirken, dass der Schule eine integrative Funktion zugemessen wird. Das Bildungs- und Erziehungsprogramm für die Schule ist daher grundsätzlich unabhängig von den Wünschen der beteiligten Schüler und ihrer Eltern.⁹² Die in Art. 7 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich anerkannte **Bildungs- und Integrationsfunktion** der Schule würde nur unvollkommen Wirksamkeit erlangen, müsste der Staat die Schul- und Unterrichtsgestaltung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner der Vorstellungen der Beteiligten ausrichten.⁹³

BVerfGE 47, 46 (71 f.) (Sexualkundeunterricht): „Der Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates hat bundesverfassungsrechtlich seine Grundlage in Art. 7 Abs. 1 GG. Wie das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat, umfasst die in Art. 7 Abs. 1 GG statuierte Schulaufsicht des Staates jedenfalls die Befugnis zur Planung und Organisation des Schulwesens mit dem Ziel, ein Schulsystem zu gewährleisten, das allen jungen Bürgern gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen gesellschaftlichen Leben entsprechenden Bildungsmöglichkeiten eröffnet. Zu diesem staatlichen Gestaltungsbereich gehört nicht nur die organisatorische Gliederung der Schule, sondern auch die inhaltliche Festlegung der Ausbildungsgänge und der Unterrichtsziele. **Der Staat kann daher in der Schule grundsätzlich unabhängig von den Eltern eigene Erziehungsziele verfolgen.** Der allgemeine Auftrag der Schule zur Bildung und Erziehung der Kinder ist dem Elternrecht nicht nach-, sondern gleichgeordnet. Weder dem Elternrecht noch dem Erziehungsauftrag des Staates kommt ein absoluter Vorrang zu. **Entgegen einer mitunter im Schrifttum vertretenen Auffassung ist der Lehr- und Erziehungsauftrag der Schule auch nicht darauf beschränkt, nur Wissensstoff zu vermitteln. Dieser Auftrag des Staates, den**

⁸⁶ BVerfGE 47, 46 (72) (Sexualkundeunterricht); 98, 218 (244 f.) (Rechtschreibreform).

⁸⁷ BVerfGE 34, 165 (183) (Förderstufe).

⁸⁸ BVerfGE 47, 46 (76 f.) (Sexualkundeunterricht).

⁸⁹ BVerfGE 47, 46 (75) (Sexualkundeunterricht).

⁹⁰ BVerfGE 41, 29 (44 f.) (Simultanschule); 93, 1 (21 f.) (Kruzifix).

⁹¹ BVerfGK 10, 423 ff.

⁹² BVerfGK 1, 141 (143).

⁹³ BVerwG, NJW 2014, 804 (806) (Krabat).

Art. 7 Abs. 1 GG voraussetzt, hat vielmehr auch zum Inhalt, das einzelne Kind zu einem selbstverantwortlichen Mitglied der Gesellschaft heranzubilden. Die Aufgaben der Schule liegen daher auch auf erzieherischem Gebiet.“

3. Mutterschutz (Art. 6 Abs. 4 GG)

Art. 6 Abs. 4 GG ist eines der wenigen Grundrechte, die unmittelbar als **Anspruchsnorm** formuliert sind. Mit der staatlichen Verpflichtung, Schutz und Fürsorge für Mütter zu organisieren, korrespondiert folglich ein Anspruch der Mütter auf Leistungen. Allerdings – und das ist die typische Schwäche aller grundrechtlichen Leistungsansprüche – besteht nur im absoluten Ausnahmefall ein Anspruch auf eine konkrete Leistung.⁹⁴ Normalerweise besteht ein weiterer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.⁹⁵ Art. 6 Abs. 4 GG wirkt zudem als Diskriminierungsverbot zu Lasten von Müttern, das es etwa verbietet, an eine Schwangerschaft rechtliche Nachteile zu knüpfen.⁹⁶

533

4. Nichteheliche Kinder (Art. 6 Abs. 5 GG)

Auch Art. 6 Abs. 5 GG enthält einen Auftrag an den Staat: Er soll für die Gleichstellung der nichtehelichen mit den ehelichen Kindern sorgen. Art. 6 Abs. 5 GG stellt zudem einen **besonderen Gleichheitssatz** dar.⁹⁷ Hinsichtlich der Umsetzung der Forderung des Art. 6 Abs. 5 GG ist der Gesetzgeber lange zögerlich verfahren, sodass sich das BVerfG mehrfach genötigt sah, in verfassungsrechtlich problematischer Weise als „Ersatzgesetzgeber“ aus der Verfassung unmittelbar geltendes Recht abzuleiten.⁹⁸ Mittlerweile ist die Gleichstellung in rechtlicher Hinsicht (nahezu) erreicht.

534

III. Die Grundrechte des Art. 7 GG

Art. 7 GG enthält in seinen sechs Absätzen verschiedene Regelungen, die einige grundsätzliche Fragen des Schulwesens klären und die nur vereinzelt als subjektive Rechte wirken. Die Gesetzgebungskompetenz für das Schulwesen liegt gemäß Art. 70 GG bei den Ländern, an die sich die Vorgaben folglich richten.

535

⁹⁴ Vgl. aber BVerfGE 115, 259 (271 ff.) (Beschäftigungsverbot).

⁹⁵ BVerfGE 60, 68 (76) (Mutterschutz). Vgl. zum Gestaltungsspielraum Rn. 127.

⁹⁶ BVerfGE 44, 211 (215) (Schwangerschaft kein Eignungsmangel).

⁹⁷ BVerfGE 25, 167 (Ls. 1) (Nichtehelichkeit); zuletzt BVerfGE 118, 45 (62) (Betreuungsunterhalt).

⁹⁸ Sehr deutlich BVerfGE 25, 167 (Ls. 1 und 182 ff.) (Nichtehelichkeit).

1. Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 2, 3 GG)

536 „Der Religionsunterricht ist in den öffentlichen Schulen (...) ordentliches Lehrfach.“ Mit dieser Bestimmung bestätigt Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG das grundgesetzliche Modell der **Kooperation von Kirche und Staat**.⁹⁹ Gleichzeitig legt Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG die Verantwortung der Religionsgemeinschaften für die Inhalte des Unterrichts fest. Die staatliche Verantwortung beschränkt sich lediglich auf die allgemeine Schulaufsicht. Der Staat darf hingegen angesichts seiner u. a. aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG und Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 1 WRV abzuleitenden religiösen und weltanschaulichen **Neutralitätspflicht** keine Inhalte vorgeben. Daher ist er auf die Kooperation der Religionsgemeinschaften angewiesen, wenn er Religionsunterricht anbieten will. Umgekehrt ergibt sich aus Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG ein Abwehrrecht der Religionsgesellschaften gegen einen staatlicherseits mit eigenen Inhaltsfestlegungen erteilten „Religionsunterricht“.

537 Religionsunterricht i. S. v. Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG ist die **Vermittlung der Glaubenssätze** der jeweiligen Religionsgemeinschaft als bestehende Wahrheit.¹⁰⁰ Religionskundliche Veranstaltungen, bei denen vergleichende Betrachtung und Information im Vordergrund stehen, sind somit nicht als Religionsunterricht einzuordnen. „Zugespitzt: Religionsunterricht erteilt, wer nicht nur sagt, was geglaubt wird, sondern was geglaubt werden soll.“¹⁰¹

a) Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG als Grundrecht

538 Inwieweit Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG **subjektive Leistungsrechte** der Religionsgemeinschaften einerseits und der Eltern und Schüler andererseits **auf Einrichtung von Religionsunterricht** begründet, ist bislang nicht abschließend entschieden. Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG enthält nach seinem Wortlaut lediglich die Feststellung, der Religionsunterricht sei an den öffentlichen Schulen ordentliches Lehrfach. Der Staat wird dementsprechend zur Einrichtung von Religionsunterricht verpflichtet, sodass Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG eine **Einrichtungsgarantie** (institutionelle Garantie) enthält.¹⁰² Institutionelle Garantien sind jedoch Verfassungsvorschriften, die jedenfalls nicht in erster Linie auf die Gewährung subjektiver Rechte, sondern auf die objektiv-rechtliche Garantie bestimmter Rechtsinstitute abzielen.¹⁰³ Dennoch können institutionelle Garantien subjektive Rechte vermitteln.¹⁰⁴ Daher haben zumindest die Religionsgemeinschaften einen einklagbaren Anspruch auf die Einrichtung von Religionsunterricht.¹⁰⁵

539 Die Reichweite des Anspruchs ist vor allem im Zusammenhang mit der Einführung eines **islamischen Religionsunterrichts** umstritten. Denn ein Anspruch aus

⁹⁹ Vgl. Rn. 322 f.

¹⁰⁰ BVerfGE 74, 244 (252) (Religionsunterrichtsteilnahme Konfessionsfremder).

¹⁰¹ Oebbecke, DVBl. 1996, 336 (341).

¹⁰² Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Art. 7 Rn. 94; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 7 Rn. 119. Zu Einrichtungsgarantien vgl. Rn. 429 ff.

¹⁰³ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Vor Art. 109 Anm. 8.

¹⁰⁴ Vgl. zu den Voraussetzungen eines subjektiven Rechts Rn. 137.

¹⁰⁵ BVerfGE 123, 49 (52 ff.) (Islamischer Religionsunterricht).

Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG setzt das Bestehen einer Religionsgemeinschaft gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG voraus, die die Grundsätze für diesen Unterricht in Kooperation mit dem Staat festlegt. Der Begriff der Religionsgemeinschaft ist nach der Rechtsprechung des BVerwG ebenso zu verstehen wie der Begriff der Religionsgesellschaft gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 ff. WRV.¹⁰⁶ Erforderlich ist zumindest ein Minimum an Organisation, welches immer entsteht, wenn sich Menschen auf der Grundlage eines gemeinsamen Glaubens zur Erfüllung der sich daraus ergebenden Aufgaben vereinigen. Daran fehlte es in der Vergangenheit auf Seiten der muslimischen Verbände, die als Dachverbände unterschiedliche Gruppen vereinigten und selbst Aufgaben nur in beschränktem Umfang wahrnahmen. Hier allerdings ist die Entwicklung im Fluss. Sobald sich die muslimischen Gemeinschaften zu einer Religionsgemeinschaft i. S. v. Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG zusammengeschlossen haben, steht einem Anspruch auf die Einführung eines islamischen Religionsunterrichts im Grundsatz nichts im Wege.¹⁰⁷

b) Grenze des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG: Art. 141 GG

Eine Grenze findet die Verpflichtung zum Angebot von Religionsunterricht in der sog. **Bremer Klausel** des Art. 141 GG, die den territorialen Geltungsbereich des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG begrenzt. Art. 141 GG gilt unstreitig für Bremen und Berlin. Die Anwendbarkeit auf die neuen Bundesländer ist umstritten.¹⁰⁸

540

c) Bestimmungsrecht der Erziehungsberechtigten (Art. 7 Abs. 2 GG)

Grundrechtliche Wirkung entfaltet Art. 7 Abs. 2 GG, der das Bestimmungsrecht der Erziehungsberechtigten über die Teilnahme ihrer Kinder am Religionsunterricht garantiert. Art. 7 Abs. 2 GG ist *lex specialis* zu Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 6 Abs. 2 S. 1 und Art. 7 Abs. 1 GG. Das Recht endet, wenn das Kind religionsmündig wird.¹⁰⁹ Für die Lehrer ergibt sich ein Recht zur Verweigerung vom Religionsunterricht aus Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf religiös und weltanschaulich neutrale Unterrichtsfächer wie Ethik scheidet schon mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage aus.

541

2. Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 4, 5 GG)

Art. 7 Abs. 4 GG enthält die sog. Privatschulfreiheit. Danach ist jedermann berechtigt, Privatschulen zu gründen und zu betreiben. Zu unterscheiden sind zwei unterschiedliche Arten von Privatschulen: die **Ersatz-** und die **Ergänzungsschulen**. Während Ersatzschulen an Stelle der öffentlichen Schulen besucht werden,

542

¹⁰⁶ BVerwGE 123, 49 (54 ff.) (Islamischer Religionsunterricht). Vgl. Rn. 324.

¹⁰⁷ Vgl. BVerwGE 123, 49 (54 ff.) (Islamischer Religionsunterricht). Vgl. die Besprechungen von Häußler, NVwZ 2005, 1396 f., und Stock, NWVBl. 2005, 285 ff. Zu den praktischen Problemen vgl. Kreß, ZRP 2016, 115 ff.

¹⁰⁸ Vgl. zu Art. 141 GG Heckel, ZevKR 44 (1999), 147 ff.; Pieroth/Kingreen, in: Gedächtnisschrift für Jeand'Heur, 1999, alle m. w. N.

¹⁰⁹ Vgl. Rn. 299 ff.

bieten Ergänzungsschulen lediglich ein komplementäres Angebot. Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG schützt sowohl die Ersatz- wie auch die Ergänzungsschulen, während Art. 7 Abs. 4 S. 2–4 GG nur für Ersatzschulen gelten. Sonderregelungen gelten für private Volksschulen (Art. 7 Abs. 5 GG).

543 Art. 7 Abs. 4 GG wirkt als Freiheitsrecht in zwei Richtungen: Einerseits gewährleistet er das Recht, eine Privatschule zu gründen und dafür eine Genehmigung zu erhalten. Andererseits schützt Art. 7 Abs. 4 GG vor Eingriffen in das schulische Konzept. Eine **Schranke** stellt hier die staatliche Schulaufsicht aus **Art. 7 Abs. 1 GG** dar, die auch Privatschulen erfasst. Der Staat muss jedoch bei Eingriffen die Privatschulfreiheit auch hinsichtlich der Bildungsinhalte beachten.

544 Darüber hinaus soll Art. 7 Abs. 4 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG einen **Anspruch auf Schutz und Förderung** des Privatschulwesens gewähren.¹¹⁰ Allerdings hat auch hier der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum; eine konkrete Handlungspflicht wird erst dann ausgelöst, wenn das Privatschulwesen in seinem Bestand bedroht ist. Namentlich ein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Zuschüsse zum Unterhalt, wie ihn das BVerwG einmal angenommen hat,¹¹¹ ist Art. 7 Abs. 4 GG damit nicht zu entnehmen. Jedoch muss der Gesetzgeber die rechtlichen Voraussetzungen für die Gründung von Privatschulen schaffen. Art. 7 Abs. 4 GG enthält eine entsprechende **institutionelle Garantie**.¹¹²

BVerfGE 27, 195 (200 f.) (Hessische Privatschulen): „Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG will die Freiheit im Schulwesen verwirklichen; er gewährleistet jedermann das Grundrecht, Privatschulen zu errichten. Das Recht zur Errichtung von Privatschulen als Ersatz für öffentliche Schulen (Ersatzschulen) ist jedoch durch den Vorbehalt staatlicher Genehmigung beschränkt (Art. 7 Abs. 4 S. 2 GG); ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung ist nur unter den in Art. 7 Abs. 4 S. 3 und Abs. 5 GG aufgeführten Voraussetzungen verfassungsverbürgt. Mit dieser Gründungsfreiheit verbindet Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG zugleich eine Garantie der Privatschule als Institution, die der Privatschule verfassungskräftig eine ihrer Eigenart entsprechende Verwirklichung sichert. Der dem staatlichen Einfluss damit entzogene Bereich ist dadurch gekennzeichnet, dass in der Privatschule ein eigenverantwortlich geprägter und gestalteter Unterricht erteilt wird, insbesondere soweit er die Erziehungsziele, die weltanschauliche Basis, die Lehrmethode und Lehrinhalte betrifft. **Diese Gewährleistung bedeutet die Absage an ein staatliches Schulmonopol und ist zugleich eine Wertentscheidung, die eine Benachteiligung gleichwertiger Ersatzschulen gegenüber den entsprechenden staatlichen Schulen allein wegen ihrer andersartigen Erziehungsformen und -inhalte verbietet.** Dieses Offensein des Staates für die Vielfalt der Formen und Inhalte, in denen Schule sich darstellen kann, entspricht den Wertvorstellungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, die sich zur Würde des Menschen und zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität bekennt. **Das Grundrecht der Privatschulfreiheit bedeutet allerdings nicht, dass die Privatschule eine staatsfreie Schule ist.** Ebenso wie die Weimarer Reichsverfassung bekennt sich das Grundgesetz, jedoch mit verstärkten Garantien, zu dem „System der begrenzten Unterrichtsfreiheit“ der Privatschulen. Denn die Länder haben nicht nur die Gesetzgebungszuständigkeit für das Privatschulwesen; nach Art. 7 Abs. 1 GG unterstehen die Privatschulen auch ihrer Schulaufsicht. Die staatliche Schulaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 GG ist aber bei den Privatschulen ebenso wenig wie bei den öffentlichen Schulen ein umfassendes staatliches Bestimmungsrecht über die Schulen; vielmehr ist sie insbesondere durch Art. 6 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG modifiziert.“

¹¹⁰ BVerfGE 75, 40 (62) (Privatschulfinanzierung I).

¹¹¹ BVerwGE 70, 290 (292 f.).

¹¹² BVerfGE 75, 40 (62) (Privatschulfinanzierung I).

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Erziehungsrecht der Eltern (Schutzbereich, Schranken) (Rn. 519 ff.).
- Grundrechte in der Schule/Schranke des Art. 7 Abs. 1 GG (Rn. 529 ff.).
- Islamischer Religionsunterricht, Ethikunterricht (Rn. 539 und Rn. 532).
- Abwehrrechtlicher Gehalt des Schutzes von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) (Rn. 510).
- Ehe, Familie und Steuerrecht (Leistungsansprüche, Gleichheitssatz) (Rn. 508 und Rn. 511).
- Schutz nichtehelicher und gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften (Diskriminierungsgebot?) (Rn. 509).

Kapitel 11: Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Literatur:

Burgi, Martin, Das Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung durch einfaches Gesetz, ZG 1994, 341 ff.; *Lege, Joachim*, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, Jura 2002, 753 ff.; *Pieroth, Bodo*, Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG, AöR 115 (1990), 33 ff.

Fallbearbeitungen:

Brinktrine, Ralf/Šarčević, Edin, Klausur Nr. 1 (S. 1 ff.); *Degenhart, Christoph*, I, Fall 10 (S. 148 ff.); *Kahl, Wolfgang*, Grundfälle zu Art. 2 I GG, JuS 2008, 499 ff., 595 ff.; *Volkman, Uwe*, Fall 2 (S. 27 ff.).

Leitentscheidungen:

BVerfGE 6, 32 ff. (Elfen); 54, 143 ff. (Taubenfütterungsverbot); 80, 137 ff. (Reiten im Walde); 90, 145 ff. (Cannabis); 97, 332 ff. (Kindergartenbeiträge); 104, 337 ff. (Schächterlaubnis) zum Grundrechtsschutz für Ausländer.

I. Hintergrund

Die Gewährleistung einer „allgemeinen Handlungsfreiheit“, also der Freiheit des Einzelnen, zu tun und zu lassen, was er will, stellt in der deutschen Verfassungstradition ein Novum dar. Gleichwohl kann man die Handlungsfreiheit zu den ältesten Grundrechtsgarantien überhaupt zählen: So bestimmte schon die erste französische Verfassung von 1791 in ihrem Art. 4: „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.“¹ In Deutschland verzichteten die Vorläufer des Grundgesetzes auf eine solche Generalklausel und enthielten stattdessen eine Fülle von Einzelgewährleistungen. Diese konnten naturgemäß den Umfang einer allgemeinen Handlungsfreiheit nicht erreichen, sodass sich bald Schutzlücken auftaten. Es verwundert daher nicht, dass in der Weimarer Zeit intensiv darüber diskutiert wurde, ob man nicht Art. 114 WRV, der die Freiheit der Person garantierte, als umfassende Handlungsfreiheit auslegen könnte. Aus diesen Erfahrungen haben die Verfassungs-

546

¹ „Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was andere nicht beeinträchtigt.“

geber die Konsequenzen gezogen und eine allgemeine Handlungsfreiheit in das Grundgesetz aufgenommen. In der Weite vergleichbare Regelungen kennen die EMRK und die GR-Charta nicht.

II. Schutzbereich

547

Fall 17: Recht auf Rausch?

Der Jurastudent J hat während eines Auslandssemesters in den Niederlanden die Freuden des gelegentlichen Cannabiskonsums kennen gelernt. Zurück in Deutschland steht er vor einem Dilemma: Einerseits möchte er gern auch weiterhin Cannabis konsumieren; andererseits möchte er seinen späteren beruflichen Erfolg nicht in Gefahr bringen. Denn der Verkehr mit Cannabis und auch der Besitz sind gemäß § 29 Abs. 1 Nrn. 1, 3 BtMG strafbar. J sieht in dieser Strafvorschrift und dem zu Grunde liegenden Verbot jedes Besitzes und Verkehrs mit Cannabis eine Verletzung seines Rechts auf Rausch. Daher erhebt er unmittelbar Verfassungsbeschwerde zum BVerfG. Die Gründe, die dem Verbot von Cannabis zu Grunde gelegen hätten, seien wissenschaftlich widerlegt. Das Verbot von Cannabis sei ungeeignet, den Drogenkonsum zu vermindern. Cannabis sei ohnehin überall problemlos erhältlich. Ein Verbot sei jedenfalls nicht erforderlich. Cannabis sei keineswegs eine „Einstiegsdroge“, deren Konsum zumeist auch den Konsum harter Drogen nach sich ziehe. Dies belegten aktuelle Untersuchungen, nach denen etwa ein Drittel aller Jugendlichen bereits ein- oder mehrmals Cannabisprodukte konsumiert hätten. Cannabis mache zudem nicht körperlich abhängig. Eine psychische Abhängigkeit trete bei nur gelegentlichem Konsum ebenfalls nicht auf. Bei nur gelegentlichem Gebrauch seien schließlich die Gesundheitsgefahren jedenfalls weniger schwer wiegend als bei Alkohol. Die Bundesregierung verteidigt hingegen das strafbewehrte Verbot von Cannabis: Immerhin etwa fünf Prozent der Cannabiskonsumenten wechselten zu harten Drogen. Zudem sei die Gefahr einer psychischen Abhängigkeit bei labilen Personen durchaus gegeben. Schließlich sei der Cannabiskonsum eine Gefahr für den Straßenverkehr. Hat die Verfassungsbeschwerde Erfolg?

Hinweis: Wird die Zulässigkeit verneint, ist die Begründetheit hilfsgutachterlich zu prüfen. Auf das Problem der Verfristung der Verfassungsbeschwerde (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) und auf Gleichheitsrechte ist nicht einzugehen.

§ 29 BtMG

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft, (...)
3. Betäubungsmittel besitzt, ohne zugleich im Besitz einer schriftlichen Erlaubnis für den Erwerb zu sein (...)

(5) Das Gericht kann von einer Bestrafung nach den Absätzen 1, 2 und 4 absehen, wenn der Täter die Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, herstellt, einführt, ausführt, durchführt, erwirbt, sich in sonstiger Weise verschafft oder besitzt.

Fall nach BVerfGE 90, 145 ff. (Cannabis)

1. Persönlicher Schutzbereich

Art. 2 Abs. 1 GG gewährt ein Jedermann-Grundrecht. Gem. Art. 19 Abs. 3 GG ist Art. 2 Abs. 1 GG zudem auf juristische Personen wesensmäßig anwendbar, weil das Grundrecht in seiner Auslegung durch das BVerfG nicht an natürliche Eigenschaften des Menschen anknüpft.²

548

2. Sachlicher Schutzbereich

a) Ausgangspunkt: Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GG

Nach seinem Wortlaut schützt Art. 2 Abs. 1 GG die **freie Entfaltung der Persönlichkeit**. Von allgemeiner Handlungsfreiheit ist nicht die Rede. Im Gegenteil lässt der recht vage formulierte Wortlaut auch engere Deutungen des Art. 2 Abs. 1 GG zu. Vorgeschlagen wurde in der Frühzeit des Grundgesetzes die Beschränkung des Schutzes auf besonders wichtige Elemente der Persönlichkeitsentfaltung, mithin auf einen Kernbereich („Persönlichkeitskerntheorie“).³ Und auch, wenn man den Schutzbereich nicht derart eng ziehen möchte, könnte man dessen Umfang auf das beschränken, was für die Persönlichkeitsentfaltung von „erheblicher Bedeutung“ ist.⁴ Danach wäre der Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG auf das Verhalten in der engeren persönlichen, freilich nicht auf rein geistige und sittliche Entfaltung beschränkten Lebenssphäre begrenzt.⁵ Der Wortlaut jedenfalls ist hinsichtlich all dieser Auslegungsmöglichkeiten offen.

549

² Vgl. allgemein Rn. 156 ff. (insbesondere Rn. 172).

³ Peters, BayVBl. 1965, 37 ff.

⁴ BVerfGE 80, 137 (166) (Reiten im Walde, abw. Meinung *Grimm*); *Duttge*, NJW 1997, 3353 (3354).

⁵ Hesse, Rn. 428.

b) Die Weichenstellung des Elfes-Urteils

550 Das BVerfG hat sich jedoch bereits im Elfes-Urteil⁶ auf die weitest mögliche Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG als umfassende „allgemeine Handlungsfreiheit“ festgelegt. Dem Urteil lag der Fall des ehemaligen Stadtdirektors von Mönchengladbach, *Wilhelm Elfes*, zu Grunde, dem die Passbehörde im Jahr 1953 die Verlängerung seines Reisepasses verweigert hatte. *Elfes* war Mitglied im „Bund der Deutschen“, der die Politik Adenauers, insbesondere die Westintegration und die sich abzeichnende Wiederbewaffnung, bekämpfte, weil er darin eine Gefahr für die Wiedervereinigung sah. *Elfes* hatte im Rahmen seiner Tätigkeit für den Bund u. a. eine „Gesamtdeutsche Erklärung“ unterschrieben, der auch Vertreter aus den damaligen Ostblockstaaten beigetreten waren. Zudem hatte er an Kongressveranstaltungen in Ost-Berlin und Budapest teilgenommen. Die zuständige Behörde sah deshalb äußere Belange der Bundesrepublik gefährdet. Vor dem BVerfG unterlag *Elfes* zwar in der Sache. Nachdem das BVerfG jedoch die Ableitung der „Ausreisefreiheit“ aus Art. 11 Abs. 1 GG⁷ abgelehnt hatte, nutzte das Gericht die Gelegenheit für eine genaue Bestimmung des Schutzbereichs und der Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit.

c) Gründe für eine „allgemeine Handlungsfreiheit“

551 Das BVerfG stützt seine Annahme vor allem auf zwei **systematische Erwägungen**: Die Persönlichkeitskerntheorie sei schon deshalb abzulehnen, weil bei einem Blick auf die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG nicht verständlich sei, wie die Entfaltung innerhalb des Kernbereichs der Persönlichkeit gegen das Sittengesetz oder die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen könne.⁸ Diese umfassenden Schranken legten vielmehr nahe, dass das „Individuum als Mitglied der Gemeinschaft“ geschützt sei, was über eine Betätigung bloß im Kernbereich deutlich hinausgehe. Das BVerfG bezieht also die **Grundrechtsschranken** in die Auslegung ein und zieht den Schutzbereich weit.⁹ Ein weiteres Argument gewinnt das BVerfG aus einer Gesamtbetrachtung des Grundrechtsteils des Grundgesetzes: Dieses enthalte mit den verschiedenen speziellen Freiheitsrechten und ihren unterschiedlichen Schranken ein **abgestuftes System des Grundrechtsschutzes**, dessen Basis Art. 2 Abs. 1 GG darstelle.¹⁰ Bereiche, die nach geschichtlicher Erfahrung besonders dem Zugriff der öffentlichen Gewalt ausgesetzt sind, seien durch besondere Bestimmungen stärker geschützt, als es Art. 2 Abs. 1 GG für jedes menschliche Verhalten vorsehe. Art. 2 Abs. 1 GG ist nach dieser Betrachtung das „Haupt- oder Muttergrundrecht“, aus dem sich weitere spezielle Freiheitsrechte ableiten. Ein deutlicher Beleg für die Richtigkeit dieser Annahme ist nicht zuletzt die prominente Stellung des Art. 2 Abs. 1 GG vor allen anderen Freiheitsrechten.

⁶ BVerfGE 6, 32 ff. (Elfes).

⁷ Vgl. Rn. 746.

⁸ BVerfGE 6, 32 (35) (Elfes).

⁹ Die Argumentation ist hier spiegelbildlich der bei vorbehaltlosen Grundrechten: Dort ist tendenziell eine enge Schutzbereichsauslegung geboten, weil eine Einschränkung nur ausnahmsweise durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann (vgl. Rn. 81).

¹⁰ BVerfGE 6, 32 (37) (Elfes).

Diese systematischen Argumente treffen sicherlich zu, gehen allerdings am Kern des Problems ein wenig vorbei. Der Streit um die richtige Schutzbereichsauslegung ist in erster Linie ein Streit um den **Sinn und Zweck** des Art. 2 Abs. 1 GG im Grundrechtsgefüge. Folgt man der Auffassung des BVerfG, das jedes menschliche Tun und Unterlassen als von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ansieht, schützt Art. 2 Abs. 1 GG vor jeglicher staatlicher Beeinträchtigung persönlicher Freiheit. Der Bürger kann folglich jeden belastenden Hoheitsakt mit der Behauptung, in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt zu sein, mittels einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle zuführen.

552

Für Eingriffe in die persönliche Freiheit gilt der aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2, 3 GG) abgeleitete **Vorbehalt des Gesetzes**.¹¹ Eingriffe in Freiheit und Eigentum bedürfen also stets einer gesetzlichen Grundlage, auch wenn der Eingriff auf den ersten Blick noch so banal erscheint.¹² Der Vorbehalt des Gesetzes hat auf Grund seiner ursprünglichen Ableitung aus dem ausschließlich an den Staat gerichteten Rechtsstaatsprinzip jedoch eine natürliche Schwäche: Er stellt lediglich objektives Verfassungsrecht dar, welches dem Einzelnen zunächst keine subjektiven Rechte vermittelt. Selbst wenn der Staat gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößt und ohne gesetzliche Grundlage in die persönliche Freiheit des Einzelnen eingreift, ist damit noch keine Aussage darüber getroffen, ob und wie sich der Einzelne dagegen wehren kann. Verstöße gegen (nur) objektives Recht können im deutschen Rechtssystem, welches bis auf wenige Ausnahmen auf dem Schutz subjektiver, individueller Rechte beruht, grundsätzlich nicht gerügt werden. Dieser Grundsatz gilt auch im Verfassungsrecht; der Einzelne kann gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG lediglich die Verletzung der Grundrechte und einiger weniger grundrechtsgleicher Rechte mittels der Verfassungsbeschwerde rügen.

553

Die Verknüpfung zwischen dem objektiv-rechtlichen Vorbehalt des Gesetzes und dem Rechtsschutz des Einzelnen folgert das BVerfG daraus, dass jede staatliche Beeinträchtigung persönlicher Freiheit in Art. 2 Abs. 1 GG eingreift, sodass der grundrechtliche Schutz vor staatlichen Eingriffen lückenlos ist. Fehlt die gesetzliche Grundlage und liegt damit ein Verstoß gegen den objektiv-rechtlichen Vorbehalt des Gesetzes vor, so verletzt der Eingriff zugleich das subjektive Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG. Erst Art. 2 Abs. 1 GG in seiner weiten Auslegung führt daher zu einem **effektiven Schutz persönlicher Freiheit** vor staatlicher Beschränkung.

554

Zugleich geht das BVerfG noch einen Schritt weiter, indem es die Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ (Art. 2 Abs. 1 GG) als „**Vorbehalt des in jeder Hinsicht formell und materiell verfassungsmäßigen – insbesondere verhältnismäßigen – Gesetzes**“ versteht.¹³ Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG – und auch in alle speziellen Freiheitsrechte – dürfen nur durch ein Gesetz erfolgen, das in jeder Beziehung mit der Verfassung in Einklang steht. Der Bürger kann sich also

555

¹¹ Vgl. Rn. 404.

¹² Beispiel etwa BVerfGE 54, 143 ff. (Taubenfütterungsverbot): Das ordnungsbehördliche Verbot des Taubenfütterns stellt einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar.

¹³ BVerfGE 6, 32 (41) (Elfen); 9, 83 (88) (Eingriffsfreiheit); 80, 137 (153) (Reiten im Walde).

nicht bloß gegen materiell verfassungswidrige, beispielsweise unverhältnismäßige Beschränkungen seiner Freiheit wehren, sondern auch gegen nur in formeller Hinsicht verfassungswidrige Eingriffe. Damit wird das gesamte formelle Verfassungsrecht, insbesondere die Bestimmungen über das Gesetzgebungsverfahren, die Gesetzgebungs- und die Verwaltungskompetenzen (Art. 70 ff. GG), verfassungsbeschwerdefähig, sobald nur irgendeine Freiheitsbeschränkung gegeben ist. Hat also etwa der Bundesgesetzgeber ein belastendes Gesetz erlassen, für das nicht dem Bund, sondern den Ländern die Gesetzgebungskompetenz zukommt, kann dieses mit der Verfassungsbeschwerde erfolgreich angegriffen werden, auch wenn das Gesetz in materieller Hinsicht vollständig zweifelsfrei ist. Da hilft es auch nicht, dass die Länder eventuell im Bundesrat zugestimmt haben und dass die Länder ein gleich lautendes Gesetz verabschieden dürften, welches die gleiche Belastung herbeiführen würde. Auch Fehler im Gesetzgebungsverfahren können die Angreifbarkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren nach sich ziehen. Zugleich kann der Beschwerdeführer in materieller Hinsicht nach der Rechtsprechung des BVerfG sogar die Verletzung von Grundrechten Dritter rügen.¹⁴ Letzteres erscheint im Hinblick auf das Erfordernis der Selbstbetroffenheit sehr zweifelhaft.

556 Diese Wirkung haben die speziellen Freiheitsrechte auf Grund des umfassenden Prüfungsumfangs bei der Verfassungsbeschwerde zwar unbestrittenerweise, sie gelten jedoch bloß für relativ überschaubare Lebensbereiche. Die Anerkennung der allgemeinen Handlungsfreiheit macht hingegen jede Belastung der Verfassungsbeschwerde mit umfassender Prüfung der Verfassungsmäßigkeit zugänglich.

557 Genau diese Wirkungen des Art. 2 Abs. 1 GG werden von den wenigen Kritikern des BVerfG angegriffen. Zugespißt formuliert hat dies Richter *Grimm* in seiner abweichenden Meinung zum „**Reiten-im-Walde-Beschluss**“ des BVerfG.¹⁵ Die Beschwerdeführer wandten sich in diesem Verfahren gegen eine Bestimmung des nordrhein-westfälischen Landschaftsgesetzes, welche das Reiten im Wald auf ausgewiesene Reitwege beschränkt, und sahen sich in Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. Einigkeit bestand im entscheidenden Senat des BVerfG darin, dass die Verfassungsbeschwerde abgewiesen werden sollte. Während aber die Mehrheit von sechs Richtern der bisherigen Linie treu blieb und einen – allerdings gerechtfertigten – Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG annahm, hielt *Grimm* schon den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG für nicht einschlägig. Die Kritik hat zum Ausgangspunkt, dass Art. 2 Abs. 1 GG in der Auslegung des BVerfG jede auch noch so banale menschliche Betätigung schütze. Dies führe im Ergebnis zu einer **Banalisierung des Grundrechtsschutzes** selbst.¹⁶ Absurd werde es, wenn Art. 2 Abs. 1 GG auch sozial-schädliche Verhaltensweisen wie den Drogenkonsum und sogar den Mord unter Schutz stelle.¹⁷ Zudem werde etwas versprochen, was im Ergebnis nicht einzuhalten sei: Denn die weiten Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG führten dazu, dass

¹⁴ BVerfGE 61, 82 (112 f.) (Sasbach); 85, 191 (205 f.) (Nachtarbeitsverbot); offen gelassen in BVerfGE 96, 375 (398) (Sterilisation). Vgl. *Hillgruber*, in: Umbach/Clemens, Art. 2 Rn. 183 ff., und *Kube*, JuS 2003, 461 (463).

¹⁵ BVerfGE 80, 137 ff. (Reiten im Walde).

¹⁶ BVerfGE 80, 137 (168) (Reiten im Walde, abw. Meinung *Grimm*).

¹⁷ *Duttge*, NJW 1997, 3353 (3354).

der weite Schutzbereich doch stets eingeschränkt werden könne und in der Praxis auch eingeschränkt werde. Vor allem aber der unbeschränkte Zugang zur Verfassungsbeschwerde gegen belastende staatliche Maßnahmen stößt auf Widerspruch: Art. 2 Abs. 1 GG verwandele sich von einer allgemeinen Freiheitsgarantie in das Recht, vom Staat nicht rechtswidrig an der Betätigung des eigenen Willens gehindert zu werden, wenn jeder Verstoß gegen objektives Verfassungsrecht angegriffen werden könne.¹⁸ Grundrechte stellten aber lediglich punktuelle Gewährleistungen gegen einzelne gravierende Freiheitsbeeinträchtigungen dar; sie garantierten nicht das Recht, zu tun und zu lassen, was man wolle.¹⁹ Von *Grimm* nicht genannt wird schließlich die wohl auch eine Rolle spielende Überlastung des BVerfG, die den unzähligen Verfassungsbeschwerdeverfahren geschuldet ist und durchaus auch als Folge der Elfes-Rechtsprechung gesehen werden kann.²⁰

Dennoch ist die Kritik kaum auf Zustimmung gestoßen: Dies liegt vor allem daran, dass eine Bestimmung dessen, was dem engeren Lebensbereich bzw. dem Persönlichkeitskern zugehörig sein soll, nicht gelungen ist. Nach welchem Maßstab soll zwischen Relevanz und Irrelevanz eines Verhaltens unterschieden werden? Alle Abgrenzungsversuche, die sich etwa an den speziellen Freiheitsrechten orientieren, haben letztlich etwas Willkürliches an sich und können nicht überzeugen. Und auch die kritisierte umfassende Absicherung des objektiven Verfassungsrechts – vor allem des Vorbehalts des Gesetzes – über Art. 2 Abs. 1 GG stellt für den Verfassungsrechtsschutz eine wesentliche Grundlage dar.²¹ Der Vorbehalt des Gesetzes wäre jedenfalls weithin wertlos, wenn Verstöße vom Bürger außerhalb der Geltung spezieller Freiheitsrechte nicht angegriffen werden könnten. Dies stünde im krassen Gegensatz zu seiner freiheitssichernden Funktion.²²

Schließlich bestätigt die **historisch-genetische Auslegung** die Position des BVerfG: Im Parlamentarischen Rat wurde der Begriff der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ zur Beschreibung des Art. 2 Abs. 1 GG gebraucht.²³ Zudem waren sprachliche Gründe ausschlaggebend, die ursprünglich vorgesehene Fassung („Jeder kann tun und lassen, was er will.“) durch die geltende Fassung zu ersetzen.²⁴

d) Umfang des Schutzes

Art. 2 Abs. 1 GG schützt daher die Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will. Der Begriff der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ erfasst diese umfassende Freiheit nicht ganz präzise; zutreffend wird daher auch von einer „**allgemeinen Verhaltensfreiheit**“ gesprochen.²⁵ Art. 2 Abs. 1 GG schützt jedes menschliche Verhalten, die

¹⁸ BVerfGE 80, 137 (167) (Reiten im Walde, abw. Meinung *Grimm*).

¹⁹ *Hesse*, Rn. 428.

²⁰ Vgl. Rn. 147.

²¹ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 15.

²² *Pieroth*, AöR 115 (1990), 33 (38 f.).

²³ Näher dazu BVerfGE 6, 32 (38 ff.) (Elfes) m. w. N.

²⁴ Vgl. v. *Mangoldt*, Parlamentarischer Rat, 42. Sitzung des Hauptausschusses, S. 533.

²⁵ *Sachs*, VerfR II, Kap. B 2 Rn. 5.

558

559

560

Ausreisefreiheit²⁶ beispielsweise ebenso wie das Taubenfüttern²⁷, den Cannabis-konsum²⁸, das Motorradfahren ohne Helm²⁹ und die Freiheit, von Steuern³⁰ und Abgaben³¹ verschont zu bleiben.

BVerfGE 6, 32 (36 f.) (Elfes): „Das Bundesverfassungsgericht hat (...) offen gelassen, ob unter den Begriff der freien Entfaltung der Persönlichkeit die menschliche Handlungsfreiheit im weitesten Sinne zu verstehen sei oder ob Art. 2 Abs. 1 GG sich auf den Schutz eines Mindestmaßes dieser Handlungsfreiheit beschränke, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann.

Das Grundgesetz kann mit der ‚freien Entfaltung der Persönlichkeit‘ nicht nur die Entfaltung innerhalb jenes Kernbereichs der Persönlichkeit gemeint haben, der das Wesen des Menschen als geistig-sittliche Person ausmacht, denn es wäre nicht verständlich, wie die Entfaltung innerhalb dieses Kernbereichs gegen das Sittengesetz, die Rechte anderer oder sogar gegen die verfassungsmäßige Ordnung einer freiheitlichen Demokratie sollte verstoßen können. (...) Es waren nicht rechtliche Erwägungen, sondern sprachliche Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, die ursprüngliche Fassung ‚Jeder kann tun und lassen was er will‘ durch die jetzige Fassung zu ersetzen. (...)

Neben der allgemeinen Handlungsfreiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, hat das Grundgesetz die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche, die nach den geschichtlichen Erfahrungen dem Zugriff der öffentlichen Gewalt besonders ausgesetzt sind, durch besondere Grundrechtsbestimmungen geschützt; bei ihnen hat die Verfassung durch abgestufte Gesetzesvorbehalte abgegrenzt, in welchem Umfang in den jeweiligen Grundrechtsbereich eingegriffen werden kann. Soweit nicht solche besonderen Lebensbereiche grundrechtlich geschützt sind, kann sich der Einzelne bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Freiheit auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.“

BVerfGE 80, 137 (152 ff.) (Reiten im Walde): „Nach den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Grundsätzen gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne. Geschützt ist damit nicht nur ein begrenzter Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, sondern jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt. Abgesehen von einem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, welcher der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist, ist die allgemeine Handlungsfreiheit allerdings nur in den Schranken des zweiten Halbsatzes von Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet und steht damit insbesondere unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen (Rechts-)Ordnung. Stützt sich ein die Handlungsfreiheit berührender Akt der öffentlichen Gewalt auf eine Rechtsnorm, so kann mit der Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG zur Nachprüfung gestellt werden, ob diese Norm zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört, das heißt formell und materiell mit den Normen der Verfassung in Einklang steht. Danach ist die Norm nicht nur materiell an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen, sondern sie ist auch auf ihre Verfassungsmäßigkeit in sonstiger Hinsicht zu untersuchen. Insoweit ist insbesondere auch zu prüfen, ob die Regelung den Kompetenzvorschriften der Verfassung entspricht. Sofern es sich um eine landesrechtliche Norm handelt, ist neben den Kompetenzfragen im Hinblick auf Art. 31 GG zusätzlich zu prüfen, ob die landesrechtliche Norm inhaltlich mit (seinerseits kompetenzgemäß erlassenen) Bundesrecht –

²⁶ BVerfGE 6, 32 (36) (Elfes).

²⁷ BVerfGE 54, 143 (144) (Taubenfütterungsverbot).

²⁸ BVerfGE 90, 145 (171) (Cannabis).

²⁹ BVerfGE 59, 275 (278) (Schutzhelmpflicht).

³⁰ BVerfGE 87, 153 (169) (Grundfreibetrag).

³¹ BVerfGE 97, 332 (340 f.) (Kindergartenbeiträge).

auch mit Bundesrahmenrecht – vereinbar ist. In materieller Hinsicht bietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Maßstab, nach dem die allgemeine Handlungsfreiheit eingeschränkt werden darf. Sofern eine bestehende Befugnis nachträglich beseitigt wird, muss der nach dem Rechtsstaatsgrundsatz gebotene Vertrauensschutz gewahrt bleiben. Darüber hinaus muss den Anforderungen genügt sein, die sich aus dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes ergeben.

Gegen die dargelegte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind in der Literatur bis in die Gegenwart Bedenken erhoben worden. (...) Eine Einengung des Schutzbereichs von Art. 2 Abs. 1 GG, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung, ist jedoch nicht gerechtfertigt. Ihr stünde nicht nur die Entstehungsgeschichte der Grundrechtsnorm entgegen. **Der umfassende Schutz menschlicher Handlungsfreiheit erfüllt neben den benannten Freiheitsrechten auch eine wertvolle Funktion in der Freiheitssicherung, denn trotz der weiten Beschränkungsmöglichkeiten gewährleistet das Grundrecht nach den dargelegten Maßstäben einen Schutz von substanziellem Gewicht. Jeder Versuch einer wertenden Einschränkung des Schutzbereichs würde danach zu einem Verlust des Freiheitsraums für den Bürger führen, der nicht schon deshalb geboten sein kann, weil andere Grundrechte einen engeren und qualitativ abgehobenen Schutzbereich haben, und für den auch sonst keine zwingenden Gründe ersichtlich sind. Eine Einschränkung etwa auf die Gewährleistung einer engeren, persönlichen, wenn auch nicht auf rein geistige und sittliche Entfaltung beschränkten, Lebenssphäre oder nach ähnlichen Kriterien würde überdies schwierige, in der Praxis kaum befriedigend lösbare Abgrenzungsprobleme mit sich bringen.“**

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Auch wenn der Streit um die Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG andauert, ist in der Fallbearbeitung Zurückhaltung geboten. Eine umfangreiche, mit Argumenten versehene Darstellung ist – wie immer – nur dann gefragt, wenn es für die Lösung des konkreten Falles darauf ankommt. Im Wesentlichen wird Art. 2 Abs. 1 GG in vier Konstellationen relevant:

- Neben Art. 2 Abs. 1 GG ist zumindest ein weiteres Freiheitsrecht vom Schutzbereich her betroffen. Art. 2 Abs. 1 GG tritt als Auffanggrundrecht in diesen Fällen unstreitig als subsidiär zurück.³² Ausführungen zum Schutzbereich sind gänzlich überflüssig.
- Neben Art. 2 Abs. 1 GG ist kein weiteres Freiheitsrecht betroffen; das Verhalten, in das eingegriffen wird, ist aber für die Entfaltung der Persönlichkeit von großer Bedeutung. In diesen Fällen kommen die verschiedenen Auffassungen über den Umfang des Schutzes zu demselben Ergebnis: Der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ist einschlägig. Die Frage des „richtigen“ Schutzbereichs sollte daher nur kurz angerissen, aber keinesfalls vertieft werden.
- Neben Art. 2 Abs. 1 GG ist kein weiteres Freiheitsrecht einschlägig; zudem gehört das von einem Eingriff betroffene Verhalten nicht zur engeren Lebenssphäre. Nur in diesen (in der Fallbearbeitung seltenen) Fällen ist Art. 2 Abs. 1 GG eingehend mittels der verschiedenen Auslegungsmethoden zu untersuchen.

- Streng zu unterscheiden ist Art. 2 Abs. 1 GG in der Form der allgemeinen Handlungsfreiheit vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Dieses stellt heute ein selbstständiges Grundrecht dar.³³

3. Die Vertragsfreiheit als besondere Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit

562 Als auch in rechtlicher Hinsicht mit grundlegenden Besonderheiten ausgestattete Freiheit stellt die Vertragsfreiheit eine Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG dar. Ziel der Vertragsfreiheit ist die Schaffung von **Privatautonomie** als der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben.³⁴ Darunter fällt primär das Recht, Verträge grundsätzlich so abzuschließen, wie es der Einzelne wünscht.³⁵ Denn maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag, mit dem die Vertragspartner selbst bestimmen, wie ihre individuellen Interessen zueinander in rechtlich bindender Form zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Wechselseitige Bindung und Freiheitsausübung finden im Vertrag ihre Konkretisierung.³⁶ Zur Gewährleistung der Privatautonomie durch die Vertragsfreiheit gehört aber auch, dass der Staat auf das tatsächliche Bestehen von Vertragsfreiheit hinwirkt, indem er durch geeignete Regelungen verhindert, dass Verträge auf Grund eines wirtschaftlichen oder sozialen Machtgefälles zwischen Privaten zu einem Instrument der Fremdbestimmung werden.³⁷

563 Abgeleitet wird die Vertragsfreiheit üblicherweise aus Art. 2 Abs. 1 GG, nachdem eine explizite Gewährleistung, wie sie etwa Art. 152 WRV enthielt, im Grundgesetz nicht mehr zu finden ist. Aber auch andere Grundrechte enthalten Elemente der Vertragsfreiheit: Die berufsbezogene Vertragsfreiheit, die insbesondere durch das Arbeitsvertragsrecht ausgestaltet wird, wird von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet,³⁸ die Veräußerung von Eigentum ist Teil der von Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten freien Verfügungsbefugnis, und die Ehe ist rechtlich gesehen ein Vertrag, der der speziellen Gewährleistung des Art. 6 Abs. 1 GG unterfällt.³⁹ Auch das BVerfG erkennt diese vielfältigen Ableitungen der Vertragsfreiheit an, wenn es

³² Vgl. Rn. 577 ff.

³³ Vgl. Rn. 623 ff.

³⁴ BVerfGE 89, 214 (231) (Bürgschaftsverträge).

³⁵ BVerfGE 95, 267 (303 f.) (Altschulden).

³⁶ BVerfGE 103, 89 (100) (Unterhaltsverzichtsvertrag).

³⁷ BVerfGE 81, 242 (255) (Handelsvertreter); 89, 214 (232) (Bürgschaftsverträge).

³⁸ BVerfGE 81, 242 (260 f.) (Handelsvertreter); 116, 202 (221) (Tariftreuegesetz Berlin); BVerfG, NZM 2016, 685 (686) (Bestellerprinzip).

³⁹ Weitere Beispiele bei Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 9 ff.

Art. 2 Abs. 1 GG nur als Grundlage ansieht, soweit die Vertragsfreiheit nicht durch speziellere Grundrechtsbestimmungen garantiert ist.⁴⁰

Ihre rechtliche Besonderheit gewinnt die Vertragsfreiheit daraus, dass sie ebenso wie etwa die Art. 6 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG ein **normgeprägtes Grundrecht**⁴¹ darstellt. Denn Vertragsfreiheit kann nur dann bestehen, wenn der Staat mit der Schaffung eines Vertragsrechts die rechtlichen Möglichkeiten zum Abschluss von Verträgen bereitstellt. Ohne ein Vertragsrecht bestünde als natürliche Freiheit nur die Möglichkeit, bloße Verabredungen zu treffen, denen aber keinerlei rechtliche Bindungskraft zukäme. Zum Vertrag werden solche Verabredungen erst dann, wenn ihnen der Staat rechtliche Verbindlichkeit zuerkennt. Die rechtliche Bindungskraft von Verträgen, die entscheidender Bestandteil der Vertragsfreiheit ist, ist daher von einer entsprechenden staatlichen Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung abhängig. Entsprechend wird die Vertragsfreiheit zutreffend und in Anknüpfung an Art. 152 WRV⁴² als **Institutsgarantie**⁴³ angesehen.⁴⁴

Als vollständig normgeprägtes Grundrecht erfordert die Vertragsfreiheit die **Ausgestaltung** durch den Gesetzgeber.⁴⁵ Einerseits verpflichtet Art. 2 Abs. 1 GG den Gesetzgeber, ein Vertragsrecht zu schaffen, mittels dessen sich die Privatautonomie überhaupt erst entfalten kann.⁴⁶ Andererseits hat der Gesetzgeber im Rahmen der Ausgestaltung die objektiv-rechtlichen Wertungen der Grundrechte zu beachten. Bei der Ausgestaltung ist er daher keineswegs gänzlich frei. Er muss im Rahmen seines weiten Ausgestaltungsspielraums die praktische Verwirklichung persönlicher Freiheit anstreben und dabei für einen schonenden Ausgleich gegenläufiger Grundrechtspositionen der Beteiligten sorgen („praktische Konkordanz“⁴⁷). Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.⁴⁸ Verfehlt der Gesetzgeber diesen Maßstab, ist die Ausgestaltung verfassungswidrig.

BVerfGE 89, 214 (231 f.) (Bürgschaftsverträge): „Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit. **Art. 2 Abs. 1 GG gewährt die Privatautonomie als ‚Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben‘.**

⁴⁰ BVerfGE 8, 274 (328) (Preisgesetz); 70, 115 (123) (AGB); 116, 202 (221) (Tarifreuegesetz Berlin).

⁴¹ Vgl. Rn. 433.

⁴² Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Art. 152 Anm. 2.

⁴³ Vgl. Rn. 429 ff.

⁴⁴ Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 25 ff.; Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 81.

⁴⁵ Vgl. Rn. 434 ff.

⁴⁶ BVerfGE 89, 214 (232) (Bürgschaftsverträge).

⁴⁷ Vgl. Rn. 91 ff.

⁴⁸ BVerfGE 89, 214 (232) (Bürgschaftsverträge); 97, 169 (176) (Kleinbetriebsklausel I).

Die Privatautonomie ist notwendigerweise begrenzt und bedarf der rechtlichen Ausgestaltung. Privatrechtsordnungen bestehen deshalb aus einem differenzierten System aufeinander abgestimmter Regelungen und Gestaltungsmittel, die sich in die verfassungsmäßige Ordnung einfügen müssen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Privatautonomie zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers stünde und ihre grundrechtliche Gewährleistung infolgedessen leer liefe. Vielmehr ist der Gesetzgeber bei der gebotenen Ausgestaltung an die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden. Er muss der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen. Nach ihrem Regelungsgegenstand ist die Privatautonomie notwendigerweise auf staatliche Durchsetzung angewiesen. Ihre Gewährleistung denkt die justizielle Realisierung gleichsam mit und begründet daher die Pflicht des Gesetzgebers, rechtsgeschäftliche Gestaltungsmittel zur Verfügung zu stellen, die als rechtsverbindlich zu behandeln sind und auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründen.

Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellt sich dem Gesetzgeber ein Problem praktischer Konkordanz. Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgen. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. **Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.**

Im Vertragsrecht ergibt sich der sachgerechte Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen damit zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. (...) Handelt es sich (...) um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muss die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG).“

III. Eingriffe

566 Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG liegen in jeder Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit, also in **jedem belastenden Hoheitsakt**. In Betracht kommen Gebote, etwas zu tun ebenso wie Verbote, die ein Unterlassen fordern. Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG sollen aber auch darin liegen, dass einmal gewährte Rechtspositionen wieder entzogen werden.⁴⁹ Ein Eingriff soll schließlich auch in der Begründung einer Zwangsmitgliedschaft, beispielsweise in einer Handwerkskammer, IHK oder Studentenschaft, ebenso wie in deren anschließender Betätigung (Stichwort: „allgemeinpolitisches Mandat“) liegen.⁵⁰

⁴⁹ Beispiel in BVerfGE 51, 77 (89) (Personalrat): Die Abberufung aus dem Personalrat hebt eine einmal gewährte Rechtsposition – die Mitgliedschaft – auf und stellt einen Eingriff dar. Noch weiter geht die Rechtsprechung, wenn jede Verschlechterung im Rahmen eines bestehenden Zwangssystems zum Grundrechtseingriff erklärt wird, vgl. BVerfGE 97, 271 (286) (Hinterbliebenenrenten); 115, 25 (42 f.) (Behandlungsmethoden in der Krankenversicherung).

⁵⁰ Vgl. zur negativen Vereinigungsfreiheit Rn. 880 ff.

Angesichts der Weite des Schutzbereichs ist problematisch, ob der erweiterte **Eingriffsbegriff**⁵¹ – ein Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs – auch für Art. 2 Abs. 1 GG in vollem Umfang beibehalten werden kann. Erwogen wird gelegentlich, abweichend von den anderen Grundrechten einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG nur dann anzunehmen, wenn der Eingriff durch Rechtsakt – also nicht bloß faktisch – erfolgt und zudem final an den Betroffenen – nicht etwa an einen Dritten – gerichtet ist.⁵² Dies käme einer Rückkehr zum klassischen, weithin als zu eng befundenen Eingriffsbegriff bei Art. 2 Abs. 1 GG gleich.

Auch wenn man nicht so weit gehen und stattdessen den weiten Eingriffsbegriff beibehalten möchte, ist aber dennoch sehr sorgfältig zwischen Grundrechtseingriffen und bloßen Belästigungen („**Bagatellen**“) zu unterscheiden, wie dies etwa auch bei Art. 12 Abs. 1 GG erforderlich ist. Andernfalls würde der durch Art. 2 Abs. 1 GG abgesicherte Vorbehalt des Gesetzes auf jedes Staatshandeln ausgeweitet, welches Rückwirkungen auf das Verhalten des Einzelnen haben kann. Damit aber wäre der Staat in seiner Handlungsfähigkeit stark beeinträchtigt. Daher liegt ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG – ebenso wie in andere Grundrechte – nur dann vor, wenn eine Beeinträchtigung ein gewisses Maß an Intensität aufweist oder aber intendiert, d. h. in seiner Grundrechtswirkung beabsichtigt ist.⁵³ Der Unterschied zu den anderen Grundrechten ist lediglich, dass die Abgrenzung zwischen bloßen Belästigungen und Eingriffen bei Art. 2 Abs. 1 GG eher relevant wird, als bei den speziellen Freiheitsrechten mit ihren enger gefassten Schutzbereichen.

Bei der **Vertragsfreiheit** tritt wie bei allen normgeprägten Grundrechten das Problem der **Abgrenzung von Eingriff und Ausgestaltung** auf.⁵⁴ Grundsätzlich kommt es auch hier auf die Zielsetzung des staatlichen Handelns an. Ein Eingriff liegt vor, wenn auf bestehende Vertragsverhältnisse zugegriffen wird.⁵⁵ Lediglich eine Ausgestaltung stellt es hingegen dar, wenn das Vertragsrecht an sich und ohne Zugriff auf den Gehalt bestehender Verträge verändert wird.

IV. Rechtfertigung von Eingriffen

1. Schranken

Art. 2 Abs. 1 GG enthält nach seinem Wortlaut drei unterschiedliche Schranken, die sog. **Schrankentrias**: Im Einzelnen sind dies die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer und das Sittengesetz.

a) „Verfassungsmäßige Ordnung“

Zentrale Bedeutung kommt der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung zu, hinsichtlich deren Bedeutung sich das BVerfG bereits im Elfes-Urteil festgelegt hat:

⁵¹ Vgl. Rn. 393 ff.

⁵² Höfling, in: Friauf/Höfling, Art. 2 Rn. 62 m. w. N.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 421 ff.

⁵³ Vgl. Rn. 393 ff.

⁵⁴ Vgl. Rn. 434 f.

⁵⁵ BVerfGE 97, 169 (175 f.) (Kleinbetriebsklausel I).

567

568

569

570

571

Zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG **gehört danach die allgemeine Rechtsordnung, d. h. alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen.**⁵⁶ Damit stellt sich die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung als **einfacher Gesetzesvorbehalt** dar.

572 Diese Auslegung ist angesichts des **Wortlauts** des Art. 2 Abs. 1 GG nicht zwingend. Denkbar ist auch eine engere Auslegung, wie sie etwa für den identischen Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 9 Abs. 2 GG⁵⁷ verwendet wird. „Verfassungsmäßige Ordnung“ i. S. v. Art. 9 Abs. 2 GG meint – jedenfalls wenn man dem BVerfG folgt – die freiheitlich-demokratische Grundordnung⁵⁸ und erfasst nur die elementaren Verfassungsgrundsätze, wie sie etwa in Art. 79 Abs. 3 GG genannt sind. Dieses engere Verständnis ist mit der **Systematik** des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeiner Handlungsfreiheit allerdings nicht vereinbar: Denn angesichts der Weite des Schutzbereichs sind Kollisionen zwischen individueller Handlungsfreiheit und berechtigten Gemeinschaftsinteressen die Regel. Daher bedarf es also auch einer entsprechend umfassenden Schranke, um individuelle Rechte und Interessen untereinander sowie gegenüber Gemeinschaftsanliegen abzuwägen.⁵⁹ Zudem stellt Art. 2 Abs. 1 GG als Haupt- bzw. Muttergrundrecht die Basis aller speziellen Freiheitsrechte dar. Diese sind teilweise mit einem einfachen Gesetzesvorbehalt ausgestattet (vgl. nur Art. 8 Abs. 1, 2; 10 Abs. 1, 2 GG). Dass Art. 2 Abs. 1 GG aber einen weiter gehenden Schutz bieten soll als die speziellen Freiheitsrechte, ist mit dem Verständnis als Muttergrundrecht kaum zu vereinbaren.

573 Folgt man daher dem BVerfG hinsichtlich der weiten Schutzbereichsauslegung, ist die ebenfalls weite Auslegung der Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ nahe liegend.⁶⁰

BVerfGE 6, 32 (36 ff.) (Elfes): „Wird (...) in Art. 2 Abs. 1 GG mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet, die – soweit sie nicht Rechte anderer verletzt oder gegen das Sittengesetz verstößt – nur an die **verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist, so kann unter diesem Begriff nur die allgemeine Rechtsordnung verstanden werden, die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat**, also eine verfassungsmäßige Rechtsordnung sein muss. (...)“

Dieses Ergebnis kann nicht mit dem Hinweis darauf entkräftet werden, dass ‚verfassungsmäßige Ordnung‘ in anderen Bestimmungen des Grundgesetzes unzweifelhaft etwas anderes bedeute, der Begriff aber überall denselben Inhalt haben müsse. Die Auslegung hängt vielmehr von der Funktion ab, die der Begriff innerhalb der jeweiligen Norm zu erfüllen hat. Die Analyse der gesetzlichen Tatbestände, in denen der Begriff vorkommt, ergibt, dass er stets einen Kreis von Normen umschreibt, an die der jeweilige Normadressat gebunden sein soll. Daraus erhellt ohne weiteres, dass der Umfang des jeweils die verfassungsmäßige Ordnung darstellenden Normenkomplexes, dem diese

⁵⁶ BVerfGE 6, 32 (38) (Elfes); 80, 137 (153) (Reiten im Walde).

⁵⁷ Vgl. Rn. 893.

⁵⁸ BVerfGE 80, 244 (254) (Vereinsverbot). A. A. Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 19.

⁵⁹ Dieses Argument hat einen gewissen Hang zum Zirkelschluss. Denn einerseits wird der Schutzbereich mit Blick auf die „umfassenden Schranken“ weit gefasst, andererseits aber wird der weite Umfang der Schranken wiederum mit der Weite des Schutzbereichs und den daraus folgenden Begrenzungsnotwendigkeiten begründet. Die Argumentation anhand der Schranken kann daher die Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG durch das BVerfG und die h. M. nicht allein tragen.

⁶⁰ Zutreffend Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 22.

Bindungswirkung zukommt, nicht für jeden der – unter sich ganz ungleichartigen – Normadressaten der gleiche sein kann. Während also z. B. sicherlich der Gesetzgeber an die Verfassung schlechthin gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG), kann es in anderem Zusammenhang – z. B. in Art. 9 GG, § 90a StGB geboten sein, den Begriff ‚verfassungsmäßige Ordnung‘ auf gewisse elementare Grundsätze der Verfassung zu beschränken; der Bürger aber wird in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit legitim eingeschränkt nicht nur durch die Verfassung oder gar nur durch ‚elementare Verfassungsgrundsätze‘, sondern durch jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm. (...)

In der Literatur wird häufig der Einwand erhoben, bei dieser Auffassung werde das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG ‚leer laufen‘, da es unter den allgemeinen Gesetzesvorbehalt gestellt werde. Dabei wird jedoch übersehen, dass die Gesetzgebungsgewalt nach dem Grundgesetz stärkeren Beschränkungen unterliegt als unter der Geltung der Reichsverfassung von 1919. Damals waren nicht nur zahlreiche Grundrechte durch den allgemeinen Gesetzesvorbehalt, dem jedes verfassungsmäßig erlassene Gesetz entsprach, tatsächlich ‚leer laufend‘; der Gesetzgeber konnte durch ein mit der verfassungsändernden Mehrheit erlassenes Gesetz auch im Einzelfall eine ihm entgegenstehende verfassungsrechtliche Schranke jederzeit überwinden. Demgegenüber hat das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die die öffentliche Gewalt begrenzt. Durch diese Ordnung soll die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft gesichert werden. Die obersten Prinzipien dieser Wertordnung sind gegen Verfassungsänderungen geschützt (Art. 1, 20, 79 Abs. 3 GG). Verfassungsdurchbrechungen sind ausgeschlossen; die Verfassungsgerichtsbarkeit überwacht die Bindung des Gesetzgebers an die Maßstäbe der Verfassung. Gesetze sind nicht schon dann ‚verfassungsmäßig‘, wenn sie formell ordnungsmäßig ergangen sind. Sie müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes entsprechen, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip. Vor allem dürfen die Gesetze daher die Würde des Menschen nicht verletzen, die im Grundgesetz der oberste Wert ist (...).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine Rechtsnorm, nur wenn sie allen diesen Anforderungen entspricht, aber auch immer dann zum Bestandteil der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ wird und somit den Bereich der allgemeinen Handlungsfähigkeit des Bürgers wirksam beschränkt. Verfahrensrechtlich bedeutet das: Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.“

b) „Rechte anderer“

Unter den Rechten anderer sind alle subjektiven Rechte des Einzelnen zu verstehen, unabhängig davon, ob sie sich aus Verfassungsrecht oder einfachem Recht herleiten.⁶¹ Neben der umfassenden Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung, also allen formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen, kommt den „Rechten anderer“ keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Diese sind vielmehr selbst Teil der „verfassungsmäßigen Ordnung“.

574

⁶¹ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Rn. 34.

c) „Sittengesetz“

- 575 Aus dem gleichen Grund bedeutungslos ist das „Sittengesetz“. Soweit Sittenregeln positiviert sind, sind sie ebenfalls Teil der verfassungsmäßigen Ordnung und von dieser Schranke erfasst. Eigenständige Bedeutung könnte dem „Sittengesetz“ also nur dann zukommen, wenn auch ungeschriebene Sittenregeln, also etwa öffentliche **Anschauungen von Moral und Sitte**, als Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG wirken könnten. Dies ist allerdings schon mit dem ausnahmslos geltenden Vorbehalt des Gesetzes nicht zu vereinbaren. Hinzu kommt ferner, dass sich der Begriff des „Sittengesetzes“ jeder rechtsstaatlichen Kriterien genügenden Definition entzieht: So stellte das BVerfG 1957 lapidar fest: „Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz.“⁶² 1993 hingegen sah das BVerfG in einer Kammerentscheidung gleichgeschlechtliche Partnerschaften als vom Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst an.⁶³ Derart wandelbare „allgemeine“ Anschauungen sind zur unmittelbaren Begrenzung von Grundrechten aus rechtsstaatlichen Gründen ungeeignet und bedürfen stets einer Positivierung.

2. Schranken-Schranken

- 576 Art. 2 Abs. 1 GG enthält keine besonderen Schranken-Schranken, sodass es bei den allgemeinen Regeln bleibt: Das einschränkende Gesetz muss formell und materiell verfassungsmäßig sein und vor allem den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren. Dieser stellt bei Art. 2 Abs. 1 GG ebenso wie bei den meisten anderen Grundrechten die eigentliche Schranken-Schranke dar. Der einfache Gesetzesvorbehalt ist also in Wahrheit ein **Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes**.

V. Konkurrenzen

1. Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG

- 577 Versteht man Art. 2 Abs. 1 GG als „allgemeine Handlungsfreiheit“, die durch jeden belastenden Hoheitsakt betroffen ist, ist das Zusammentreffen des Art. 2 Abs. 1 GG mit speziellen Freiheitsrechten eher die Regel als die Ausnahme. Jede Beeinträchtigung eines speziellen Freiheitsrechts stellt zugleich eine Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 GG dar. Daraus ergibt sich bereits das Konkurrenzverhältnis in diesen Fällen: Die **besonderen Freiheitsrechte** gehen Art. 2 Abs. 1 GG im Wege der **Spezialität** vor; Art. 2 Abs. 1 GG tritt als subsidiär zurück und stellt kein eigenständiges Element der Prüfung dar.⁶⁴ Art. 2 Abs. 1 GG kommt nur dann zum Tragen, wenn kein spezielles Freiheitsrecht betroffen ist.⁶⁵

⁶² BVerfGE 6, 389 (434) (Homosexuelle).

⁶³ BVerfG, NJW 1993, 3058 (3058 f.).

⁶⁴ BVerfGE 6, 32 (37) (Elfen); 89, 1 (13) (Besitzrecht des Mieters).

⁶⁵ Zuletzt etwa BVerfGE 95, 173 (188) (Warnhinweise für Tabakerzeugnisse).

Auf Grund dieser Wirkung wird Art. 2 Abs. 1 GG häufig als „**Auffanggrundrecht**“ bezeichnet. Diese Bezeichnung ist in der Sache durchaus zutreffend. Sie darf aber keinesfalls derart missverstanden werden, dass Art. 2 Abs. 1 GG ein Grundrecht minderer Güte darstellt, welches von vornherein einen geringeren Schutz bietet, als die speziellen Freiheitsrechte. Nur so jedenfalls ist es zu erklären, dass das BVerfG zuweilen Verhaltensweisen unter den Schutz spezieller Grundrechte stellt, deren Schranken einen angemessenen Ausgleich zwischen persönlicher Freiheit und Belangen der Allgemeinheit nicht zulassen. Zu nennen ist hier die uferlose Ausdehnung der Religionsfreiheit hin zu einer religiösen Handlungsfreiheit⁶⁶ ebenso wie die Rechtsprechung zu Art. 13 GG, die zuletzt sogar ein öffentliches Fußballstadion zu einer Wohnung im Sinne dieser Vorschrift erklärt und zugleich den qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 13 Abs. 7 GG ad absurdum geführt hat.⁶⁷

578

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Sobald ein spezielles Freiheitsrecht betroffen ist, muss am Ende der Prüfung der Freiheitsrechte (nur!) ein Satz zu Art. 2 Abs. 1 GG folgen, der dieses Spezialitätsverhältnis ausdrückt. Falsch wäre es, Art. 2 Abs. 1 GG neben speziellen Freiheitsrechten zu prüfen.

579

Wann aber ist ein spezielles Freiheitsrecht „betroffen“? Genügt es, dass der sachliche Schutzbereich berührt ist? Sind hier besondere Anforderungen zu stellen? Müssen gar der sachliche und der persönliche Schutzbereich zugleich berührt sein, damit Art. 2 Abs. 1 GG als subsidiär zurücktritt? Tritt Art. 2 Abs. 1 GG schließlich auch in den Fällen zurück, in denen zwar der Schutzbereich eines speziellen Grundrechts betroffen ist, aber kein Eingriff vorliegt?

580

2. „Betroffenheit“ eines Freiheitsrechts in sachlicher Hinsicht

Damit Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber einem speziellen Freiheitsrecht zurücktritt, muss jedenfalls der **Schutzbereich des speziellen Freiheitsrechts** einschlägig sein. Denn Spezialität erfordert, dass sich ein menschliches Verhalten unter (mindestens) zwei verschiedene Normen subsumieren lässt und eine der beiden Normen für das Verhalten aus normativen oder logischen Gründen eine abschließende Regelung darstellt.⁶⁸ Jede *menschliche* Äußerung wird beispielsweise von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Nur eine *Meinungsäußerung* unterfällt aber dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG. Und nur eine *religiöse Meinungsäußerung* wird als Bekenntnis von Art. 4 Abs. 1 GG geschützt. Art. 4 Abs. 1 GG ist in diesem Beispiel daher

581

⁶⁶ Vgl. Rn. 309.

⁶⁷ BVerfGE 97, 228 (265) (Kurzberichterstattung).

⁶⁸ Vgl. zur Problematik der Grundrechtskonkurrenzen Rn. 258 ff.

lex specialis zu Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG. Art. 5 Abs. 1 GG ist lex specialis gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG.

582

So eindeutig ist die Situation jedoch nicht bei allen Grundrechten. Probleme tauchen immer dann auf, wenn Grundrechte bereits auf der Ebene des Schutzbereichs **sachliche Begrenzungen** aufweisen. Wichtigstes Beispiel ist Art. 8 Abs. 1 GG, der den Schutz auf Versammlungen begrenzt, die friedlich und ohne Waffen stattfinden.⁶⁹ Ist der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG schon dann einschlägig mit der Folge, dass Art. 2 Abs. 1 GG als subsidiär zurücktritt, wenn überhaupt eine Versammlung vorliegt? Das hieße, dass unfriedliche oder bewaffnete Versammlungen auch nicht Art. 2 Abs. 1 GG unterfallen.⁷⁰ Art. 8 Abs. 1 GG wäre also eine negative Aussage dahingehend zu entnehmen, dass unfriedliche oder bewaffnete Versammlungen überhaupt keinen Grundrechtsschutz genießen sollen. Oder ist im Gegenteil erforderlich, dass der Schutzbereich insgesamt einschlägig ist, sodass unfriedliche und bewaffnete Versammlungen immer noch von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sind?⁷¹ Angesichts der Funktion des Art. 2 Abs. 1 GG, den Vorbehalt des Gesetzes grundrechtlich abzusichern, erscheint die letzte Möglichkeit vorzugswürdig. Auch wenn bewaffnete und unfriedliche Versammlungen im Ergebnis sicherlich keinen Schutz verdienen, darf der Staat niemals ohne gesetzliche Grundlage und in unverhältnismäßiger Weise in die Freiheit seiner Bürger eingreifen. Schafft der Staat aber eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe, so ist ein Eingriff angesichts der weiten Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 2 Abs. 1 GG ohne Schwierigkeiten zu rechtfertigen.

3. „Betroffenheit“ eines Freiheitsrechts in persönlicher Hinsicht: Ausländer, EU-Bürger und Grundrechtsschutz

583

Art. 2 Abs. 1 GG tritt nur dann als subsidiär zurück, wenn der sachliche Schutzbereich eines speziellen Freiheitsrechts betroffen ist. Erfordert das Zurücktreten aber zusätzlich, dass zugleich auch der persönliche Schutzbereich des speziellen Freiheitsrechts einschlägig ist? Dieses Problem stellt sich regelmäßig bei allen Grundrechten, die nur Deutschen (Art. 116 Abs. 1 GG) zustehen.⁷² Tritt hier Art. 2 Abs. 1 GG schon dann zurück, wenn nur eine Versammlung (Art. 8 GG) oder eine berufliche Betätigung (Art. 12 GG) vorliegt? Im Ergebnis wären **Ausländer** dann völlig schutzlos, wenn sie Tätigkeiten ausüben, die von Deutschen-Grundrechten erfasst sind: Auf die Deutschen-Grundrechte könnten sie sich nicht berufen. Art. 2 Abs. 1 GG träte als subsidiär zurück. Dies wäre nur dann zu rechtfertigen, wenn die Deutschen-Grundrechte eine negative Aussage dahingehend trafen, dass Ausländer in den betroffenen Bereichen keinerlei Grundrechtsschutz genießen sollen. Im Hinblick auf Nicht-EU-Bürger lässt sich dies möglicherweise unter Hinweis darauf

⁶⁹ Vgl. Rn. 36.

⁷⁰ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Rn. 71; Schwarz, JZ 2000, 126 (130).

⁷¹ Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 8 Rn. 38.

⁷² Vgl. z. B. Art. 8, 9, 11, 12 GG.

vertreten, dass Ausländer nach dem Grundgesetz in der Bundesrepublik bestimmte Dinge eben nicht tun sollen. In der Literatur findet sich zudem häufig das Argument, dass der Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG im Einzelfall weitgehender sein könne als der des speziellen Freiheitsrechts, was im Ergebnis zu einer Besserstellung der Ausländer führen würde.⁷³ Allerdings gilt auch für Ausländer stets der Vorbehalt des Gesetzes, was dessen Absicherung durch Art. 2 Abs. 1 GG nahe legt. Außerdem ist das Besserstellungsargument nicht einleuchtend, weil die umfassenden Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG mindestens ebenso viele Eingriffe erlauben wie die Schranken der speziellen Freiheitsrechte. Im Ergebnis ist eine Spezialität eines Freiheitsrechts gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG nur dann gegeben, wenn sowohl der sachliche wie auch der persönliche Schutzbereich betroffen sind.⁷⁴

In verschärfter Form stellt sich die Frage des **Grundrechtsschutzes** für Ausländer **bei EU-Bürgern**. Für diese verbietet Art. 18 AEUV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit **im Anwendungsbereich der Unionsverträge**. Aus Art. 18 AEUV folgt also ein umfassendes Verbot, EU-Bürger im Anwendungsbereich der Unionsverträge schlechter zu stellen als die eigenen Staatsangehörigen. Gerade Betätigungen der wirtschaftsbezogenen Verhaltensfreiheiten aus Art. 9, 11 und 12 GG fallen aber zumeist in den Anwendungsbereich der Unionsverträge. Zumindest in diesem Bereich ist daher ein verminderter Grundrechtsschutz der EU-Bürger oder gar ihr vollständiger Ausschluss mit dem – gegenüber dem Grundgesetz vorrangigen⁷⁵ – Unionsrecht unvereinbar.⁷⁶ Zur Lösung dieses Problems in Übereinstimmung mit dem Europarecht bieten sich zwei Möglichkeiten an: Entweder legt man die Deutschen-Grundrechte so aus, dass unter den Begriff des „Deutschen“ auch EU-Bürger zu fassen sind.⁷⁷ Oder aber man schützt die EU-Bürger über Art. 2 Abs. 1 GG in einer den speziellen Freiheitsrechten in materieller Hinsicht entsprechender Weise.⁷⁸ Orientierungspunkte liefert hier die sog. unionsrechtskonforme Auslegung, die der EuGH in verschiedenen Entscheidungen gestützt auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) entwickelt hat.⁷⁹ Die **unionsrechtskonforme Auslegung** entspricht der verfassungskonformen Auslegung⁸⁰ und setzt voraus, dass

584

- der Wortlaut der Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt,
- mindestens eine dieser Auslegungsmöglichkeiten mit europäischem Recht vereinbar ist und
- die gewählte Auslegung nicht dem Sinn der Norm widerspricht.

⁷³ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Rn. 44.

⁷⁴ BVerfGE 104, 337 (346) (Schächten). Vgl. für die h. M. in der Literatur: Bauer/Kahl, JZ 1995, 1077 (1081) mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 74.

⁷⁵ EuGH, Slg. 1964, 1251 (Rn. 12) (Costa/E.N.E.L.). Vgl. Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Aufl. 2016, S. 199 ff.

⁷⁶ Bauer/Kahl, JZ 1995, 1077 ff. mit umfassender Erläuterung auch der weiteren europarechtlichen Vorgaben.

⁷⁷ Vgl. die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 171.

⁷⁸ Bauer/Kahl, JZ 1995, 1077 (1081 ff.).

⁷⁹ EuGH, Slg. 1984, 1891 (Rn. 26) (von Colson); Slg. 1987, 3969 (Rn. 14) (Kolpinghuis).

⁸⁰ Vgl. Rn. 66.

585 Bezogen auf das Problem der Deutschen-Grundrechte muss man feststellen, dass der Begriff der „Deutschen“ in Art. 116 Abs. 1 GG legaldefiniert und nicht auslegungsfähig ist, ohne die Grenzen des möglichen Wortsinns zu überschreiten. Daher ist Grundrechtsschutz für EU-Bürger wie auch für sonstige Ausländer über Art. 2 Abs. 1 GG zu gewähren. Als Besonderheit ist zu berücksichtigen, dass der Schutz über Art. 2 Abs. 1 GG in materieller Hinsicht demjenigen der speziellen Freiheitsrechte entsprechen muss. Art. 2 Abs. 1 GG ist folglich unionsrechtskonform so auszulegen, dass er EU-Bürgern einen gegenüber sonstigen Ausländern verstärkten „qualifizierten“⁸¹ Schutz gewähren kann, wenn Deutsche einen solchen verstärkten Schutz über die Deutschen-Grundrechte erhalten. Die Belange der EU-Bürger sind bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechend Art. 4 Abs. 3 EUV daher besonders zu berücksichtigen.

4. „Betroffenheit“ eines speziellen Freiheitsrechts ohne Eingriff?

586 Probleme bereiten schließlich die Fälle, in denen trotz der Betroffenheit des Schutzbereichs eines speziellen Freiheitsrechts ein Eingriff in dieses Grundrecht verneint wird. Gewöhnlich – wenn auch nicht ausschließlich – stellt sich dieses Problem bei Art. 12 Abs. 1 GG: Dort tauchen immer wieder Fälle auf, in denen eine staatliche Regelung die berufliche Betätigung zwar betrifft, zugleich aber weder „final“ auf die Berufsregelung einwirken will, noch eine „objektiv-berufsregelnde Tendenz“⁸² erkennen lässt. Genügte in diesen Fällen bereits die bloße „Betroffenheit“ des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG, um Art. 2 Abs. 1 GG zurücktreten zu lassen, wäre in diesen Fällen überhaupt kein Grundrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Dies aber ist mit dem Konzept des lückenlosen Grundrechtsschutzes, das aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit den speziellen Freiheitsrechten folgt, unvereinbar. Daher sind staatliche Regelungen, in denen trotz der Betroffenheit eines speziellen Freiheitsrechts kein Eingriff in dieses Recht vorliegt, stets an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.⁸³ Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BVerfG,⁸⁴ auch wenn dessen Formulierungen zuweilen eher das Gegenteil nahe legen. Ein Grund mag darin liegen, dass das BVerfG nicht immer zwischen Schutzbereich und Eingriff trennt. Korrekterweise muss man daher formulieren, dass erst der Eingriff in ein spezielles Freiheitsrecht zum Zurücktreten des Art. 2 Abs. 1 GG führt.⁸⁵

⁸¹ *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 (1085).

⁸² BVerfGE 37, 1 (17) (Weinwirtschaftsabgabe); 98, 106 (117) (Kommunale Verpackungssteuer). Vgl. Rn. 400.

⁸³ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Art. 12 Rn. 46; *Heß*, Grundrechtskonkurrenzen, 2000, S. 218.

⁸⁴ BVerfGE 37, 1 (17) (Weinwirtschaftsabgabe); 95, 267 (302 f.) (Altschulden).

⁸⁵ So auch *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 137.

Hinweis zur Fallbearbeitung:

So sollte man es auch in der Fallbearbeitung formulieren: Nicht die Betroffenheit des Schutzbereichs allein, sondern nur ein Eingriff in ein spezielles Freiheitsrecht löst die Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG aus.

587**Überblick: Typische Klausurprobleme**

- Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG insbesondere bei „banalen“ Betätigungen (Rn. 549 ff.).
- Drogenkonsum und allgemeine Handlungsfreiheit (Rn. 560).
- Schrankentrias, insbesondere Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ (Rn. 570 ff.).
- Konkurrenzfragen/Subsidiarität/Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht (Rn. 577 ff.).
- Schutz der Ausländer/EU-Bürger (Rn. 583 ff.).

588

Kapitel 12: Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)

Literatur:

von Bernstorff, Jochen, Pflichtenkollision und Menschenwürdegarantie, Der Staat 47 (2008) 21 ff.; Hufen, Friedhelm, Die Menschenwürde, JuS 2010, 1 ff.; Isensee, Josef, Menschenwürde – die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), 173 ff.; Lenzen, Manuela, Wo beginnt die Menschenwürde ..., Psychologie heute 2004, 48 ff. (zum Begriff aus ethischer Sicht mit entsprechenden Nachweisen).

Fallbearbeitungen:

Degenhart, Christoph, II, Fall 10 (S. 248 ff.); Enders, Christoph/Jäckel, Normann, „Selbstverschuldete Rettungsbefragung“, JA 2012, 119 ff.; Grote, Rainer/Kraus, Dieter, Fall 3 (S. 31 ff.); Volkmann, Uwe, Fälle 1 (S. 1 ff.), 3 (S. 62 ff.), 13 (S. 391 ff.); Kadelbach, Stefan/Müller, Lisa/Assakkali, Mohamed, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Grundrechte – Organspende und Widerspruchslösung, JuS 2012, 1093 ff.; Windthorst, Kay/Sattler, Andreas, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Staatsrecht „Hartz IV“, JuS 2012, 826 ff.

Leitentscheidungen:

BVerfGE 30, 1 ff. (Abhörurteil); 30, 173 ff. (Mephisto); 45, 187 ff. (Lebenslange Freiheitsstrafe); 82, 60 ff. (Steuerfreies Existenzminimum); 96, 375 ff. (Sterilisation); 115, 118 ff. (Luftsicherheitsgesetz); 125, 175 ff. (Hartz IV-Regelsatz); 132, 134 ff. (Asylbewerberleistungsgesetz).

I. Hintergrund

Die ausdrückliche Verankerung der Menschenwürde sowie das Bekenntnis zu den Menschenrechten an hervorgehobener Stelle in Art. 1 Abs. 1 GG ist in der deutschen Verfassungsgeschichte ohne Beispiel. Die Grundrechtskataloge waren bis dahin stets eine Zusammenstellung von einzelnen Gewährleistungen, kannten aber keine umfassende Verpflichtung des Staates zur Achtung der Menschenwürde bzw. der Menschenrechte. Gleichwohl gehört die Orientierung an den Menschenrechten bzw. der Menschenwürde zum Kernbestand der Aufklärung; dem Mensch kommt danach kraft seines Menschseins ein unveräußerlicher Eigenwert zu. Der Mensch soll nicht länger dem Staat dienen, sondern umgekehrt der Staat dem Menschen. Dieses Denken war (und ist) eine maßgebliche Triebfeder der Verfassungsentwicklung.

589

590 Neuen Schub erhielt die **Orientierung an den Menschenrechten nach dem zweiten Weltkrieg** und dem Ende der nationalsozialistischen Diktatur. Die Gräueltaten des Krieges und die unvorstellbaren Verbrechen, die im nationalsozialistischen Deutschland vor allem an Juden und anderen Minderheiten begangen worden waren, veranlassten die Weltgemeinschaft, Konsequenzen zu ziehen und den Schutz des Einzelnen zunächst zumindest programmatisch zu stärken. Die Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945 bekennt sich daher bereits in der Präambel zu „Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit“; in Art. 1 Nr. 3 UN-Charta schließt sich unmittelbar das Bekenntnis zur Achtung der Menschenrechte als Ziel der Vereinten Nationen an. Am 10.12.1948 schließlich folgte die Verkündung der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen, in deren Art. 1 sich ebenso wie im Grundgesetz ein Bekenntnis zur Menschenwürde findet. An diese menschenrechtsfreundliche Entwicklung im internationalen Bereich knüpft das Grundgesetz mit Art. 1 GG an, indem es einen klaren Kontrapunkt zur Politik im Nationalsozialismus setzt. Auf europäischer Ebene findet sich in Art. 1 GR-Charta eine stark von dem Grundgesetz inspirierte Regelung. Einzelaspekte der Menschenwürde betreffen insbesondere Art. 4, 5 GR-Charta sowie Art. 3, 4 EMRK (Verbot der Folter und der Sklaverei).

591 Im Grundgesetz nimmt Art. 1 Abs. 1 GG eine **Sonderstellung** ein: Sowohl seine Position an der Spitze der Verfassung als auch der besondere Schutz, den die Grundsätze des Art. 1 GG durch die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG erlangen, belegen, dass Achtung und Schutz der Menschenwürde die zentrale Grundlage der Verfassung sind. Während der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht gehindert ist, die Art. 2 bis 19 GG einzuschränken oder gar abzuschaffen, da die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG nur für den einfachen Gesetzgeber gilt, dürfen die Grundsätze des Art. 1 GG durch eine Verfassungsänderung nicht berührt werden. Deshalb kann es sogar verfassungswidriges Verfassungsrecht geben.¹ Dieser Sonderstellung ist auch geschuldet, dass Art. 1 Abs. 1 GG – anders als nahezu allen anderen Grundrechten² – überwiegend eine **unmittelbare Drittwirkung** zugesprochen wird. Demnach sollen auch Private unmittelbar an die Menschenwürdegarantie gebunden sein, sodass auch ein die Menschenwürde verletzendes Verhalten Privater nach dem Grundgesetz verboten wäre.³ Dies war wohl auch die Vorstellung der Verfassungsgeber, die Art. 1 Abs. 1 GG als „eine absolute Feststellung, die sich gegen jedermann wendet, sowohl gegen die staatliche Gewalt wie auch gegen jeden Privaten“⁴, beschrieben haben. Das BVerfG hat sich zu dieser Frage bislang nicht explizit geäußert.

592 In jüngerer Zeit ist die Menschenwürde im Zusammenhang mit der Verbrechens- und insbesondere der **Terrorismusbekämpfung** weltweit unter Druck geraten. Dies betrifft die Anwendung von Folter und die weitgehende Entrechtung der Gefangenen in dem Lager von Guantanamo durch die USA, in kleinerem Maß-

¹ BVerfGE 84, 90 (120 f.) (Bodenreform I); 109, 279 (310) (Großer Lauschangriff).

² Vgl. Rn. 343 ff.

³ BVerwGE 115, 189 (199); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1 Rn. 27 m. w. N.

⁴ So der Abgeordnete *Süsterhenn*, zitiert nach JöR 1 (1951), S. 51.

stab aber auch die Situation in Deutschland, wo über einige Zeit eine streckenweise geradezu absurd anmutende Debatte über die Zulässigkeit von Folter entgegen den klaren Regeln des Grundgesetzes geführt wurde. Diese Entwicklung ist äußerst kritisch zu sehen. Ein erhöhtes Bedürfnis nach Sicherheit darf nicht dazu führen, dass die westlichen Demokratien darüber ihr Wertefundament, das auf der Unverfügbarkeit menschlicher Würde aufbaut, relativieren. Mit einer solchen Relativierung würden sie das aufgeben, was sie zu verteidigen vorgeben.

II. Rechtliche Gehalte der Menschenwürdegarantie

Betrachtet man den **Wortlaut** des Art. 1 Abs. 1 GG, so fällt zunächst die Aussage des ersten Satzes ins Auge: „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ Formuliert ist diese Aussage als reine Feststellung; dem Satz ist unmittelbar weder ein Recht, noch eine Pflicht zu entnehmen. Konkretisiert wird die Aussage des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG jedoch im nächsten Satz, in dem der staatlichen Gewalt die Achtung und der Schutz der Menschenwürde als Aufgaben zugewiesen werden. Den Staat trifft daher schon nach dem Wortlaut eine Schutzpflicht für die Würde des Einzelnen. Zudem äußert sich die Achtung der Menschenwürde darin, dass staatliche Stellen bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts den Gehalt des Art. 1 GG beachten müssen. Diese **objektiv-rechtliche Wirkung** des Art. 1 Abs. 1 GG ist allgemein akzeptiert.

593

Nicht abschließend geklärt ist, ob Art. 1 Abs. 1 GG als **Grundrecht subjektiv-rechtliche Wirkungen** entfaltet.⁵ Angesichts der Spitzenposition des Art. 1 Abs. 1 GG und der besonderen Bedeutung der Menschenwürde erscheint es zwar auf den ersten Blick merkwürdig, dass ausgerechnet der Grundrechtsgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG in Zweifel gezogen wird. Jedoch gibt der Verfassungstext in Art. 1 Abs. 3 GG einen Hinweis darauf, dass Art. 1 Abs. 1 GG kein Grundrecht ist, wenn er sagt, dass „die *nachfolgenden* Grundrechte“ Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Deshalb liegt der Umkehrschluss nahe, dass der vorangehende Art. 1 Abs. 1 GG kein unmittelbar geltendes Grundrecht sein soll. Überdies sind nach der Rechtsprechung des BVerfG alle Grundrechte Konkretisierungen der Menschenwürdegarantie und finden in dieser ihr Fundament.⁶ Daher fällt es schwer, einen eigenständigen Anwendungsbereich eines Menschenwürdegrundrechts zu erkennen.⁷ Die Grundrechte der Art. 2 ff. GG bieten einen lückenlosen Schutz, ohne dass auf Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht zurückgegriffen werden muss.

594

⁵ Dagegen etwa Dreier, in: ders., Art. 1 Rn. 124 ff., und ausführlich Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 101 ff., und Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 14 ff.; dafür z. B. Herdegen, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29; Robbers, in: Umbach/Clemens, Art. 1 Rn. 33, alle m. w. N. Eine umfassende Übersicht über den Streitstand gibt Teifke, Das Prinzip Menschenwürde, 2011, S. 68 ff.

⁶ BVerfGE 93, 266 (293) („Soldaten sind Mörder“); 107, 275 (284) (Schockwerbung II).

⁷ Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 17 ff.

595 Trotz dieser Argumente geht die Mehrheit in der Literatur davon aus, dass Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht anzusehen ist. Art. 1 Abs. 3 GG sagt zwar, dass die nachfolgenden Grundrechte die öffentliche Gewalt unmittelbar binden. Das Argument, Art. 1 Abs. 1 GG sei damit aus dem Kreis der Grundrechte ausgeschlossen, ist aber nicht zwingend. Vielmehr ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, dass Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG unmittelbar bindendes Recht darstellt. Einer Wiederholung in Art. 1 Abs. 3 GG bedarf es also nicht.⁸ Zudem steht Art. 1 Abs. 1 GG im Grundrechtsteil des Grundgesetzes (vgl. die Überschrift vor Art. 1 Abs. 1 GG: „Die Grundrechte“). Schließlich werden Schutzlücken geltend gemacht, wenn man den Grundrechtsgehalt der Menschenwürdegarantie nicht anerkennen würde.⁹ Das BVerfG hat die Frage bislang nicht explizit entschieden, tendiert aber dazu, einen grundrechtlichen Gehalt anzunehmen. In einer älteren Entscheidung hat das BVerfG beiläufig angemerkt, dass „auch das in Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Grundrecht“ Prüfungsmaßstab einer Verfassungsbeschwerde sein kann.¹⁰ Und in einer Kammerentscheidung hat das BVerfG Art. 1 Abs. 1 GG als alleinigen Prüfungsmaßstab einer Verfassungsbeschwerde herangezogen, was dessen Anerkennung als Grundrecht nahe legt.¹¹

596

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung sollte man den Streit über den Grundrechtscharakter des Art. 1 Abs. 1 GG nur knapp behandeln, soweit subjektive Rechte aus Sicht eines Betroffenen zu prüfen sind. Jedenfalls in den Fällen, in denen Art. 1 Abs. 1 GG nicht den Klausurschwerpunkt darstellt, wird es auf das Ergebnis nicht ankommen, weil ohnehin ein anderes Grundrecht – etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht – einschlägig ist. Es empfiehlt sich in diesen Fällen, die Prüfung mit den anderen in Betracht kommenden Grundrechten zu beginnen und anschließend – wie gelegentlich auch das BVerfG¹² – nur festzustellen, dass aus Art. 1 Abs. 1 GG kein weitergehender Schutz folgt. Das vermeidet theoretische und fehleranfällige Ausführungen, die zur Falllösung nichts beitragen. Die Vorgaben des Art. 1 Abs. 1 GG sind aber im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung (Stichwort: keine Eingriffsrechtfertigung bei Verletzung der Menschenwürde möglich) zu berücksichtigen. Nur in den Fällen, in denen die Menschenwürdegarantie den Schwerpunkt darstellt, sollte der Grundrechtscharakter des Art. 1 Abs. 1 GG diskutiert werden. Hier ist es auch möglich, mit der Prüfung des Art. 1 Abs. 1 GG zu beginnen. Zwingend ist das aber nicht.

⁸ Dreier, in: ders., Art. 1 Rn. 125.

⁹ Vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29. Angeführt werden beispielsweise der vom BVerfG aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete postmortale Persönlichkeitsschutz (vgl. Rn. 600 f.) sowie der Rechtsschutz gegen Verfassungsänderungen. Allerdings könnte man den postmortalen Persönlichkeitsschutz auch aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) ableiten.

¹⁰ BVerfGE 61, 126 (137) (Erzwingungshaft).

¹¹ BVerfG, NJW 2001, 594 ff.; in der Tendenz auch schon BVerfG, NJW 1994, 783 ff.

Art. 1 Abs. 1 GG ist eines der ganz wenigen Grundrechte, denen das BVerfG **originäre Ansprüche auf einzelne Leistungen** entnimmt. Aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip) folgt demnach ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums.¹³ Der Staat muss dem Bürger das Existenzminimum steuerfrei belassen bzw. erforderlichenfalls durch Sozialleistungen sichern. Diskutiert werden weitere leistungsrechtliche Gehalte des Art. 1 Abs. 1 GG im Hinblick auf einen sog. **Sicherstellungsauftrag des Staates** für bestimmte grundlegende Bereiche der öffentlichen Versorgung, der sozialen Sicherung und der allgemeinen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge.¹⁴ Angesichts des Gewichts der Menschenwürde einerseits und der Folgen ausge dehnter Leistungsansprüche für die Handlungsfähigkeit des Staates andererseits ist hier aber äußerste Zurückhaltung geboten; es kann lediglich um einen **verfassungsrechtlich garantierten Mindeststandard** gehen.¹⁵ Problematisch ist die Anerkennung auch deshalb, weil echte Leistungsansprüche zwangsläufig (nicht in Haushaltsplänen vorgesehene) Mehrausgaben nach sich ziehen und damit zu finanziellen Belastungen des Staates führen. Dementsprechend beeinträchtigt ihre Anerkennung im Einzelfall die Budgethoheit des Parlaments und damit das Gewaltenteilungsprinzip.¹⁶

597

III. Schutzbereich

Fall 18: Willy-Brandt-Gedenkmünze

U ist Inhaber eines Unternehmens, das sich auf Herstellung und Vertrieb von Münzen spezialisiert hat. Kurz nach dem Tod des früheren Bundeskanzlers Willy Brandt im Jahr 1992 stellt er eine Münze her, auf der, umrundet von der Aufschrift „In Memoriam Willy Brandt“ und den Jahreszahlen „1913“ und „1992“ ein Bild des Verstorbenen zu sehen ist. Auf der Rückseite finden sich am Münzrand die Angaben „Kanzler der Bundesrepublik Deutschland“, „Präsident der Sozialistischen Internationale“ und „Friedensnobelpreisträger“. U hatte für den Vertrieb der Münzen weder eine Einwilligung Willy Brandts noch seiner Witwe S. Nachdem S davon erfahren hat, klagt sie gegen U auf Unterlassung von Herstellung und Vertrieb dieser Münzen. Land- und Oberlandesgericht gaben der Unterlassungsklage statt. Sie führten zur Begründung im Wesentlichen aus, die Verbreitung der „Abschiedsmedaille“ verstoße gegen das durch § 22 S. 1 Kunsturhebergesetz (KUG) geschützte Recht am eigenen Bild. U könne sich nicht auf § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG

598

¹² Vgl. Rn. 620.

¹³ BVerfGE 82, 60 (85) (Steuerfreies Existenzminimum), 99, 216 (233) (Familienlastenausgleich); 125, 175 (222) (Hartz IV-Regelsatz).

¹⁴ Ausführlich *Butzer*, in: HStR IV, § 74 Rn. 38 ff.

¹⁵ Vgl. zu Beispielen aus der Rechtsprechung *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 31 ff.

¹⁶ Vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Rn. 189. Vgl. Rn. 508.

berufen. Zwar sei Willy Brandt eine absolute Person der Zeitgeschichte. Der Persönlichkeitsschutz habe aber Vorrang, wenn – wie hier – der Zweck der Informationsvermittlung nach den gesamten Umständen zurücktrete. Der Bundesgerichtshof hat dagegen mit dem angegriffenen Urteil die oberlandesgerichtliche Entscheidung aufgehoben und die Klage abgewiesen, da U mit der Münzedition zwar ein kommerzielles Interesse verfolgt, zugleich aber auch ein schutzwürdiges Informationsinteresse der Bevölkerung befriedigt habe. Die Person Willy Brandt sei für die Allgemeinheit von besonderem Interesse. Die Münze zeige außerdem nicht nur eine Abbildung von Willy Brandt, sondern setze diese auch in Beziehung zu seinen Leistungen als Staatsmann und Politiker. Gegen diese Entscheidung erhebt S fristgerecht Verfassungsbeschwerde. Sie ist der Meinung, der Bundesgerichtshof sei zu Unrecht davon ausgegangen, der „Abschiedsmedaille“ komme ein schutzwürdiger Informationswert zu. Vielmehr stehe der Sammler- und Anlagewert der Münze gegenüber dem Informationsgehalt eindeutig im Vordergrund. Auch bei Verstorbenen sei eine Abbildung unzulässig, wenn diese nicht durch das Informationsinteresse der Allgemeinheit gedeckt sei. Hat die Verfassungsbeschwerde Erfolg?

§ 22 KUG [Recht am eigenen Bilde] Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. (...) Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von zehn Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte (...).

§ 23 KUG [Ausnahmen zu § 22]

(1) Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet und zur Schau gestellt werden:

1. Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte (...)

(2) Die Befugnis erstreckt sich jedoch nicht auf eine Verbreitung und Schaustellung, durch die ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten oder, falls dieser verstorben ist, seiner Angehörigen verletzt wird.

Fall nach BVerfG, NJW 2001, 594 ff. (Willy-Brandt-Gedenkmünze)

1. Persönlicher Schutzbereich

- 599** Geht man von der Grundrechtseigenschaft des Art. 1 Abs. 1 GG aus, gibt der Wortlaut den persönlichen Schutzbereich eindeutig vor: Die Würde jedes Menschen ist unantastbar. Art. 1 Abs. 1 GG ist folglich ein Jedermann-Grundrecht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG kommt auch dem ungeborenen Leben die Men-

schenwürde zu.¹⁷ Nicht abschließend geklärt ist allerdings, wann der Schutz genau einsetzt¹⁸ – eine Frage, die vor allem im Bereich der Forschung (Stichwort: Stammzellen) relevant wird.

Besonderheiten weist der persönliche Schutzbereich insofern auf, als die Menschenwürde – anders als andere Grundrechte – über den Tod hinaus reicht (sog. **postmortaler Persönlichkeitsschutz**).¹⁹ Freilich kann nicht dem toten Menschen selbst das Grundrecht des Art. 1 Abs. 1 GG zustehen, weil ein Toter nicht Rechtsträger ist und ihm schon logisch kein subjektives Recht zukommen kann. Jedoch – so das BVerfG – „endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.“²⁰ Die Menschenwürde stellt sich damit nicht als subjektives Recht des Toten, sondern als objektiv-rechtliche **Schutzpflicht**²¹ des Staates dar. Verstöße gegen die Schutzpflicht können von den Hinterbliebenen des Verstorbenen im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden.²² Allerdings nimmt das BVerfG an, dass „das Schutzbedürfnis – und entsprechend die Schutzverpflichtung – in dem Maße schwindet, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblasst und im Laufe der Zeit auch das Interesse an der Nichtverfälschung des Lebensbildes abnimmt.“²³ Mit anderen Worten wiegt der Persönlichkeitsschutz des Toten mit Zeitablauf immer weniger, sodass immer geringere Schutzvorkehrungen genügen.

Entwickelt hat das BVerfG den postmortalen Persönlichkeitsschutz im **Mephisto-Beschluss**.²⁴ Beschwerdeführer war ein Verlag, der das Buch „Mephisto – Roman einer Karriere“ von *Klaus Mann* drucken und vertreiben wollte. Der Roman schildert den Aufstieg des hoch begabten Schauspielers *Hendrik Höfgen*, der seine politische Überzeugung verleugnet und alle menschlichen und ethischen Bindungen abstreift, um im Pakt mit den Machthabern des nationalsozialistischen Deutschlands eine künstlerische Karriere zu machen. Der Romanfigur des *Hendrik Höfgen* hat der Schauspieler *Gustaf Gründgens* als Vorbild gedient. *Gründgens* war in den Zwanzigerjahren, als er noch an den Hamburger Kammerspielen tätig war, mit *Klaus Mann* befreundet und mit dessen Schwester *Erika Mann* verheiratet. Zahlreiche Einzelheiten der Romanfigur des *Hendrik Höfgen* – seine äußere Erscheinung, die Theaterstücke, an denen er mitwirkte, und ihre zeitliche Reihenfolge, der Aufstieg zum Preußischen Staatsrat und zum Generalintendanten der Preußischen Staatstheater – entsprechen dem äußeren Erscheinungsbild und dem

600

601

¹⁷ BVerfGE 39, 1 (41) (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203 (251) (Schwangerschaftsabbruch II).

¹⁸ Vgl. m. w. N. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Rn. 18 f.: mit der Befruchtung der Eizelle; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1 Rn. 14: 14 Tage nach der Empfängnis; ausführlich zu dieser Problematik *Hufen*, JuS 2010, 1 (5 f.).

¹⁹ BVerfGE 30, 173 (194) (Mephisto); BVerfG, NJW 2001, 594 (594 f.).

²⁰ BVerfGE 30, 173 (194) (Mephisto).

²¹ Vgl. Rn. 123 ff.

²² BVerfG, NJW 2001, 594 (594).

²³ BVerfGE 30, 173 (196) (Mephisto). Erläuterungen insbesondere zur diesbezüglichen Praxis der Zivilgerichte bei *Hager*, Jura 2000, 186 (189 ff.).

²⁴ BVerfGE 30, 173 ff. (Mephisto).

Lebenslauf von *Gründgens*. Jeder mit den Verhältnissen halbwegs vertraute Leser erkennt in diesem Roman *Gründgens* in der Figur des *Höfgen* wieder, der als charakterloser, von Ehrgeiz zerfressener Opportunist erscheint. Gegen den Druck und Vertrieb des Buches hatte der Adoptivsohn und Alleinerbe des verstorbenen Schauspielers und Intendanten *Gustaf Gründgens* ein gerichtliches Verbot erwirkt, gegen das sich der Beschwerdeführer im Ergebnis ohne Erfolg wandte. Heute dagegen darf das Buch verkauft werden, weil der Persönlichkeitsschutz durch Zeitablauf erloschen ist.

BVerfGE 30, 173 (194) (Mephisto): „Die Gerichte haben in diesem Zusammenhang mit Recht zur Beurteilung der Schutzwirkungen aus dem Persönlichkeitsbereich des verstorbenen Schauspielers Gründgens Art. 1 Abs. 1 GG wertend herangezogen. Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, das allen Grundrechten zu Grunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. **Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.** Der Bundesgerichtshof und das Oberlandesgericht erkennen darüber hinaus auch nach Art. 2 Abs. 1 GG Ausstrahlungswirkungen für den zivilrechtlichen Schutzbereich um die Person des verstorbenen Schauspielers Gründgens an, wenn auch in einem durch sein Ableben bedingten eingeschränkten Umfang. Die Fortwirkung eines Persönlichkeitsrechts nach dem Tode ist jedoch zu verneinen, weil Träger dieses Grundrechts nur die lebende Person ist; mit ihrem Tode erlischt der Schutz aus diesem Grundrecht. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG setzt die Existenz einer wenigstens potenziell oder zukünftig handlungsfähigen Person als unabdingbar voraus.“

2. Sachlicher Schutzbereich

602 In sachlicher Hinsicht hängt der Schutzbereich von der Definition der „**Würde des Menschen**“ ab. Das Grundgesetz knüpft damit an einen Begriff an, der schon seit Jahrhunderten die Philosophen und Theologen beschäftigt. Dabei sind vollkommen unterschiedliche Ansätze zu verzeichnen: Während die christliche Lehre die Menschenwürde als einen Gnadenerweis Gottes ansieht, die dem Mensch kraft seiner Existenz zukommt, gibt es andere Lehren, nach denen die Menschenwürde das Ergebnis eigener Leistungen ist und folglich verdient werden muss.²⁵

603 Für die Definition des Rechtsbegriffs der Menschenwürde sind diese Deutungsmuster nur sehr begrenzt geeignet. Man kann den philosophischen und theologischen Erklärungsversuchen jedoch entnehmen, dass es sich bei der Menschenwürde um den **Eigenwert des Menschen** handelt. Eine Ableitung der Menschenwürde aus eigenen Verdiensten ist abzulehnen; die umfassende Schutzkonzeption des Grundgesetzes, die sich insbesondere aus den Erfahrungen des Nationalsozialismus („Vernichtung unwerten Lebens“) erklärt, steht dem entgegen. Machte man eigene Verdienste zur Grundlage der Menschenwürde, könnte man etwa schwerst geisteskranken Menschen oder Neugeborenen die Menschenwürde absprechen, was mit

²⁵ Vgl. Isensee, AöR 131 (2006), 173 (199 ff.).

der vorgenannten Prämisse in keiner Weise in Einklang stünde. Menschenwürde kann daher als der Eigenwert des Menschen beschrieben werden, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt.²⁶ Jeder Mensch besitzt – mit den Worten des BVerfG – als Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status.²⁷ Sie kann keinem Menschen genommen werden und geht auch durch „unwürdiges“ Verhalten nicht verloren. Verletzbar ist allein der Achtungsanspruch, der sich aus der Menschenwürdegarantie ergibt.²⁸ Die Menschenwürdegarantie schützt jeden Menschen davor, dass er einer Behandlung ausgesetzt ist, die seine Subjektsqualität grundsätzlich in Frage stellt und ihn zum bloßen **Objekt staatlichen Handelns** macht.²⁹

Die so eingeführte „**Objektformel**“ wird vom BVerfG heute mit Zustimmung der ganz überwiegenden Literatur in ständiger Rechtsprechung herangezogen. Gleichwohl ermöglicht die Formel gerade in Zweifelsfällen nicht immer eine saubere Abgrenzung, was auch dem BVerfG stets vor Augen stand und steht. Schon in seinem Abhörurteil hat das Gericht **Bedenken** gegenüber der Objektformel geäußert und ausgeführt, der Mensch sei nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, dem er sich ohne Rücksicht auf seine Interessen fügen müsse.³⁰ Eine präzisere Umschreibung des Gehalts der Menschenwürdegarantie ist allerdings schwierig und vielleicht sogar unmöglich. Eine Beschreibung von der Art der Verletzungshandlung her als Schutz vor Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung von Personen und vor der Kommerzialisierung menschlichen Daseins³¹ muss notwendigerweise unvollständig bleiben. Insofern bleibt es für die Praxis und damit auch für die Fallbearbeitung bei der Maßgeblichkeit der Objektformel.

604

BVerfGE 30, 1 (25 f.) (Abhörurteil): „Was den in Art. 1 GG genannten Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde anlangt, der nach Art. 79 Abs. 3 GG durch eine Verfassungsänderung nicht berührt werden darf, so hängt alles von der Festlegung ab, unter welchen Umständen die Menschenwürde verletzt sein kann. Offenbar lässt sich das nicht generell sagen, sondern immer nur in Ansehung des konkreten Falles. **Allgemeine Formeln wie die, der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden, können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können. Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muss.** Eine Verletzung der Menschenwürde kann darin allein nicht gefunden werden. Hinzukommen muss, dass er einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage stellt, oder dass in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen liegt. **Die Behandlung des Menschen durch die öffentliche**

605

²⁶ BVerfGE 30, 1 (Ls. 6) (Abhörurteil). *Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde, 2011, S. 66, definiert die Menschenwürde wie folgt: „Die Menschenwürde garantiert ein Recht auf Anerkennung der freien selbstverantwortlichen Persönlichkeit“.

²⁷ BVerfGE 96, 375 (399) (Kind als Schaden); 115, 118 (152) (Luftsicherheitsgesetz).

²⁸ BVerfGE 87, 209 (228) (Tanz der Teufel); 109, 133 (150) (Lebenslange Sicherungsverwahrung).

²⁹ BVerfGE 96, 375 (399) (Kind als Schaden); 115, 118 (152) (Luftsicherheitsgesetz).

³⁰ BVerfGE 30, 1 (25) (Abhörurteil); ebenso BVerfGE 109, 279 (312) (Großer Lauschangriff).

³¹ BVerfGE 1, 97 (104) (Hinterbliebenenrente I); 96, 375 (400) (Kind als Schaden).

Hand, die das Gesetz vollzieht, muss also, wenn sie die Menschenwürde berühren soll, Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine ‚verächtliche Behandlung‘ sein.“

BVerfGE 30, 1 (39 f.) (Abhörurteil, abw. Meinung der Richter Geller, v. Schlabrendorf, Rupp): „Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört Art. 1 GG zu den ‚tragenden Konstitutionsprinzipien‘, die alle Bestimmungen des Grundgesetzes durchdringen. Das Grundgesetz sieht die freie menschliche Persönlichkeit und ihre Würde als höchsterten Rechtswert an. **Nun muss man sich bei der Beantwortung der Frage, was ‚Menschenwürde‘ bedeute, hüten, das pathetische Wort ausschließlich in seinem höchsten Sinn zu verstehen, etwa indem man davon ausgeht, dass die Menschenwürde nur dann verletzt ist, wenn ‚die Behandlung des Menschen durch die öffentliche Hand, die das Gesetz vollzieht‘, „Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine ‚verächtliche Behandlung‘“ ist. Tut man dies dennoch, so reduziert man Art. 79 Abs. 3 GG auf ein Verbot der Wiedereinführung z. B. der Folter, des Schandpfahls und der Methoden des Dritten Reichs.** Eine solche Einschränkung wird indessen der Konzeption und dem Geist des Grundgesetzes nicht gerecht. Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 1 GG hat einen wesentlich konkreteren Inhalt. Das Grundgesetz erkennt dadurch, dass es die freie menschliche Persönlichkeit auf die höchste Stufe der Wertordnung stellt, ihren Eigenwert, ihre Eigenständigkeit an. Alle Staatsgewalt hat den Menschen in seinem Eigenwert, seiner Eigenständigkeit zu achten und zu schützen. Er darf nicht ‚unpersönlich‘, nicht wie ein Gegenstand behandelt werden, auch wenn es nicht aus Missachtung des Personenwertes, sondern in ‚guter Absicht‘ geschieht. Der Erste Senat dieses Gerichts hat dies dahin formuliert, es widerspreche der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt staatlichen Handelns zu machen und kurzerhand von Obrigkeit wegen über ihn zu verfügen. Damit wird keineswegs lediglich die Richtung angedeutet, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können. Es ist ein in Art. 1 GG wurzelnder Grundsatz, der unmittelbar Maßstäbe setzt.“

606 Greifbar wird der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG, wenn man sich dessen Anwendungsfälle in der Rechtsprechung vor Augen führt. Im Wesentlichen lassen sich sechs **Fallgruppen** unterscheiden, die allerdings nicht abschließend sind:

- 607** • **Schutz der körperlichen Integrität** etwa vor Folter³² und sonstigen erniedrigenden und grausamen Strafen. Als eine besondere Ausprägung dieses Schutzes kann man das Verbot der Todesstrafe in Art. 102 GG ansehen. In diesen Bereich fällt auch das vom BVerfG aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete grundsätzliche Verbot der Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Es darf keine Situation eintreten, in der „der Verurteilte ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben muss“.³³
- 608** • **Schutz der elementaren Lebensgrundlagen**, gesichert durch das Recht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Nach der Rechtsprechung des BVerfG gebietet die Menschenwürde, dass das Existenzminimum nicht besteuert werden darf.³⁴ Darüber hinaus hat das BVerfG aus Art. 1

³² Vgl. Rn. 724 f.

³³ BVerfGE 45, 187 (245) (Lebenslange Freiheitsstrafe); 109, 133 (150) (Lebenslange Sicherungsverwahrung).

³⁴ BVerfGE 82, 60 (85) (Steuerfreies Existenzminimum); 99, 216 (233) (Familienlastenausgleich II).

Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums hergeleitet.³⁵ Der in diesem Grundrecht unmittelbar enthaltene Leistungsanspruch umfasst neben den zwingenden materiellen Voraussetzungen für die physische Existenz des Menschen auch die Leistungen, die für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, diesen Anspruch in einem transparenten und sachgerechten Verfahren zu konkretisieren.³⁶

- **Schutz der persönlichen Ehre**, also des Geltungsanspruchs des Einzelnen vor Erniedrigungen und schwersten Beleidigungen³⁷ ebenso wie vor kommerzieller Ausbeutung³⁸. Hier ist allerdings sehr genau darauf zu achten, dass nicht jede Beleidigung und Erniedrigung zugleich die Menschenwürde berührt. Nur wenn einem Menschen sein Geltungsanspruch grundsätzlich und in grob verachtender Weise abgesprochen wird, kommt ein Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht.³⁹ 609
- **Schutz eines unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung**. Art. 1 Abs. 1 GG setzt voraus, dass jeder Einzelne über einen Bereich verfügen kann, indem er frei von staatlicher Überwachung innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle, Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art und auch seine Sexualität zum Ausdruck bringen kann.⁴⁰ Daher sind beispielsweise Überwachungsmaßnahmen verboten, die – etwa beim Abhören von Privatwohnungen – in diesen Bereich übergreifen.⁴¹ Demgegenüber sollen Tagebücher und ähnliche private Aufzeichnungen nicht schlechthin jedem staatlichen Zugriff – etwa durch Verwertung im Strafverfahren – entzogen sein.⁴² 610
- **Schutz der personalen Identität**. Die Menschenwürde ist etwa dann betroffen, wenn staatliche Gesetze eine Geschlechtsumwandlung verhindern.⁴³ Zum Schutz der personalen Identität gehört zudem der Schutz vor einer Behandlung als bloßes Objekt im Strafverfahren. Während die zwangsweise Veränderung 611

³⁵ BVerfGE 125, 175 (222) (Hartz IV-Regelsatz); 132, 134 (159) (Asylbewerberleistungsgesetz); BVerfGE 137, 34 (72 f.) (Besondere Regelbedarfe).

³⁶ BVerfGE 125, 175 (223 ff.) (Hartz IV-Regelsatz); 132, 134 (160) (Asylbewerberleistungsgesetz); kritisch zu diesem verfahrensrechtlichen Ansatz *Dann*, Der Staat 49 (210), 630 ff.

³⁷ BVerfGE 30, 173 (214) (Mephisto); 102, 347 (367) (Schockwerbung I).

³⁸ BVerfGE 96, 375 (400) (Sterilisation).

³⁹ Beispiel in BVerwGE 93, 56 ff.: Ein Leutnant hatte während einer Übung einen Hauptgefreiten, der als „Saboteur“ eingesetzt war, gefangen genommen, gefesselt, mehrfach verbal mit dem Tode bedroht und durch sadistische sowie sexuelle Anspielungen vor anderen Soldaten gedemütigt. Das BVerwG nahm eine bewusste Degradierung des Opfers zum „Objekt“ und eine „Demonstration“ der Überlegenheit und Eigenmacht, mithin eine eklatante Verletzung des durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechts auf Wahrung der Unantastbarkeit der Menschenwürde an. Eine Menschenwürdeverletzung sah das BVerwG (BVerwGE 93, 108 ff.) ebenfalls in dem Befehl, Regenwürmer zuzubereiten und zu essen.

⁴⁰ Vgl. *Baldus*, JZ 2008, 218 ff.

⁴¹ BVerfGE 109, 279 (313 ff.) (Großer Lauschangriff); 113, 348 (390 ff.) (Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen); NJW 2016, 1781 (1797 f.) (BKAG). Vgl. Rn. 683 f.

⁴² BVerfGE 80, 367 (374) (Tagebuch).

⁴³ BVerfGE 49, 286 (298) (Transsexuelle I).

von Haaren und Bart zwecks einer Gegenüberstellung nach § 81a StPO noch zulässig sein soll⁴⁴, ist jedenfalls der unfreiwillige Einsatz eines Lügendetektors unzulässig.⁴⁵

- 612** • **Schutz elementarer Rechtsgleichheit** etwa durch die grundsätzliche Behandlung eines Menschen als zweitklassig.⁴⁶ Sehr schwer wiegende und grundsätzliche Gleichheitsverstöße können die Menschenwürde verletzen. Die Menschenwürde ist egalitär; sie gründet ausschließlich in der Zugehörigkeit zur menschlichen Gattung.⁴⁷

- 613** Bei der Annahme von Menschenwürdeverstößen ist **Zurückhaltung geboten**.⁴⁸ Die Garantie der Menschenwürde stellt das zentrale Element des Grundgesetzes dar; ihr kommt nach Wortlaut, Systematik und Geschichte eine ganz besondere Bedeutung zu. Die vorschnelle Annahme von Eingriffen in die Menschenwürde ebenso wie die vorschnelle Ableitung von konkreten Ansprüchen gegenüber dem Staat birgt die große Gefahr, die Menschenwürde der Beliebigkeit und letztlich der Banalität preiszugeben, mit der Folge, dass Art. 1 Abs. 1 GG seine Sonderstellung als absolute Grenze jeglichen staatlichen Handelns verlieren würde. Hinzu kommt, dass die Menschenwürde schrankenlos und damit absolut gewährleistet ist. Ein Eingriff in die Menschenwürde ist nie zu rechtfertigen und immer verfassungswidrig. Diese Schrankenlosigkeit spricht für eine enge und vorsichtige Auslegung des Schutzbereichs.⁴⁹ Ein Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie kommt daher nur bei sehr schwer wiegenden Eingriffen in den engsten Lebensbereich des Menschen in Betracht. In anderen Fällen sind allein die Grundrechte der Art. 2 ff. GG einschlägig. Insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) deckt viele leichtere Fälle ab, wobei die Abgrenzung beider Grundrechte kaum trennscharf gelingen kann.

614 **Hinweis zur Fallbearbeitung:**

In der Fallbearbeitung gehört die Menschenwürde zu den schwierigsten Grundrechten überhaupt. Bevor hierzu umfangreiche Ausführungen gemacht werden, empfiehlt es sich, im Sinne einer Plausibilitätsprüfung zu überlegen, ob das staatliche Verhalten tatsächlich in hinreichend schwer wiegender Weise Persönlichkeitsrechte verletzt. Nur in derartigen Fällen sollte Art. 1 Abs. 1 GG umfassend geprüft werden, wobei als Ausgangspunkt die Objektformel verwendet werden sollte. Als Kontrollüberlegung kann man anschließend überlegen, ob eine der anerkannten Fallgruppen einschlägig ist. Andernfalls sollte bloß das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG

⁴⁴ BVerfGE 47, 239 (247) (Haartracht-Veränderung).

⁴⁵ BVerfG, NJW 1982, 375.

⁴⁶ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 1 Rn. 12.

⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 - 2 BvB 1/13 -, juris Rn. 541 (NPD-Verbot).

⁴⁸ Zuletzt BVerfGE 107, 275 (283 f.) (Schockwerbung II).

⁴⁹ Vgl. zum Einfluss der Schranken auf den Schutzbereich bei der Kunstfreiheit Rn. 279.

i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) herangezogen werden. In der Fallbearbeitung ist bei Art. 1 Abs. 1 GG besonders darauf zu achten, dass die Argumentation eine rechtliche und nicht eine politische, moralische oder gar gefühlsmäßige ist. Nicht jedes staatliche Handeln, das man persönlich für unerträglich hält, betrifft die Menschenwürde. Zumeist sind die speziellen Freiheitsrechte einschlägig. Deshalb empfiehlt sich ein Ausgehen von der Objektformel, da sich mit ihrer Hilfe am ehesten eine klare juristische Subsumtion vornehmen lässt.

IV. Eingriffe

Eingriffe in die Menschenwürdegarantie liegen in jeder Behandlung eines Menschen als bloßes „Objekt“. Wie bei den anderen Grundrechten kommt es nicht darauf an, dass ein Eingriff in die Menschenwürde beabsichtigt ist. Auch faktischen Beeinträchtigungen kann Eingriffscharakter zukommen.

Eine **Einwilligung des Betroffenen** schließt einen Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie nicht aus. Während bei den meisten Freiheitsrechten der Betroffene auf den Freiheitsgebrauch verzichten darf und dies im Sinne negativer Freiheit⁵⁰ sogar geschützt ist, ist ein Grundrechtsverzicht⁵¹ bei Art. 1 Abs. 1 GG nicht möglich.⁵² In einem Fall hielt ein Verwaltungsgericht etwa das ordnungsbehördliche Verbot des „Zwergenweitwurfs“ für rechtmäßig, obwohl der Geworfene eingewilligt hatte. Das Gericht argumentierte, hier werde ein Mensch als bloßes Objekt behandelt, worin man nicht einwilligen könne.⁵³ Ähnlich argumentierte das BVerwG in seiner Laserdrome-Entscheidung:⁵⁴ Das Gericht hatte über ein verwaltungsbehördliches Verbot eines „Laserdrome“ – eines Kampfspiels, bei dem die Teilnehmer versuchen, einander mit Infrarotgewehren zu treffen – zu entscheiden. Das Spiel – so das BVerwG – sei darauf angelegt, dass auf Menschen „geschossen“ werde und damit Tötungshandlungen simuliert würden. Ein solches simuliertes Töten zu Unterhaltungszwecken werde dem gebotenen Respekt vor der Individualität, Identität und Integrität der menschlichen Persönlichkeit nicht gerecht.⁵⁵ Die vergleichbaren Paintball-Spiele halten die Verwaltungsgerichte demgegenüber mit der Menschenwürde für vereinbar.⁵⁶

615

616

⁵⁰ Vgl. Rn. 313 f. (Art. 4 Abs. 1, 2 GG), 880 ff. (Art. 9 Abs. 1 GG).

⁵¹ Vgl. Rn. 111 ff.

⁵² Offen gelassen in BVerfG, ZfBR 2016, 582 (583 f.).

⁵³ VG Neustadt, NVwZ 1993, 98 ff.

⁵⁴ BVerwGE 115, 189 ff.

⁵⁵ BVerwGE 115, 189 (200 ff.).

⁵⁶ OVG Lüneburg, BauR 2010, 1060 ff.; VGH München, DVBl. 2013, 525 ff.

V. Rechtfertigung von Eingriffen

617

Fall 19: Kindesentführung

Im Januar ist in Hannover ein sechsjähriges Kind entführt worden. Kurze Zeit später gelingt es der Polizei, den mutmaßlichen Täter (A) zu verhaften. Im Verhör gibt dieser zu, das Kind entführt, misshandelt und sexuell missbraucht zu haben. Den aktuellen Aufenthaltsort verschweigt er jedoch; er gibt nur an, dass sich das Kind in einem Erdloch im Umland von Hannover befindet. Angesichts der Misshandlungen und der Nachttemperaturen von deutlich unter 0 °C geht die Polizei davon aus, dass sich das Kind in akuter Lebensgefahr befindet. Zudem sieht die Polizei die Menschenwürde des Kindes auf Grund dessen Situation – allein, vermutlich verletzt, unterkühlt, in einem Erdloch – verletzt. Da weitere Verhöre keinen Erfolg versprechen und eine Suche in allen in Frage kommenden Gebieten zu zeitaufwändig wäre, beschließt der zuständige Polizist, A mit Gewalt zur Preisgabe des Aufenthaltsortes zu zwingen. Er droht ihm zunächst die Zufügung erheblicher Schmerzen und schließlich auch den Tod an. Als dies nichts hilft, wird A mit äußerst schmerzhaften, aber ansonsten Leben und Gesundheit nicht weiter bedrohenden Schlägen und Tritten derart misshandelt, dass er den Aufenthaltsort preisgibt. Als die Polizei am genannten Ort ankommt, trifft sie dort einen weiteren Täter (B) und das Kind an. B bedroht das Kind mit einer Schusswaffe und fordert die Polizei auf, sich zu entfernen; andernfalls werde er das Kind töten. Der Polizei ist B als äußerst gewaltbereit bekannt. Nachdem Verhandlungen zu keinem Ergebnis führen, B einen Warnschuss abgegeben hat und die Situation zu eskalieren droht, erschießt ein Scharfschütze den B. Das Kind wird gerettet. Verletzen die polizeilichen Maßnahmen Grundrechte bzw. grundrechtsgleiche Rechte von A und B? Erstellen Sie ein umfassendes Gutachten.

§ 76 Abs. 2 S. 2 NSOG: Ein Schuss, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwer wiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.

618

Art. 1 Abs. 1 GG ist vorbehaltlos gewährt. Während grundsätzlich bei vorbehaltlosen Grundrechten eine Rechtfertigung von Eingriffen auf der Basis der Schranke kollidierenden Verfassungsrechts in Betracht kommt,⁵⁷ ist diese Möglichkeit bei Art. 1 Abs. 1 GG nicht gegeben. Denn wie sich u. a. aus der Stellung des Art. 1 Abs. 1 GG an der Spitze der Verfassung, aus Art. 79 Abs. 3 GG und aus der Bedeutung der Menschenwürde insgesamt ergibt, darf die Menschenwürde als konstituierendes Element des Grundgesetzes niemals eingeschränkt werden. Die Men-

⁵⁷ Vgl. Rn. 77 ff.

schenwürde als Fundament aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht und auch mit keinem anderen Verfassungsgut abwägungsfähig.⁵⁸ Im Gegenteil hat sich jedes staatliche Handeln gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG an der Menschenwürde zu orientieren.⁵⁹ **Art. 1 Abs. 1 GG** ist damit nicht nur vorbehaltlos, sondern auch **tatsächlich schrankenlos** gewährt. Eingriffe in die Menschenwürde stellen stets Verstöße gegen die Verfassung dar.

Eine **Einschränkung** der Menschenwürde **zum Schutz der Menschenwürde** anderer⁶⁰ ist auf Grund der Sonderstellung der Menschenwürde ebenso strikt abzulehnen wie Versuche, schon den Tatbestand der Menschenwürde durch eine Güterabwägung zu bestimmen.⁶¹ Eine Abwägung der Menschenwürdegarantie mit anderen Belangen birgt die unbeherrschbare Gefahr des Dammbrochs auch dann, wenn tatsächlich im Einzelfall das Abwehrrecht der Menschenwürde gegen den Schutzanspruch der Menschenwürde steht. Der Staat würde durch eigenes Tun über die Menschenwürde verfügen und damit einen absoluten Machtanspruch über seine Bürger erheben, der mit dem demokratischen Rechtsstaat nicht vereinbar ist und den das Grundgesetz strikt vermeiden will. Das entspricht der begrüßenswert eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG: Die staatliche Schutzpflicht reicht nicht soweit, dass sie den Einsatz von Mitteln fordert, die gegen die Menschenwürdegarantie verstoßen.⁶²

619

VI. Konkurrenzen

Ungeklärt ist das Verhältnis von Art. 1 Abs. 1 GG zu den sonstigen Grundrechten. Geht man davon aus, dass alle Grundrechte in ihrem Kernbereich die Menschenwürdegarantie konkretisieren, kommt es zu Überschneidungen mit Art. 1 Abs. 1 GG. Denkbar wäre es daher, im Überschneidungsfall Spezialität entweder der sonstigen Grundrechte gegenüber Art. 1 Abs. 1 GG⁶³ oder aber auch des Art. 1 Abs. 1 GG gegenüber den sonstigen Grundrechten anzunehmen. Beides wird aber nur vereinzelt angenommen und ist mit der besonderen Bedeutung des Art. 1 Abs. 1 GG nur schwer zu vereinbaren. Dieser Bedeutung entspricht es eher, Art. 1 Abs. 1 GG parallel zu den anderen Grundrechten anzuwenden.⁶⁴ Das BVerfG weicht der Konkurrenzfrage aus. Gelegentlich formuliert es, die allgemeine Gewährleistung des

620

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 107, 275 (284) (Schockwerbung II); 109, 279 (314) (Großer Lauschangriff).

⁵⁹ BVerfGE 75, 369 (380) (Strauß-Karikatur); 93, 266 (293) („Soldaten sind Mörder“).

⁶⁰ So *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 1 Rn. 79; *Wittreck*, DÖV 2003, 873 (877 ff.).

⁶¹ So *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 Rn. 46 ff.

⁶² BVerfGE 115, 118 (160) (Luftsicherheitsgesetz). Vgl. *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 296 ff.; v. *Bernstorff*, Der Staat 47 (2008), 21 ff. Ebenso die Rechtsprechung des EGMR, vgl. EGMR, NSTZ 2008, 699 ff.

⁶³ So offenbar BVerfGE 51, 97 (105) (Zwangsvollstreckung I): Spezialität des Art. 13 GG gegenüber Art. 1 Abs. 1 GG.

⁶⁴ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1 Rn. 69; *Höfling*, JuS 1995, 857 (862).

Art. 1 Abs. 1 GG reiche „unter den hier in Frage stehenden Gesichtspunkten nicht weiter als jene Einzelgrundrechte.“⁶⁵

621

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Hinsichtlich der Konkurrenzproblematik sollte man in den Fällen, in denen die Menschenwürdegarantie nicht den Schwerpunkt darstellt, mit dem BVerfG einen über die bereits geprüften sonstigen Grundrechte hinausgehenden Schutz durch die Menschenwürdegarantie verneinen, sofern diese tatbestandlich überhaupt einschlägig ist. In den Fällen, in denen bei Art. 1 Abs. 1 GG ein Schwerpunkt liegt, sollte im Hinblick auf die Erwartungen des Korrektors Art. 1 Abs. 1 GG als selbstständige Vorschrift geprüft werden. Rechtlich zwingend ist das angesichts der unklaren Konkurrenzverhältnisse nicht.

622

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Schutzbereichsbestimmung: Objektformel (Rn. 603 ff.).
- Abgrenzungsfragen zu anderen Grundrechten, insbesondere zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) (Rn. 620).
- Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG) (Rn. 591).
- Einwilligung in Menschenwürdeverletzungen („Zwergenweitwurf“, Peepshow, Laserdrome, Lügendetektor, „Big Brother“) (Rn. 616).
- Art. 1 Abs. 1 GG als kollidierendes Verfassungsrecht; Einschränkung der Menschenwürde zu Gunsten der Menschenwürde anderer („Folterfälle“) (Rn. 618 f.).
- Verfassungswidriges Verfassungsrecht (Rn. 591).

⁶⁵ BVerfGE 53, 257 (300) (Versorgungsausgleich I); 56, 363 (393) (Sorge- und Umgangsrecht für nicht eheliche Kinder).

Kapitel 13: Allg. Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Literatur:

Desoi, Monika/Knierim, Antonie, Intimsphäre und Kernbereichsschutz, DÖV 2011, 398 ff.; *Eifert, Martin*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, Jura 2015, 1181 ff.; *Frenz, Walter*, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung – Stand nach dem Antiterrordatei-Urteil des BVerfG, JA 2013, 840 ff.; *Glaser, Andreas*, Grundrechtlicher Schutz der Ehre im Internetzeitalter, NVwZ 2012, 1432 ff.; *Gurlit, Elke*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, 1035 ff.; *Gusy, Christoph*, Grundrechtsschutz des Privatlebens, in: FS für Folz, 2003, 103 ff.; *Jarass, Hans D.*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857 ff.; *Martini, Mario*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, 839 ff. *Sachs, Michael/Krings, Thomas*, Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, JuS 2008, 481 ff.; *Schertz, Christian*, Der Schutz des Individuums in der modernen Mediengesellschaft, NJW 2013, 721 ff.; *Schoch, Friedrich*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Jura 2008, 352 ff.; *Spilker, Bettina*, Das Recht auf Kenntnis der Abstammung im Verfassungsrecht, JuS 2016, 988 ff.

Fallbearbeitungen:

Bäcker, Carsten, Öffentliches Recht: Verfassungsrecht – Die O-Söhne, JuS 2013, 522 ff.; *Bochum, Thomas*, „Die durchgeknallte Frau“, JA 2015, 366 ff.; *Degenhart, Christoph*, I, Fälle 7 (S. 111 ff.), 11 (S. 165 ff.), 15 (S. 222 ff.), II, Fall 11 (S. 271 ff.); *Hinz, Christian*, Onlinedurchsuchung, Jura 2009, 141 ff.; *Höfling, Wolfram*, Fall 8 (S. 81 ff.); *Kadelbach, Stefan/Müller, Lisa/Assakkali, Mohamed*, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Grundrechte – Organspende und Widerspruchslösung, JuS 2012, 1093 ff.; *Kahl, Wolfgang/Ohlendorf, Lutz*, Grundfälle zu Art. 2 I i. V. m. 1 I GG, JuS 2008, 682 ff.; *Kremer, Carsten*, Persönlichkeitsschutz für Prominente, Jura 2006, 459 ff.; *Molsberger, Philipp*, Der Anspruch auf Resozialisierung, JuS 2007, 560 ff.; *Volkmann, Uwe*, Fälle 4 (S. 87 ff.), 5 (S. 107 ff.); *Werkmeister, Christoph/Pötters, Stephan*, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Verfassungsrechtliche Anforderungen an „Online-Durchsuchungen“, JuS 2012, 223 ff.

Leitentscheidungen:

BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählung); 115, 320 ff. (Rasterfahndung): Recht auf informationelle Selbstbestimmung; 47, 46 ff. (Sexualkundeunterricht): Recht auf sexuelle Selbstbestimmung; 35, 202 ff. (Lebach): Resozialisierung; 34, 238 ff. (Tonband): Recht am eigenen Wort und am eigenen Bild; 120, 274 ff. (Grundrecht auf Computerschutz); BVerfG, NJW 2016, 1781 ff. (BKAG): Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

I. Hintergrund

623 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich erwähnt, sondern ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 GG, beeinflusst durch Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde). Mittlerweile hat sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu einem eigenen Grundrecht verselbstständigt, das mit den speziellen benannten Freiheitsrechten vergleichbar ist. Weder in der Weimarer Reichsverfassung noch in der Paulskirchenverfassung gab es einen solchen Schutz. Lediglich einzelne Aspekte, die heute als vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasst angesehen werden, fanden eine frühe einfachgesetzliche Ausprägung. Hierzu zählen das Recht am eigenen Bild (§§ 22, 23 KUG)¹ sowie das Namensrecht (§ 12 BGB).² Mit Art. 8 EMRK und Art. 12 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte besteht eine völkerrechtliche Entsprechung. Art. 8 Abs. 1 EMRK lautet: „Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.“ Diese Gewährleistung findet sich nahezu wortgleich in Art. 7 GR-Charta, der allerdings von „Kommunikation“ statt von „Korrespondenz“ spricht.

624 Zu unterscheiden ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundrecht von dem **zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht**.³ Letzteres wurde zwar vom Gesetzgeber des BGB noch abgelehnt, wird aber von der Zivilrechtsprechung als ein sonstiges Recht in § 823 Abs. 1 BGB hineingelesen. Die Anerkennung als Grundrecht erfolgte erst zu einem späteren Zeitpunkt.⁴ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundrecht sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB sind nicht identisch, was bereits daraus folgt, dass es sich bei Letzterem um ein Institut des einfachen Rechts handelt. Dem Grundrecht fehlt es zudem an einer unmittelbaren Drittwirkung. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Schutzbereich der beiden Persönlichkeitsrechte häufig ähnlich ausfällt und das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht anhand verfassungsrechtlicher Vorgaben auszulegen ist.⁵

II. Schutzbereich

625 Fall 20: Lebach

Im Januar 1989 überfielen F und D die Wachmannschaft eines Munitionsdepots der Bundeswehr in Lebach. Sie töteten vier Soldaten und verletzten einen weiteren Soldaten schwer. B leistete Beihilfe, indem er D in Kennt-

¹ Vgl. *Schulz/Jürgens*, JuS 1999, 664 ff., 770 ff.

² Vgl. *Emmerich*, JuS 2000, 1222 (1222).

³ Vgl. BVerfGK 9, 83 (89).

⁴ Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde durch BGHZ 13, 334 ff. im Jahr 1954 („Leserbrief“) erstmals anerkannt. Vgl. zum zivilrechtlichen und zum verfassungsrechtlichen Begriff der Privatsphäre BVerfGE 120, 180 (213 f.) (Caroline von Monaco III).

⁵ Vgl. *Jarass*, NJW 1989, 857 (858) m. w. N.; *Ehmann*, JuS 1997, 193 (197).

nis des Tatplans die Handhabung der Pistole P 38 erläuterte. Über dieses Ereignis, das in der Öffentlichkeit außergewöhnliches Aufsehen erregte, wurde besonders während der Hauptverhandlung im September 1990 in Presse, Rundfunk und Fernsehen eingehend berichtet. Das Schwurgericht, das die Haupttäter F und D zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilte, verhängte gegen B wegen Beihilfe eine Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren. Der private Fernsehsender S hat 1994 über die Tat ein Dokumentarspiel mit dem Titel „Der Soldatenmord von L“ fertig gestellt, in dem B zu Anfang im Bild gezeigt, dann aber unter Nennung seines Namens von einem Schauspieler dargestellt wird. Im Dokumentarspiel wird die Tat als Folge einer homosexuellen Gruppenbildung interpretiert. B wird als gleichermaßen schuldig wie die Haupttäter bezeichnet und seine Beihilfe als Folge seiner Feigheit dargestellt. S beabsichtigt, das Dokumentarspiel zu senden. B, der nach Verbüßung von zwei Dritteln seiner Strafe und Aussetzung des Strafrests zur Bewährung in seine Heimatstadt zurückkehren will, befürchtet, dass die Fernsehsendung ihm ein weiteres Leben dort unmöglich machen wird. Jede Chance auf Resozialisierung werde ihm genommen. Er klagt vor den Zivilgerichten – gestützt auf § 22 KUG – auf Unterlassung der Ausstrahlung, bleibt jedoch bis in letzter Instanz erfolglos. In den Urteilen nehmen die Gerichte insbesondere eine umfangreiche Abwägung der betroffenen Grundrechte vor. B sieht sich durch diese Entscheidungen dennoch in seinen Grundrechten verletzt und erhebt nun form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde. Hat diese Erfolg?

§ 22 KUG: (1) Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. (...)

§ 23 KUG: (1) Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet werden und zur Schau gestellt werden: 1. Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte; (...).

(2) Die Befugnis erstreckt sich jedoch nicht auf eine Verbreitung und Schaustellung, durch die ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten (...) verletzt wird.

Fall nach BVerfGE 35, 202 ff. (Lebach). Vgl. auch BVerfG, NJW 2000, 1859 ff. (Lebach II)

1. Persönlicher Schutzbereich

Zunächst gilt das allgemeine Persönlichkeitsrecht für **natürliche Personen**. Als Menschenrecht ist es nicht auf Deutsche beschränkt. Da das Grundrecht an das Per-

son-Sein anknüpft, werden Tote vom Schutzbereich nicht umfasst. Das postmortale Persönlichkeitsrecht⁶ fußt allein auf der Menschenwürde.

627

Juristische Personen des Privatrechts können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur in denjenigen Ausprägungen berufen, die nicht – wie beispielsweise der Schutz der Intimsphäre oder der Schutz vor einem Zwang zur Selbstbezichtigung⁷ – im Interesse der Menschenwürde gewährt werden. Denn die Menschenwürdegarantie können nur natürliche Personen für sich in Anspruch nehmen. Demgegenüber können juristische Personen des Privatrechts das allgemeine Persönlichkeitsrecht für sich in Anspruch nehmen, soweit eine Betätigung auch korporativ möglich ist. Das betrifft beispielsweise das Recht am eigenen Wort⁸ und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁹, hinsichtlich derer sich juristische Personen des Privatrechts in einer vergleichbaren Gefährdungslage befinden. In diesen Fällen wird das Grundrecht auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützt, hingegen nicht ergänzend auf Art. 1 Abs. 1 GG. Weitergehend wendet der BGH das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht insgesamt auf juristische Personen an, wenn auch mit einer geringeren Schutzintensität als bei natürlichen Personen.¹⁰ Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dem nicht zu folgen, da die Menschenwürdegarantie auf natürliche Personen beschränkt ist.

2. Sachlicher Schutzbereich

628

Der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist relativ offen. Das ist von Vorteil, weil diese Offenheit der Abwehr neuer Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit dienen kann, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht ersichtlich sind. Daher konnte der Schutzbereich erst im Laufe der Zeit anhand von Entscheidungen des BVerfG konturiert werden. **Aufgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** ist es, „im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten“.¹¹ Das Persönlichkeitsrecht wurzelt also im Person-Sein des Einzelnen. Wie auch bei der Menschenwürde ist der Schutzzumfang nicht davon abhängig, ob der Träger sich seiner Persönlichkeit bewusst ist. Daher steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht Kindern, Bewusstlosen oder schwerstbehinderten Menschen in gleichem Maß zu.

629

Zielrichtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist es zunächst, dem Einzelnen einen Bereich privater Lebensgestaltung zu sichern, über den er in eigener Verantwortung frei bestimmen kann („Recht des Menschen auf Selbstfindung im

⁶ Vgl. Rn. 600.

⁷ BVerfGE 95, 220 (242) (Aufzeichnungspflicht).

⁸ BVerfGE 106, 28 (42 ff.) (Mithörrvorrichtung).

⁹ BVerfGE 118, 168 (203) (Kontostammdaten).

¹⁰ BGHZ 81, 75 (78); 98, 94 (97); kritisch *Jarass*, NJW 1989, 857 (860).

¹¹ BVerfGE 54, 148 (153) (Epler); 72, 155 (170) (Grenzen elterlicher Vertretungsmacht); 96, 56 (61) (Vaterschaftsauskunft).

Alleinsein und in enger Beziehung zu ausgewählten Vertrauten“¹²; „**Recht, in diesem Bereich für sich zu sein, sich selber zu gehören**“¹³). Dieser Bereich soll als Ausgangspunkt dienen, um mit Dritten in Kontakt zu treten und innerhalb der Gesellschaft zu agieren. Die zweite Zielrichtung kann demnach als Schutz der sozialen Identität umschrieben werden. Den vielfältigen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts trägt das BVerfG dadurch Rechnung, dass es zwischen der **Intimsphäre** und der **Sozialsphäre** unterscheidet, also zwischen einem Bereich der totalen Zurückgezogenheit und einem Bereich der sozialen Interaktion. Teilweise wird noch auf die **Privatsphäre** abgestellt, die eine Zwischenstellung zwischen der vollkommenen Abgeschlossenheit und der Teilnahme am öffentlichen Leben einnehmen soll, wobei sie stärker zur Intimsphäre als zur Sozialsphäre geneigt ist. Hierunter fällt beispielsweise das Zusammenleben im familiären Kreis oder das Verhalten in der Abgeschlossenheit der eigenen Wohnung.¹⁴

Um das allgemeine Persönlichkeitsrecht richtig gewichten zu können, ist diese Differenzierung zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen, die an eine Eingriffsrechtfertigung zu stellen sind, richten sich danach, welche Lebenssphäre berührt ist. Zur Systematisierung lassen sich die vom BVerfG entschiedenen Fälle in **unterschiedliche Fallgruppen einteilen**.¹⁵

630

a) Darstellung der Person in der Öffentlichkeit

Bedeutsam für den Einzelnen ist das Bestimmungsrecht darüber, wie er sich in der Öffentlichkeit als Person darstellt. Dabei geht es nicht um den Schutz einzelner Betätigungen, wie sie durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt werden. Vielmehr sollen die Voraussetzungen gewährleistet werden, die es dem Grundrechtsträger ermöglichen, unter Wahrung seiner Persönlichkeit mit (unbekannten) Dritten in Kontakt zu treten. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht soll den Einzelnen vor entstellenden und verfälschenden Darstellungen seiner Person bewahren. Hierzu gehören das **Recht am eigenen Bild**¹⁶, das **Recht am eigenen Wort**¹⁷ sowie der **Schutz der persönlichen Ehre**¹⁸.

631

¹² Jarass, NJW 1989, 857 (859).

¹³ BVerfGE 35, 202 (220) (Lebach).

¹⁴ Gusy, in: FS für Folz, 2003, S. 106 ff.; nach BayObLG, NJW 1979, 2624 ff. sind Intimsphäre und Privatsphäre identisch; das BVerfG nennt beide Begriffe teilweise zusammen, ohne deutlich zu machen, ob zwischen ihnen ein Unterschied besteht (vgl. BVerfG, NJW 1997, 1632 ff.). Der EGMR – anders als das BVerfG – unterwirft die Privatsphäre keinen räumlichen Beschränkungen, vgl. Rn. 655.

¹⁵ Die Einteilung in der Literatur erfolgt nicht einheitlich; hinsichtlich der Fallgruppen besteht auch keine einheitliche Terminologie. Im Folgenden wird die Systematisierung von Jarass, NJW 1989, 857 (858 f.) und ders., in: Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 39 ff. übernommen; anders z. B. Martini, JA 2009, 839 (840).

¹⁶ BVerfGE 34, 238 (246) (Tonband). Das Recht am eigenen Bild hat seine einfachgesetzliche Ausprägung in den §§ 22, 23 KUG gefunden.

¹⁷ BVerfGE 34, 238 (246) (Tonband).

¹⁸ BVerfGE 54, 208 (217) (Böll).

BVerfGE 34, 238 (246) (Tonband): „Art. 2 Abs. 1 GG verbrieft jedem das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Dieses Grundrecht schützt auch **Rechtspositionen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit notwendig sind**. Dazu gehört in bestimmten Grenzen, ebenso wie das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort. Deshalb darf grundsätzlich jedermann selbst und allein bestimmen, wer sein Wort aufnehmen soll sowie ob und vor wem seine auf einen Tonträger aufgenommene Stimme abgespielt werden darf.“

632 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch dagegen, „dass jemandem Äußerungen in den Mund gelegt werden, die er nicht getan hat und die seinen von ihm selbst definierten Geltungsanspruch beeinträchtigen.“¹⁹

633 Zur Darstellung in der Öffentlichkeit gehört die **Nennung des eigenen Namens**, durch die den eigenen Aussagen Gewicht verliehen werden kann, indem sie mit der eigenen Identität verknüpft werden. Bei dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegten Fall ging es um den sexuellen Missbrauch einer Tochter durch ihren Vater. Der Vater wollte (im Ergebnis vergeblich) der Tochter gerichtlich verbieten lassen, im Fernsehen über den unstreitig begangenen Missbrauch unter voller Nennung ihres eigenen Namens zu berichten.

BVerfGE 97, 391 (399 f.) (Missbrauchsbeziehung): „Der Name eines Menschen hat nicht nur Ordnungs- und Unterscheidungsfunktion. Er ist auch Ausdruck der Identität und Individualität. Daher kann der Einzelne verlangen, dass die Rechtsordnung seinen Namen respektiert und schützt. Dieser Schutz ist in der Rechtsprechung bislang nur gegenüber dem staatlich vorgeschriebenen Wechsel des Namens bei Heirat relevant geworden. Er richtet sich aber auch gegen das Verlangen, den als solchen unbestrittenen Namen in bestimmten Zusammenhängen nicht zu verwenden oder durch ein Pseudonym zu ersetzen. Der Verzicht auf die Nennung des Namens lässt die Persönlichkeit nicht unbeeinträchtigt. Das gilt auch für die Namensnennung im Zusammenhang mit einer Äußerung. Äußerungen sind zugleich Ausdruck der Persönlichkeit des sich Äußernden. **Auf Grund der Namensnennung können Dritte Äußerungen nicht nur ihrem Urheber zurechnen, sondern auch in das Persönlichkeitsbild einordnen, das sie sich von ihm machen.**“

b) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

634 Wesentliche Bedeutung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Es ist eng verwandt mit dem oben genannten Aspekt der „Darstellung der Person in der Öffentlichkeit“, da es auch hier um die Schaffung und Erhaltung der Voraussetzungen geht, durch die der Einzelne unter Wahrung seiner Persönlichkeit in seinem Sozialbereich agieren kann.

635 Für den einzelnen Bürger ist es schwer ersichtlich, welche Daten wo erhoben werden, ob und wo diese Daten gespeichert werden und was mit diesen Daten geschieht: Auf öffentlichen Plätzen stehen Überwachungskameras, bei einer Polizeikontrolle wird der Personalausweis vom Computer eingelesen, der Arzt legt eine Krankenakte an und das Kreditkartenunternehmen weiß, was wann und wo gekauft

¹⁹ BVerfGE 54, 148 (Ls 1) (Eppler). In einer neueren Entscheidung (BVerfGE 106, 28 ff. [Mithörrückmeldung]), hat das BVerfG den Schutzbereich dahingehend erweitert, dass auch das Mithörenlassen über eine Mithörrückmeldung am Telefon in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen kann.

wurde. In seinem **Volkszählungsurteil** aus dem Jahr 1983 hat das BVerfG auf die von einem unkontrollierten Datenaufkommen ausgehenden Gefahren reagiert und festgestellt, dass es für ein demokratisches Gemeinwesen von elementarer Bedeutung ist, dass sich der Bürger engagiert und seine Rechte wahrnimmt, insbesondere den Staat kritisiert. Ein Bürger, dessen Daten systematisch erfasst werden und der sich überwacht fühlt, wird möglicherweise davon abgehalten, seine Rechte wahrzunehmen und sich in der Öffentlichkeit darzustellen, aus Furcht, auf Grund dieses Engagements Nachteile zu erleiden. Das BVerfG spricht hier von einem „**nachhaltigen Einschüchterungseffekt auf die Freiheitswahrnehmung**.“²⁰ Deshalb muss der Einzelne die **Kontrolle über seine Daten** behalten und selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten bestimmen.²¹ Dies ist, so das BVerfG, umso wichtiger, weil an sich unbedeutende Daten mittels moderner Datenverarbeitungssysteme ohne großen zeitlichen Aufwand zu umfassenden **Persönlichkeitsprofilen** zusammengeführt werden können²² (Stichwort „gläserner Mensch“).

Das BVerfG hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch darauf ausgedehnt, dass der Einzelne nicht gezwungen werden darf, selbstbelastende Äußerungen zu tätigen, wobei fraglich ist, ob hierfür nicht allein Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) einschlägig ist.²³ Die Daten selbst können unterschiedlichster Art sein; in Betracht kommen beispielsweise Ehescheidungsakten, Tagebücher, private Aufzeichnungen, Krankenakten oder Steuerdaten.²⁴ Ihren Niederschlag hat die Rechtsprechung des BVerfG zum informationellen Selbstbestimmungsrecht in den Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder gefunden.

636

BVerfGE 65, 1 (41 ff.) (Volkszählung): „Prüfungsmaßstab ist in erster Linie das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht (...), das gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann (...). Die bisherigen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung umschreiben den Inhalt des Persönlichkeitsrechts nicht abschließend. Es umfasst (...) auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (...).

Diese Befugnis bedarf unter den heutigen und künftigen Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung in besonderem Maße des Schutzes. Sie ist vor allem deshalb gefährdet, weil (...) Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbar Person (...) technisch gesehen unbegrenzt speicherbar und jederzeit ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar sind. Sie können darüber hinaus – vor allem beim Aufbau integrierter Informationssysteme – mit anderen Datensammlungen zu einem teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsbild zusammengefügt werden, ohne dass der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung zureichend kontrollieren kann. Damit haben sich in einer bisher unbekannten Weise die

²⁰ BVerfGE 125, 260 (332) (Vorratsdatenspeicherung).

²¹ BVerfGE 65, 1 (43) (Volkszählung); 78, 77 (84) (Öffentliche Bekanntmachung); 118, 168 (184) (Kontostammdaten).

²² BVerfG, NJW 2016, 1781 (1787) (BKAG).

²³ BVerfGE 65, 1 (63) (Volkszählung); 95, 220 (241) (Aufzeichnungspflicht); für Art. 1 GG BVerfGE 55, 144 (150) (Auskunftspflicht).

²⁴ Vgl. die Zusammenstellung bei Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 2 Rn. 44 m. w. N.

Möglichkeiten einer Einsicht- und Einflussnahme erweitert, welche auf das Verhalten des Einzelnen schon durch den psychischen Druck öffentlicher Anteilnahme einzuwirken vermögen.

Individuelle Selbstbestimmung setzt aber – auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien – voraus, dass dem einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. **Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen.** Wer damit rechnet, dass etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und dass ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das **Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.**“

c) Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und der Integrität informationstechnischer Systeme

637 In jüngerer Zeit hat das BVerfG dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine weitere Ausprägung hinzugefügt, nämlich das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Hintergrund dieses „neuen“ Grundrechts war der Versuch des Landes Nordrhein-Westfalen, dem Verfassungsschutz so genannte **Online-Durchsuchungen** zu ermöglichen.²⁵ Bei diesen wird von staatlichen Organen auf die Daten eines Computers zugegriffen, ohne dass der Computer zu diesem Zweck beschlagnahmt werden muss. Der Zugriff kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass unbemerkt eine staatliche Überwachungssoftware auf dem Computer installiert wird. Die Überwachungssoftware leitet dann auf der Festplatte gespeicherte Informationen über das Internet an die Behörden weiter.²⁶ Nach Ansicht des BGH fehlt es für derartige Strafverfolgungsmaßnahmen in der StPO an einer gesetzlichen Grundlage.²⁷ Aktuell ist die Online-Durchsuchung beispielsweise in § 20k BKAG geregelt²⁸. Streitig war und ist, an welchen Grundrechten entsprechende staatliche Maßnahmen zu messen sind. Das BVerfG grenzt das so genannte Computergrundrecht gegenüber Art. 10, 13 GG und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ab. Dabei werden Bedeutung und Struktur dieses Grundrechts deutlich.

²⁵ GVBl. NRW 2006, 620.

²⁶ Zum technischen Hintergrund siehe *Buermeyer*, HRRS 2007, 154 ff.

²⁷ BGHSt 51, 211 (212).

²⁸ Vgl. zur verfassungskonformen Auslegung und zur Verfassungswidrigkeit BVerfG, NJW 2016, 1781 (1794 ff.) (BKAG).

Problematisch ist allerdings, dass das BVerfG den Schutzbereich funktionell, d. h. eingriffsbezogen bestimmt.²⁹ Der **Schutzbereich des Computergrundrechts** wird vom BVerfG bezogen auf die technischen Systeme umschrieben, denen sich der einzelne Nutzer bedient und auf deren Abgeschlossenheit gegenüber Dritten er vertraut. Welcher Anwendungsbereich diesem Grundrecht vom BVerfG zugestanden wird, ist abzuwarten. In einer Folgeentscheidung hat das BVerfG die Beschlagnahme von E-Mails, die auf einem Server des Providers liegen, dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) unterstellt und nicht dem Computergrundrecht.³⁰ Der Schutzbereich des Computergrundrechts weist folgende Elemente auf:

- es muss sich um ein informationstechnisches System (Personalcomputer, Navigationsgeräte, Telefon, elektronische Geräte in der Wohnung oder in Kraftfahrzeugen etc.) handeln,
- das vom Betroffenen als eigenes genutzt wird und auf das nur er oder andere berechnigte Personen Zugriff haben
- und das einen aussagekräftigen Bestand personenbezogener Daten enthält, der Rückschlüsse auf Eigenschaften und Verhalten des Nutzers zulässt.

BVerfGE 120, 274 (303 ff.) (Grundrecht auf Computerschutz): „Die jüngere Entwicklung der Informationstechnik hat dazu geführt, dass informationstechnische Systeme allgegenwärtig sind und ihre Nutzung für die Lebensführung vieler Bürger von zentraler Bedeutung ist. Dies gilt zunächst für **Personalcomputer**, über die mittlerweile eine deutliche Mehrheit der Haushalte in der Bundesrepublik verfügt. Die Leistungsfähigkeit derartiger Rechner ist ebenso gestiegen wie die Kapazität ihrer Arbeitsspeicher und der mit ihnen verbundenen Speichermedien. Heutige Personalcomputer können für eine Vielzahl unterschiedlicher Zwecke genutzt werden, etwa zur umfassenden Verwaltung und Archivierung der eigenen persönlichen und geschäftlichen Angelegenheiten, als digitale Bibliothek oder in vielfältiger Form als Unterhaltungsgerät. Dementsprechend ist die Bedeutung von Personalcomputern für die Persönlichkeitsentfaltung erheblich gestiegen.

Die Relevanz der Informationstechnik für die Lebensgestaltung des Einzelnen erschöpft sich nicht in der größeren Verbreitung und Leistungsfähigkeit von Personalcomputern. **Daneben enthalten zahlreiche Gegenstände, mit denen große Teile der Bevölkerung alltäglich umgehen, informationstechnische Komponenten.** So liegt es beispielsweise zunehmend bei Telekommunikationsgeräten oder elektronischen Geräten, die in Wohnungen oder Kraftfahrzeugen enthalten sind. Der Leistungsumfang informationstechnischer Systeme und ihre Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung nehmen noch zu, wenn **solche Systeme miteinander vernetzt werden.** Dies wird insbesondere aufgrund der gestiegenen Nutzung des Internet durch große Kreise der Bevölkerung mehr und mehr zum Normalfall. (...) Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeits- und Integritätserwartung besteht unabhängig davon, ob der Zugriff auf das informationstechnische System leicht oder nur mit erheblichem Aufwand möglich ist. Eine grundrechtlich anzuerkennende Vertraulichkeits- und Integritätserwartung besteht allerdings nur, soweit der Betroffene das informationstechnische System als eigenes nutzt und deshalb **den Umständen nach davon ausgehen darf, dass er allein oder zusammen mit anderen zur Nutzung berechtigten Personen über das informationstechnische System selbstbestimmt verfügt.** Soweit die

²⁹ Vgl. *Sachs*, JuS 2008, 481 (485) sowie Fn. 32 zu Rn. 393.

³⁰ BVerfGE, 124, 43 (54 ff.) (E-Mails beim Provider). Vgl. zu dieser Problematik BGH, NJW 2009, 1828; *Gaede*, StV 2009, 96 (97 f.).

Nutzung des eigenen informationstechnischen Systems über informationstechnische Systeme stattfindet, die sich in der Verfügungsgewalt anderer befinden, erstreckt sich der Schutz des Nutzers auch hierauf.“

639 Bei der Durchsuchung des Computers ohne körperliches Eindringen der staatlichen Stellen in eine Wohnung sieht das BVerfG **Art. 13 GG** nicht als einschlägig an. Denn der Eingriff erfolgt unabhängig vom Standort des infiltrierten Systems. Insofern muss kein raumspezifischer Schutz überwunden werden, um auf das System zuzugreifen.³¹ Allerdings besteht hinsichtlich des Gewichts der Eingriffe eine Vergleichbarkeit mit der Unverletzlichkeit der Wohnung.³² Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Das besondere Schutzbedürfnis des Nutzers des informationstechnischen Systems ist unabhängig davon schutzwürdig, wo er sich befindet. Andernfalls hinge es von bloßen Zufällen ab, ob der Zugriff auf Daten, die auf einem Notebook gespeichert sind, innerhalb oder außerhalb Wohnung stattfindet. In beiden Fällen wird von der staatlichen Stelle nicht der Schutz der Privatsphäre durch die Wohnung überwunden, sondern allein die technische Schutzvorkehrung des Computers. Insoweit besteht eine Vergleichbarkeit mit der Beschlagnahme des Computers im Rahmen einer Wohnungsdurchsuchung und der anschließenden Auswertung der Festplatte. Für die Auswertung ist nicht mehr Art. 13 GG, sondern das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einschlägig.³³

640 Auch **Art. 10 GG** vermag den Nutzer des informationstechnischen Systems nicht ausreichend zu schützen. Durch das Fernmeldegeheimnis werden keine Daten geschützt, die sich nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers befinden.³⁴ Werden die auf einem Computer gespeicherten E-Mails von staatlichen Stellen gelesen, sei es durch einen Fernzugriff im Rahmen einer Online-Durchsuchung oder durch Beschlagnahme der Festplatte, ist Art. 10 GG hierfür nicht einschlägig. Anders ist dies jedoch, wenn die E-Mails auf dem Server des Providers gespeichert sind. In diesem Fall befinden sich die E-Mails und die Kommunikationsdaten nicht im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers, sodass Raum für Art. 10 GG verbleibt.³⁵

641 Schließlich grenzt das BVerfG das sog. Computergrundrecht zum **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** ab, da in beiden Fällen Daten des Betroffenen erhoben, gespeichert und weiterverarbeitet werden. Dabei kann durchaus der Kernbereich personaler Lebensführung betroffen werden, bedenkt man, dass der Computer an die Stelle von Aktenschrank und papiernen Aufzeichnungen treten kann. Gleichwohl sieht das BVerfG das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht als einschlägig an, da es nicht um die Erhebung einzelner Daten gehe,

³¹ BVerfGE 120, 274 (310 f.) (Grundrecht auf Computerschutz); für die Anwendung von Art. 13 GG *Kutscha*, NJW 2007, 1169 (1170); a. A. *Beulke/Meininghaus*, StV 2007, 60 (62); offen gelassen von *Kemper*, ZRP 2007, 105 (106).

³² BVerfG, NJW 2016, 1781 (1794) (BKAG).

³³ Vgl. BVerfGE 113, 29 (45) (Datenträger).

³⁴ BVerfGE 120, 274 (307 f.) (Grundrecht auf Computerschutz).

³⁵ BVerfGE 124, 43 (54 f.) (E-Mails beim Provider).

sondern um einen Datenbestand, der Einblicke in wesentliche Teile der Lebensgestaltung ermögliche.

BVerfGE 120, 274 (312 f.) (Grundrecht auf Computerschutz): „Jedoch trägt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Persönlichkeitsgefährdungen nicht vollständig Rechnung, die sich daraus ergeben, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen ist und dabei dem System persönliche Daten anvertraut oder schon allein durch dessen Nutzung zwangsläufig liefert. **Ein Dritter, der auf ein solches System zugreift, kann sich einen potentiell äußerst großen und aussagekräftigen Datenbestand verschaffen**, ohne noch auf weitere Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsmaßnahmen angewiesen zu sein. Ein solcher Zugriff geht in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen, vor denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt, weit hinaus.“

Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist keinesfalls auf die Erhebung eines einzelnen Datums, das erst anschließend mit anderen Daten verknüpft wird, beschränkt. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund eine einzelne Datenabfrage dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterfallen soll, die Erhebung ganzer Datenbestände verbunden mit der Potenzierung der Gefährdung der Persönlichkeitsrechte hingegen nicht mehr. Dementsprechend wird die Neuschöpfung des BVerfG in der Literatur überwiegend kritisch aufgenommen.³⁶ Überzeugender wäre es gewesen, wenn das BVerfG das Recht auf informationelle Selbstbestimmung herangezogen und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der besonderen Schwere des Eingriffs Rechnung getragen hätte. Anstatt ein „neues“ Grundrecht zu schaffen und damit einer ausufernden Kasuistik Vorschub zu leisten, hätte das BVerfG den gesteigerten Gefahren für das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen infolge der technischen Entwicklung der letzten Jahre mit der bereits entwickelten Dogmatik begegnen können. Insofern darf bezweifelt werden, dass mit der Neuschöpfung ein besonderer Freiheitsgewinn der Bürger einhergeht, der nicht mit den bisherigen Grundsätzen des BVerfG erreichbar gewesen wäre. Die Neuschöpfung des BVerfG hat allenfalls dann ihre Berechtigung, wenn man den Schwerpunkt des Schutzes bei der „**Integrität**“ der informationstechnischen Systeme sieht, da eine Grundrechtsbeeinträchtigung bereits vorliegt, wenn bloß die technischen Voraussetzungen für einen späteren Zugriff auf das System geschaffen werden. Insofern sind auch „Vorfeldmaßnahmen“ genauso wie die anschließende Datenerhebung rechtfertigungsbedürftig.

642

d) Schutz der engeren persönlichen Lebenssphäre

Zum Schutz der Privatsphäre als der „engeren persönlichen Lebenssphäre“³⁷ gehören die Privatheit der Sexualsphäre³⁸ sowie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung:

643

³⁶ *Britz*, DÖV 2008, 411 (413); *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (521 f.); *Martini*, JA 2009, 839 (840); *Murswiek*, in *Sachs*, GG, Art. 2 Rn. 73c (Fn. 132); *Sachs*, JuS 2008, 481 (483 f.); *Wegener/Muth*, Jura 2010, 847 (848 f.); zustimmend *Hirsch*, NJOZ 2008, 1907 ff.

³⁷ BVerfGE 54, 148 (153) (Eppler).

³⁸ BVerfGE 96, 56 (61) (Vaterschaftsauskunft); 119, 1 (30) (Esra).

BVerfGE 47, 46 (73 f.) (Sexualkundeunterricht): „Das Grundgesetz hat den Intim- und Sexualbereich des Menschen als Teil seiner Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gestellt. Diese Vorschriften des Grundgesetzes sichern dem Menschen das Recht zu, seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst zu bestimmen. Er kann sein Verhältnis zur Sexualität einrichten und grundsätzlich selbst darüber befinden, ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter auf diese Einstellung hinnehmen will. Wenn aber das Verhältnis des Menschen zum Geschlechtlichen unter verfassungsrechtlichem Schutz steht, dann muss dieses aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitete Recht auch dem einzelnen Jugendlichen zustehen. Seine Intimsphäre kann durch die Art und Weise, in der die Sexualerziehung in der Schule durchgeführt wird, wesentlich berührt werden.“

644 Geschützt werden auch intime Beziehungen unter Verwandten, wenngleich diese gemäß § 173 Abs. 2 S. 2 StGB unter Strafe gestellt sind.³⁹ Aus dem **Recht zur sexuellen Selbstbestimmung** ist weiterhin das Recht abzuleiten, über eine Geschlechtsumwandlung frei entscheiden zu können, einschließlich aller personenstandsrechtlichen Folgen.⁴⁰ Auch **familiäre Angelegenheiten** werden durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt. In diesen Bereich fällt beispielsweise das Recht der Ehegatten, mittels vertraglicher Beziehungen finanzielle Angelegenheiten im Fall einer Scheidung zu regeln.⁴¹ Die Ehegatten können sich entscheiden, einen Familiennamen zu wählen, wobei der Gesetzgeber Ketten von mehr als zwei Namen verbieten durfte.⁴² Familienangehörigen ist das Recht zuzugestehen, persönlichen Kontakt miteinander zu pflegen, auch zu Strafgefangenen.⁴³ Verstärkt durch Art. 6 Abs. 1 und 2 GG erfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht die elterliche Hinwendung zu ihren Kindern.⁴⁴

e) Schutz der personalen Entfaltung

645 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht bietet Schutz gegen die umfassende Einschränkung der personalen Entfaltung bzw. der **Privatautonomie**. Zu dieser Fallgruppe gehört u. a. das Recht des Minderjährigen, ohne finanzielle Schulden in die Volljährigkeit einzutreten.⁴⁵ Zur personalen Entfaltung gehört auch das Recht von Strafgefangenen, sich gegenüber Vertrauenspersonen in Briefen in Bezug auf Dritte frei äußern zu können, ohne mit strafrechtlichen Sanktionen nach § 185 StGB rechnen zu müssen („beleidigungsfreie Sphäre“).⁴⁶ Zum Verständnis und zur Entfaltung der eigenen Individualität gehören sowohl die Kenntnis der eigenen **Abstammung** als auch die Kenntnis eines Mannes, ob ein Kind von ihm abstammt.⁴⁷ Auch das Recht

³⁹ BVerfGE 120, 224 (238 f.) (Geschwisterbeischlaf).

⁴⁰ BVerfGE 49, 286 (297 ff.) (Transsexuelle I); 60, 123 (134) (Altersgrenze für Geschlechtsanpassung); 128, 109 (124 ff.) (Transsexuelle VI).

⁴¹ BVerfGE 60, 329 (339) (Versorgungsausgleich II); nach *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 2 Rn. 49, ist hierfür Art. 6 Abs. 1 GG einschlägig.

⁴² BVerfGE 123, 90 (104) (Mehrfachnamen).

⁴³ BVerfGE 57, 170 (177 ff.) (Briefe an Eltern in der Untersuchungshaft).

⁴⁴ BVerfGE 101, 361 (386) (Caroline von Monaco II).

⁴⁵ BVerfGE 72, 155 (170 ff.) (Grenzen elterlicher Vertretungsmacht).

⁴⁶ BVerfGE 9, 442 (444 ff.).

⁴⁷ BVerfGE 117, 202 (225) (Vaterschaftsfeststellung).

des Strafgefangenen auf **Resozialisierung**, d. h. das Recht, in angemessener Zeit nach Begehung eines Fehlers wieder „neu anfangen zu können“, wird erfasst.⁴⁸

BVerfGE 35, 202 (Ls. 3) (Lebach): „Für die aktuelle Berichterstattung über schwere Straftaten verdient das Informationsinteresse der Öffentlichkeit im Allgemeinen den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Straftäters. Jedoch ist neben der Rücksicht auf den untastbaren innersten Lebensbereich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten; danach ist eine Namensnennung, Abbildung oder sonstige Identifikation des Täters nicht immer zulässig. Der verfassungsrechtliche Schutz der Persönlichkeit lässt es jedoch nicht zu, dass das Fernsehen sich über die aktuelle Berichterstattung hinaus etwa in Form eines Dokumentarspiels zeitlich unbeschränkt mit der Person eines Straftäters und seiner Privatsphäre befasst. Eine spätere Berichterstattung ist jedenfalls unzulässig, wenn sie geeignet ist, gegenüber der aktuellen Information eine erheblich neue oder zusätzliche Beeinträchtigung des Täters zu bewirken, insbesondere **seine Wiedereingliederung in die Gesellschaft (Resozialisierung)** zu gefährden. Eine Gefährdung der Resozialisierung ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine den Täter identifizierende Sendung über eine schwere Straftat nach seiner Entlassung oder in zeitlicher Nähe zu der bevorstehenden Entlassung ausgestrahlt wird.“

III. Eingriffe

Eingriffe können durch Rechtsakte ebenso wie durch faktisches Handeln erfolgen.⁴⁹ Zur ersten Gruppe gehören beispielsweise Verpflichtungen zur Offenbarung persönlicher Daten. In die zweite Gruppe fallen etwa heimliche Tonbandaufnahmen zwecks Strafverfolgung sowie die Speicherung, Verwendung und Weitergabe personenbezogener Daten. Hierzu können auch Äußerungen staatlicher Stellen wie beispielsweise der Bundeszentrale für politische Bildung über einen Wissenschaftler gehören.⁵⁰ Soweit Daten bei einer automatisierten Datenerhebung – z. B. bei Kfz-Kennzeichen – unmittelbar nach der Erfassung technisch wieder spurlos, anonym und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, ausgesondert werden, fehlt es an einem Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung.⁵¹ Anders ist dies hingegen bei der Geschwindigkeitsmessung durch Videoaufzeichnung, wenn auf dieser Autofahrer für ein Bußgeldverfahren identifiziert werden können.⁵² Ein Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und der Integrität informationstechnischer Systeme liegt bereits dann vor, wenn der Staat technische Maßnahmen ergreift, die zu einer Datenerhebung geeignet sind. Dabei erlangt der Aspekt der Integrität der informationstechnischen Systeme besondere Bedeutung.

646

⁴⁸ BVerfGE 35, 202 (236) (Lebach).

⁴⁹ Vgl. zum Eingriffsbegriff Rn. 390 ff.

⁵⁰ BVerfG, NJW 2011, 511 (512).

⁵¹ BVerfGE 120, 378 (399) (Automatisierte Kennzeichenerfassung).

⁵² BVerfGK 16, 123 (127).

BVerfGE 120, 274 (314) (Grundrecht auf Computerschutz): „Geschützt vom Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist zunächst das Interesse des Nutzers, dass die von einem vom Schutzbereich erfassten informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten **vertraulich** bleiben. Ein Eingriff in dieses Grundrecht ist zudem dann anzunehmen, wenn die **Integrität** des geschützten informationstechnischen Systems angetastet wird, indem auf das System so zugegriffen wird, dass dessen Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können; dann ist die entscheidende technische Hürde für eine Ausspähung, Überwachung oder Manipulation des Systems genommen.“

IV. Rechtfertigung von Eingriffen

1. Schranken

647 Während Beeinträchtigungen der Menschenwürde keiner Rechtfertigung zugänglich sind, gilt dies beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht. Schließlich ist der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erheblich weiter gefasst als der der Menschenwürde. Wie für die allgemeine Handlungsfreiheit, gelten für das allgemeine Persönlichkeitsrecht die **Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG**, d. h. Einschränkungen sind zum Schutze der Rechte anderer, des Sittengesetzes und der verfassungsmäßigen Ordnung möglich.⁵³ Insoweit ist ein Wandel in der Rechtsprechung eingetreten, da bis zum Volkszählungsurteil des BVerfG von 1983 die Schranke des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG herangezogen wurde.⁵⁴ Angesichts des hohen Grades der Normierung vieler Lebensbereiche kommt der „verfassungsmäßigen Ordnung“ – gemeint sind alle formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen – die entscheidende Bedeutung zu. Die anderen in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Schranken gehen – wie bei der allgemeinen Handlungsfreiheit – hierin auf.⁵⁵

2. Schranken-Schranken

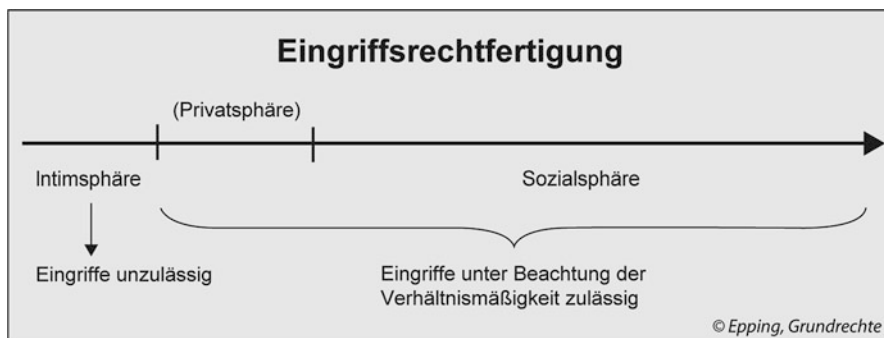
648 Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sind nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig. Welche Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu stellen sind, richtet sich danach, in welchen Teilbereich des Persönlichkeitsrechts eingegriffen wird. Besondere Bedeutung kommt der bereits beim Schutzbereich angesprochenen Unterscheidung der einzelnen Sphären zu. Generell ausgeschlossen und nicht zu rechtfertigen sind Eingriffe in den Bereich der **Intimsphäre**. Denn bei ihnen ist auch die Menschenwürde betroffen, die einer Relativierung nicht zugänglich ist. In die Intimsphäre fallen solche Handlungen, die nicht in den Bereich einer anderen Person oder der Öffentlichkeit hineinwirken, bei denen es also am Sozialbezug fehlt. Bisher hat das BVerfG die Intimsphä-

⁵³ BVerfGE 65, 1 (43 f.) (Volkszählung).

⁵⁴ Zu Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG als Schranke vgl. BVerfGE 32, 373 (379) (Ärztliche Schweigepflicht); 34, 238 (246) (Tonband).

⁵⁵ Vgl. Rn. 571.

re nicht näher definiert. Eine Verletzung des von Art. 1 Abs. 1 GG geschützten **Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung** hat das BVerfG erstmalig in seiner Entscheidung zum großen Lauschangriff festgestellt. Demnach boten die 1998 in die StPO eingefügten Regelungen zur Wohnraumüberwachung keinen ausreichenden Schutz dagegen, dass durch die akustische Überwachung der absolut geschützte Kernbereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigt wird.⁵⁶ Eine Verletzung der Intimsphäre könnte möglicherweise auch im zwangsweisen Einsatz eines Lügendetektors gesehen werden.⁵⁷ Zur Intimsphäre gehört schließlich der Bereich der Sexualität.⁵⁸ Eingriffe in die **Sozialsphäre** sind nur bei strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt; an den verfolgten Zweck sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je stärker in den Bereich privater Lebensführung eingegriffen wird. Insoweit gelten strengere Voraussetzungen als bei Eingriffen in die allgemeine Handlungsfreiheit.⁵⁹



649

Bei Maßnahmen des Staates zur **Überwachung einzelner Personen** hat das BVerfG mittlerweile eine ausgeprägte Kernbereichsrechtsprechung entwickelt und damit die vorgenannte Unterscheidung zwischen einer unantastbaren Intimsphäre und der Sozialsphäre fortgeführt. Diese Rechtsprechung findet sowohl bei Eingriffen in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als auch bei den besonderen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 10 und Art. 13 GG Anwendung. Demnach hat der Staat einen **unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung** zu wahren. Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört nach dem BVerfG die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen. Geschützt ist insbesondere die nichtöffentliche Kommunikation mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens, die in der berechtigten

650

⁵⁶ BVerfGE 109, 279 (327 ff.) (Großer Lauschangriff); ablehnend gegenüber der Kernbereichsrechtsprechung *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, 2011, S. 180 ff.

⁵⁷ Vgl. Rn. 611.

⁵⁸ BVerfGE 119, 1 (29 f.) (Esra).

⁵⁹ *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 2 Rn. 65 m. w. N.

Annahme geführt wird, nicht überwacht zu werden.⁶⁰ Eine Überwachung dieses Bereichs ist unzulässig und nicht zu rechtfertigen. Hierzu hat das BVerfG ein **zweistufiges Schutzkonzept**⁶¹ entwickelt:

- Auf der ersten Stufe hat die gesetzliche Regelung darauf hinzuwirken, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten, soweit informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich, unterbleibt.
- Wurden Daten mit Bezug zum Kernbereich privater Lebensgestaltung erhoben, sind diese unverzüglich zu löschen; eine Weitergabe oder Verwertung ist auszuschließen.

651 Genaue Vorgaben hat das BVerfG bereits in seinem Volkszählungsurteil für Eingriffe in das Recht auf **informationelle Selbstbestimmung** gemacht. Bei diesen ist zu unterscheiden, ob die Daten anonym erhoben und gespeichert werden oder ob eine individualisierte Datenverarbeitung erfolgt. In jedem Fall hat der Gesetzgeber organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, die der Gefahr einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entgegenwirken. Es gilt das aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Gebot der **Normenklarheit**, d. h. **Inhalt, Zweck und Ausmaß der Datensammlung** müssen im Gesetz präzise und normenklar festgelegt werden, wobei höhere Anforderungen an das Gesetz zu stellen sind, wenn Daten mit besonderer Persönlichkeitsrelevanz verarbeitet werden sollen.⁶² Die Daten dürfen grundsätzlich nur **zweckgebunden** verwendet werden. Die **Zweckänderung** stellt einen neuen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff dar, vergleichbar der Neuerhebung der Daten.⁶³

BVerfGE 65, 1 (43 ff.) (Volkszählung): „Dieses Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ ist nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über „seine“ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. Das Grundgesetz hat, wie in der Rechtsprechung des BVerfG mehrfach hervorgehoben ist, die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden. Grundsätzlich muss daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen. **Diese Beschränkungen bedürfen nach Art. 2 Abs. 1 GG (...) einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht. Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.** Dieser mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz folgt

⁶⁰ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1786) (BKAG).

⁶¹ BVerfGE 120, 274 (338 f.) (Grundrecht auf Computerschutz); BVerfG, NJW 2016, 1781 (1787) (BKAG). Ablehnend dazu, dass überhaupt Daten aus dem Kernbereich erhoben werden dürfen, *Sachs*, JuS 2008, 481 (485 f.).

⁶² Vgl. BVerfGE 110, 33 (53) (Zollkriminalamt); 115, 320 (345, 348) (Rasterfahndung); 118, 168 (186 f.) (Kontostammdaten), sowie Rn. 703.

⁶³ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1800 ff.) (BKAG).

bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist. Angesichts der bereits dargelegten Gefährdungen durch die Nutzung der automatischen Datenverarbeitung hat der Gesetzgeber mehr als früher auch **organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen** zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken. (...) Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten bestehen, lässt sich die Frage einer zulässigen Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten. Dabei ist zu unterscheiden zwischen personenbezogenen Daten, die in individualisierter, nicht anonymisierter Form erhoben und verarbeitet werden (...), und solchen, die für statistische Zwecke bestimmt sind (...).“

Schließlich hat das BVerfG besondere Rechtfertigungserfordernisse bei Eingriffen in das Grundrecht auf **Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** aufgestellt, die allerdings auch bei anderen Überwachungsmaßnahmen heranzuziehen sind. Entsprechende Eingriffe sind von hoher Intensität, da der Staat in der Regel Zugriff auf einen umfassenden Datenbestand erhält, der „in einer Gesamtschau Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Betroffenen bis hin zu einer Bildung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen (ermöglicht)“.⁶⁴ Darüber hinaus wiegt der Eingriff besonders schwer, da er **heimlich** erfolgt, sodass der Betroffene in seinen rechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt ist. Hieraus leitet das BVerfG zum einen gesteigerte Voraussetzungen für die mit dem Eingriff verfolgten Ziele ab. Zum anderen muss durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen sichergestellt werden, dass die Rechte des Betroffenen bei der Durchführung der Maßnahme Beachtung finden. Außerdem muss der Betroffene – wie bei allen heimlichen Maßnahmen – nachträglich benachrichtigt werden, um ihm so die Möglichkeit des Rechtsschutzes zu eröffnen.⁶⁵ Im Übrigen soll die Transparenz der Datenerhebung und -verarbeitung dazu beitragen, dass Vertrauen und Rechtssicherheit entstehen können und der Umgang mit Daten in einen **demokratischen Diskurs** eingebunden bleibt. Zugleich soll einer diffusen Bedrohlichkeit geheimer staatlicher Beobachtung entgegengewirkt werden.⁶⁶

652

BVerfGE 120, 274 (326) (Grundrecht auf Computerschutz): „Der Grundrechtseingriff, der in dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System liegt, entspricht im Rahmen einer präventiven Zielsetzung angesichts seiner Intensität nur dann dem Gebot der Angemessenheit, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende **Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut** hinweisen, selbst wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintritt. Zudem muss das Gesetz, das zu einem derartigen Eingriff ermächtigt, den Grundrechtsschutz für den Betroffenen auch durch geeignete Verfahrensvorkehrungen sichern. (...) Insbesondere ist der Zugriff grundsätzlich unter den **Vorbehalt richterlicher Anordnung** zu stellen. (...) Der Gesetzgeber darf eine **andere Stelle** nur dann mit der Kontrolle betrauen, wenn diese gleiche Gewähr für ihre Unabhängigkeit und Neutralität bietet wie ein Richter. Auch von ihr muss eine Begründung zur Rechtmäßigkeit gegeben werden.“

⁶⁴ BVerfGE 120, 274 (323) (Grundrecht auf Computerschutz).

⁶⁵ Vgl. Rn. 711.

⁶⁶ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1788) (BKAG).

V. Leistungsrechtlicher Gehalt des allg. Persönlichkeitsrechts

653 Neben der abwehrrechtlichen Funktion ist auch die leistungsrechtliche Funktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu beachten. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kann sich für den Einzelnen z. B. ein Anspruch gegen den Staat auf Auskunft ableiten, soweit durch die Speicherung bestimmter Daten in Grundrechte eingegriffen wurde. Anerkannt hat das BVerwG einen solchen Auskunftsanspruch z. B. in Fällen, in denen der Name eines Behördeninformanten nicht genannt wurde und deshalb ein effektiver Ehrschutz unmöglich war.⁶⁷ Da auch die Kenntnis der eigenen Abstammung vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasst wird, kann sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf Einsicht in die Unterlagen über die eigene Abstammung ergeben.⁶⁸ Den Gesetzgeber trifft überdies die Pflicht, zugunsten eines potenziellen Vaters ein geeignetes Verfahren bereitzustellen, um die Abstammung eines Kindes zu klären.⁶⁹ Daneben ist er aber nicht verpflichtet für Kinder ein Verfahren zur isolierten, sog. rechtsfolgenlosen Klärung der Abstammung von einem mutmaßlich leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater bereitzustellen.⁷⁰

654 Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben sich für den Staat **Schutzpflichten**. Dem Staat stehen dabei vielfältige **Gestaltungsmöglichkeiten** zu. Ein Unterlassen des Staates ist nur dann eine Grundrechtsverletzung, wenn gegen das Untermaßverbot verstoßen wird.⁷¹ Beispielsweise kann der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB als eine staatliche Schutzvorkehrung angesehen werden. Über den Wortlaut des § 253 BGB hinaus wird auch bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die nicht die sexuelle Selbstbestimmung betrifft, Schmerzensgeld gewährt. Durch diese verfassungskonforme Auslegung wird sichergestellt, dass der Staat seinem aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG herzuleitenden Schutzauftrag gerecht wird.⁷² Der zivilrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist aber nur eine Möglichkeit, um der Wertentscheidung des Grundgesetzes gerecht zu werden. Der Gesetzgeber könnte sich auch für einen strafrechtlichen Schutz entscheiden.⁷³ Der Einzelne ist auch davor zu schützen, dass er sich in unterlegenen Vertragsbeziehungen, wie z. B. gegenüber Versicherungen, zur umfänglichen Datenfreigabe verpflichtet.⁷⁴ Ein weiteres Beispiel für eine Schutzvorkehrung ist das Gegendarstellungsrecht im Presserecht.⁷⁵

⁶⁷ BVerwG, NJW 1983, 2954 (2954).

⁶⁸ BVerfGE 79, 256 (268 ff.) (Kenntnis der eigenen Abstammung).

⁶⁹ BVerfGE 117, 202 (225) (Vaterschaftstest); *Brosius-Gersdorf*, NJW 2007, 806 ff.; *Wellenhofer*, NJW 2008, 1185 ff.

⁷⁰ BVerfG, NJW 2016, 1939 ff.

⁷¹ Vgl. Rn. 126 ff.

⁷² BGHZ 35, 363 ff. („Ginsengwurzel“); diese Rspr. wurde durch BVerfGE 34, 269 ff. (Soraya) gebilligt; kritisch hierzu *Medicus*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 615.

⁷³ *Jarass*, NJW 1989, 857 (858).

⁷⁴ BVerfGK 9, 353 ff.

⁷⁵ BVerfGE 63, 131 (142 f.) (Gegendarstellung); 73, 118 (201) (4. Rundfunkentscheidung [Landesrundfunkgesetz Niedersachsen]).

BGHZ 35, 363 (367 f.): „Der erkennende Senat stimmt dem I. Zivilsenat darin zu, dass bei schuldhafter Verletzung des Persönlichkeitsrechts dem Betroffenen eine Genugtuung zubilligt werden kann. Zwar besagt § 253 BGB, dass Geldentschädigung für ideellen Schaden nur in den durch das Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen gefordert werden kann. (...) Indem die Rechtsprechung ein allgemeines Persönlichkeitsrecht des Menschen anerkannte und ihm den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zubilligte, zog sie für das Zivilrecht die Folgerungen, die sich aus dem Rang ergeben, die das Grundgesetz der Würde der menschlichen Persönlichkeit und dem Schutz ihrer freien Entfaltung beimisst. **Die unter dem Einfluss der Wertentscheidung des Grundgesetzes erfolgte Ausbildung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wäre aber lückenhaft und unzureichend, wenn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts keine der ideellen Beeinträchtigung adäquate Sanktion auslösen würde.** Ebenso wie sich die Beschränkung des deliktsrechtlichen Schutzes auf bestimmte einzelne Rechtsgüter des Menschen als zu eng erwies, um den vom Grundgesetz geforderten Persönlichkeitsschutz zu gewährleisten, wird eine Einengung des ideellen Schadensersatzes dahin, dass er nur bei Verletzung einzeln aufgeführter Rechtsgüter zubilligt wird, dem Wertsystem des Grundgesetzes nicht mehr gerecht. Denn dieses erklärt es im Art. 1 als vordringliche Verpflichtung der staatlichen Gewalt, die unantastbare Würde des Menschen zu schützen. Im Art. 2 Abs. 1 stellt es das Recht des Menschen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit an die Spitze der Grundrechte. Würde der Deliktsschutz des Persönlichkeitsrechts im geistigen Bereich hinter den Schutz der in Art. 2 Abs. 2 GG genannten besonderen Persönlichkeitsgüter völlig zurücktreten, die Ausfluss des Persönlichkeitsrechts sind, so hätte das Zivilrecht die Wertentscheidung des Grundgesetzes unbeachtet gelassen. Die Ausschaltung des immateriellen Schadensersatzes im Persönlichkeitsschutz würde bedeuten, dass Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen ohne eine Sanktion der Zivilrechtsordnung blieben, in der zum Ausdruck kommt, dass wesentliche Werte gestört sind und dass der Verletzer dem Betroffenen für das ihm angetane Unrecht eine Genugtuung schuldet. **Die Rechtsordnung würde dann auf das wirksamste und oft einzige Mittel verzichten, das geeignet ist, die Respektierung des Personenwertes des Einzelnen zu sichern.**“

Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen war und ist die Frage, in welchem Umfang der Staat **Prominente** davor schützen muss, dass Fotos aus ihrem Leben in Zeitungen und Zeitschriften ohne Einwilligung veröffentlicht werden. Hier kollidiert die Pressefreiheit mit der Schutzpflicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Nachdem das BVerfG absoluten Personen der Zeitgeschichte (§ 22 KUG) einen Schutz ihrer Privatsphäre nur insoweit zubilligt hat, wie sie sich in erkennbarer räumlicher Abgeschiedenheit aufhalten,⁷⁶ hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gestützt auf Art. 8 EMRK einen verstärkten Persönlichkeitsschutz auch in der Öffentlichkeit gefordert.⁷⁷ Nachdem der BGH seine Rechtsprechung den Vorgaben des EGMR angepasst hat,⁷⁸ hat sich nunmehr auch das BVerfG auf die Linie des EGMR zubewegt und festgestellt, dass die Privatsphäre Prominenter auch außerhalb räumlicher Abgeschiedenheit schützenswert ist, „wenn die Medienberichterstattung den Betroffenen in Momenten der Entspannung oder des Sich-Gehen-Lassens außerhalb der Einbindung in die Pflichten des Berufs und Alltags (erfasse).“⁷⁹

655

⁷⁶ BVerfGE 101, 361 (384 ff.) (Caroline von Monaco II).

⁷⁷ EGMR, NJW 2004, 2647 ff.

⁷⁸ Vgl. BGHZ 171, 275 (280 f.); hierzu *Teichmann*, NJW 2007, 1917 ff.

⁷⁹ BVerfGE 120, 180 (207) (Caroline von Monaco III); dazu *Frenz*, NJW 2008, 3102 ff.

- 656** Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entnimmt das BVerfG zudem besondere **Kinderrechte**: Kinder bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verpflichtet den Gesetzgeber, Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind.⁸⁰
- 657** Gestützt auf den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts können Elemente der **Gleichbehandlung** und damit einhergehend ein Schutz vor Diskriminierung unabhängig von spezialgesetzlichen Ausgestaltungen wie dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in das Zivilrecht eingeführt werden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht enthält auch eine gleichheitsrechtliche Dimension. Diskriminierungen etwa wegen des Geschlechts, der Rasse und Herkunft oder auch der Behinderung könnten als grob persönlichkeitsverletzend zu kennzeichnen sein. Insofern bedarf es keines Rückgriffs auf Art. 3 Abs. 1 GG, der ohnehin als staatsgerichtetes Grundrecht keine Drittwirkung entfaltet.⁸¹

VI. Konkurrenzen

- 658** Die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ist als umfassende grundrechtliche Gewährleistung subsidiär zu den anderen Freiheitsrechten, d. h. soweit ein anderes Freiheitsrecht einschlägig ist, tritt sie zurück. Dies gilt auch in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht.⁸² Demgegenüber hat das **allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht** den Charakter eines **Auffanggrundrechts**; ihm kommt – beeinflusst durch die Menschenwürde – eine eigenständige Bedeutung zu. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass durch spezielle Freiheitsrechte das allgemeine Persönlichkeitsrecht konkretisiert wird; dies gilt für Art. 10 GG (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis) und Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung). Somit ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Schutz der Privatsphäre neben den anderen Freiheitsgrundrechten anzuwenden, wenn nicht eine der vorgenannten spezielleren Gewährleistungen einschlägig ist.⁸³ In diesen Fällen kann allerdings das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Verstärkung des grundrechtlichen Schutzes hinzutreten.⁸⁴ Hinter die Menschenwürde tritt das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht zurück.⁸⁵
- 659** Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und der Integrität informationstechnischer Systeme ist subsidiär gegenüber anderen Grundrechten mit gleichem Schutzzweck. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG insbeson-

⁸⁰ Vgl. BVerfGE 121, 69 (92) (Umgangspflicht); 133, 59 (73 f.) (Sukzessivadoption). Zur Diskussion um die Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz vgl. *Wabnitz*, ZKJ 2013, 199 ff.

⁸¹ Vgl. Rn. 773.

⁸² Vgl. Rn. 577 ff.

⁸³ Für Art. 13 GG BVerfGE 109, 279 (325 f.) (Großer Lauschangriff); für Art. 10 GG BVerfGE 115, 166 (188 f.) (Verbindungsdaten) sowie unten Rn. 695.

⁸⁴ So im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG BVerfGE 9, 442 (444 f.).

⁸⁵ Vgl. zur Anwendbarkeit der Menschenwürde Rn. 620.

dere für Art. 10 und Art. 13 GG sowie für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁸⁶

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Schutz des Einzelnen vor Berichterstattung und Fotoveröffentlichung in der Presse (Abwägung allgemeines Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit/Meinungsfreiheit) (Rn. 655).
- Gegendarstellung in der Presse (Rn. 654).
- Schadensersatz/Schmerzensgeld (Auslegung zivilrechtlicher Normen) (Rn. 654).
- Datenschutz (insb. Online-Durchsuchungen) (Rn. 634 ff.).

660

⁸⁶ BVerfGE 120, 274 (302) (Grundrecht auf Computerschutz); 124, 43 (57) (E-Mails beim Provider).

Kapitel 14: Schutz der Privatsphäre

Literatur:

Arndt, Claus, Grundrechtsschutz bei der Fernmeldeüberwachung, DÖV 1996, 459 ff.; *Ennuschat, Jörg*, Behördliche Nachschau in Geschäftsräumen und die Unverletzlichkeit der Wohnung gemäß Art. 13 GG, AöR 2002, 252 ff.; *Gurlit, Elke*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, 1035 ff.; *Gusy, Christoph*, Das Grundrecht des Post- und Fernmeldegeheimnisses, JuS 1986, 89 ff.; *Lepsius, Oliver*, Der große Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht, Jura 2005, 433 ff., 586 ff.; *Roßnagel, Alexander*, Die „Überwachungs-Gesamtrechnung“ – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, 1238 ff.; *ders.*, Die neue Vorratsdatenspeicherung – Der nächste Schritt im Ringen um Sicherheit und Grundrechtsschutz, NJW 2016, 533 ff.; *Schoch, Friedrich*, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, Jura 2010, S. 22 ff.; *Schwabenbauer, Thomas*, Kommunikationsschutz durch Art. 10 GG im digitalen Zeitalter, AöR 2012, 1 ff.

Fallbearbeitungen:

Augsberg, Ino, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Unverletzlichkeit der Wohnung und Beweisverwertungsverbot, JuS 2011, 605 ff.; *Degenhart, Christoph*, I, Fall 12 (S. 181 ff.), II, Fälle 14 (S. 353 ff.), 18 (S. 437 ff.); *Droege, Michael*, Postkontrolle im Strafvollzug, Jura 2006, 778 ff.; *Funke, Andreas/Lüdemann, Jörn*, Grundfälle zu Art. 10 GG, JuS 2008, 780 ff.; *Höfling, Wolfram*, Fall 7 (S. 67 ff.); *Hofmann, Andreas*, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Kontrolle im Copy-Shop, JuS 2013, 322 ff.; *Miller, Wolfgang/Schweighart Florian*, Hausfriedensbruch oder Verletzung des Art. 13 GG?, JuS 2008, 607 ff.; *Volkman, Uwe*, Fall 5 (S. 107 ff.); *Werkmeister, Christoph/Pötters, Stephan*, Anfängerklausur – Öffentliches Recht: Grundrechte – Verfassungsrechtliche Anforderungen an „Online-Durchsuchungen“, JuS 2012, 223 ff.; *Wißmann, Hinnerk*, Grundfälle zu Art. 13 GG, JuS 2007, 324 ff., 426 ff.

Leitentscheidungen:

BVerfGE 30, 1 ff. (Abhörurteil); 32, 54 ff. (Betriebsbetretungsrecht); 33, 1 ff. (Strafgefangene); 96, 44 ff. (Durchsuchungsanordnung II); 103, 142 ff. (Wohnungsdurchsuchung); 109, 279 ff. (Großer Lauschangriff); 110, 33 ff. (Zollkriminalamt); 115, 166 ff. (Verbindungsdaten); 125, 260 ff. (Vorratsdatenspeicherung); 130, 151 ff. (Zuordnung dynamischer IP-Adressen); 139, 245 ff. (Eilkompetenz bei Durchsuchung); NJW 2016, 1781 ff. (BKAG); BVerwGE 78, 251 ff. (Betretungsrecht).

I. Hintergrund

- 661** Art. 10 GG und Art. 13 GG dienen gleichermaßen dem Schutz der Privatsphäre des Einzelnen. Beide Grundrechte sollen sicherstellen, dass dem Bürger ein Bereich zur eigenen Verfügung verbleibt, in dem er sich vom Staat und auch von Dritten unbeobachtet weiß. Ihre Bedeutung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit wurde schon früh erkannt. Bereits § 142 der Paulskirchenverfassung hat das Briefgeheimnis geschützt. Die Weimarer Reichsverfassung hat durch Art. 117 (vom Schutzbereich her mit Art. 10 Abs. 1 GG identisch) den Schutz auf das Post-, Telegraphen- und Fernsprechteilnehmungsgeheimnis ausgedehnt. § 140 Paulskirchenverfassung und Art. 115 WRV erklärten die Wohnung für unverletzlich. Entsprechende Gewährleistungen finden sich in Art. 7 GR-Charta und in Art. 8 EMRK. Die Bedeutung des Art. 10 GG rührte zunächst daher, dass die entsprechenden Dienstleistungen von der staatlichen Post angeboten wurden und deshalb die Gefahr bestand, dass der Staat leicht und unauffällig auf das gesprochene und geschriebene Wort des Bürgers zugreifen konnte. Aber auch nach der Privatisierung von Post und Telekom hat sich an der Gefährdung der Privatsphäre durch den Staat nichts geändert.

II. Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)

662

Fall 21: Betriebsbesichtigung

B ist gelernter Maler- und Lackierergeselle und besitzt eine Reisegewerbebescheinigung für „Maler-, Verputzer- und Lackiererhandwerksarbeiten“. Die persönlichen Voraussetzungen für eine Eintragung in die Handwerksrolle erfüllt er nicht, an einer Ausübungsberechtigung nach § 7b HandwO oder einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HandwO ist er nicht interessiert. Besondere Geschäfts- oder Betriebsräume unterhält er ebenfalls nicht, vielmehr lagert er seine Arbeitsutensilien in einer privaten Garage. Als ein Beauftragter der Handwerkskammer wegen des Verdachts unerlaubter Handwerksausübung bei B einen „Betriebsbesuch“ vornehmen will, erteilt B ihm Hausverbot. Daraufhin strengt die Handwerkskammer ein Ordnungswidrigkeitsverfahren wegen eines Verstoßes gegen § 118 Abs. 1 Nr. 2 HandwO an. B ist über das Verhalten der Kammer empört und erhebt vor dem zuständigen VG Klage auf Feststellung dahingehend, dass die Handwerkskammer nicht berechtigt sei, bei ihm eine „Hausbesichtigung und/oder Betriebsbesichtigung“ gem. § 17 Abs. 2 HandwO durchzuführen. Rechtsmittel bleiben erfolglos. B fühlt sich in seinen Grundrechten verletzt und wendet sich nunmehr an das Bundesverfassungsgericht.

Hat eine zulässige Verfassungsbeschwerde Erfolg?

§ 17 HandwO

(1) Die in der Handwerksrolle eingetragenen oder in diese einzutragenden Gewerbetreibenden sind verpflichtet, der Handwerkskammer die für die

Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen erforderliche Auskunft über Art und Umfang ihres Betriebs, über die Betriebsstätte, über die Zahl der im Betrieb beschäftigten gelernten und ungelernten Personen und über handwerkliche Prüfungen des Betriebsinhabers und des Betriebsleiters sowie über die vertragliche und praktische Ausgestaltung des Betriebsleiterverhältnisses zu erteilen sowie auf Verlangen hierüber Nachweise vorzulegen. Auskünfte, Nachweise und Informationen, die für die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nach Satz 1 nicht erforderlich sind, dürfen von der Handwerkskammer nicht, auch nicht für Zwecke der Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, verwertet werden. Die Handwerkskammer kann für die Erteilung der Auskunft eine Frist setzen.

(2) Die Beauftragten der Handwerkskammer sind nach Maßgabe des § 29 Abs. 2 der Gewerbeordnung befugt, zu dem in Absatz 1 bezeichneten Zweck Grundstücke und Geschäftsräume des Auskunftspflichtigen zu betreten und dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen. Der Auskunftspflichtige hat diese Maßnahmen zu dulden. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.

§ 118 HandwO

(1) Ordnungswidrig handelt, wer (...)

2. entgegen § 17 Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 2, § 111 Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 2 oder § 113 Abs. 2 Satz 11, auch in Verbindung mit § 73 Abs. 3, eine Auskunft nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt, Unterlagen nicht vorlegt oder das Betreten von Grundstücken oder Geschäftsräumen oder die Vornahme von Prüfungen oder Besichtigungen nicht duldet, (...)

(2) Die Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nr. 1, 2, 6 und 7 können mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro [...] geahndet werden.

Fall nach BVerfG, NVwZ 2007, 1049 ff.

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

Hinsichtlich des persönlichen Schutzbereiches macht Art. 13 GG keine Einschränkungen. Träger dieses Grundrechts ist jeder **Bewohner** der geschützten Räume. Die Stellung als Eigentümer ist nicht entscheidend, da für den Schutz der Privatsphäre der Besitz allein maßgeblich ist.¹ Auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes kommt es ebenso wenig an, wie auf die Einschränkungen durch die Besitzdienerschaft

663

¹ BVerfGE 109, 279 (326) (Großer Lauschangriff); BVerfGK 16, 22 (29).

(§ 855 BGB), soweit eine persönliche Privatsphäre besteht.² Auch juristische Personen des privaten Rechts können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf Art. 13 GG insbesondere im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsräume berufen.³

b) Sachlicher Schutzbereich

aa) Schutz der Privatwohnung

664 Art. 13 Abs. 1 GG spricht davon, dass die Wohnung unverletzlich ist. Was hierunter zu verstehen ist, muss ausgehend vom Schutzzweck des Art. 13 GG beantwortet werden. Durch dieses Grundrecht soll die Privatheit der Wohnung als „elementarer Lebensraum“⁴ geschützt werden, der der freien Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen dient. Das BVerfG spricht im Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch von dem Recht, „in Ruhe gelassen zu werden“.⁵ Unter **Wohnung** sind die Räume zu verstehen, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch eine räumliche Abschottung entzogen und zur Stätte privaten Lebens und Wirkens gemacht werden.⁶ Ausreichend ist ein vorübergehender Aufenthalt wie in Hotel- oder Krankenzimmern.⁷ Mangels entsprechender Abschottung werden beispielsweise Autos und Strandkörbe nicht mehr vom Schutzbereich umfasst; anders ist dies bei Campingwagen und Zelten. Unbebaute Flächen fallen dann in den Schutzbereich, wenn sie entweder gegenüber der Öffentlichkeit abgeschildert sind oder wenn sie sich in unmittelbarer Nähe eines Gebäudes befinden und damit in erkennbarem Zusammenhang mit Wohnzwecken stehen.⁸

665 Nicht erfasst vom Schutzbereich des Art. 13 GG werden nach Ansicht des BVerfG die **Hafträume der Strafgefangenen**.⁹ Die Zelle darf durch Anstaltsmitarbeiter ohne vorherige Ankündigung betreten werden. Einer rechtfertigenden Norm bedarf es deshalb nicht. Begründet wird diese Einschränkung des Schutzbereiches mit dem fortbestehenden Hausrecht der Anstalt.

bb) Schutz der Betriebs- und Geschäftsräume

666 Der Wortlaut des Art. 13 GG scheint den Schutzbereich relativ klar zu umreißen: Nach herkömmlichem Sprachgebrauch sind unter einer Wohnung nur solche Räume zu verstehen, die der *privaten* Lebensführung dienen. Trotzdem ist es umstritten, ob auch Betriebs- und Geschäftsräume unter den Wohnungsbegriff zu subsumieren sind. Unter Hinweis auf das allgemeine Verständnis von „Wohnung“ lassen

² Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 13 Rn. 6; Krings, Der Grundrechtsberechtigte des Grundrechts aus Art. 13 GG, 2009, S. 43 ff., 53 ff.; Kühne, in: Sachs, GG, Art. 13 Rn. 19, der allerdings eine Ausnahme bei evidenten Vorrechten Dritter macht.

³ Ausführlich hierzu Krings, Der Grundrechtsberechtigte des Grundrechts aus Art. 13 GG, 2009, S. 106 ff. Vgl. zum sachlichen Schutz der Betriebs- und Geschäftsräume Rn. 666 ff.

⁴ BVerfGE 42, 212 (219) (Quick/Durchsuchungsbefehl); 51, 97 (110) (Zwangsvollstreckung I).

⁵ BVerfGE 27, 1 (6) (Mikrozensus).

⁶ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 13 Rn. 4.

⁷ Zum Abhören von Selbstgesprächen in einem Krankenzimmer BGHSt 50, 206 ff.; Kolz, NJW 2005, 3248 ff.

⁸ Kühne, in: Sachs, GG, Art. 13 Rn. 3.

⁹ BVerfG, NJW 1996, 2643 (2643). Kritisch dazu Ruthig, JuS 1998, 506 (512).

sich **Betriebs- und Geschäftsräume** durchaus aus dem Schutzbereich ausklammern und Art. 13 Abs. 1 GG auf den Schutz des privaten Bereichs als elementaren Lebensraum begrenzen.¹⁰ Konsequenz hieraus ist, dass Betriebs- und Geschäftsräume allein dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterfallen. Hingegen sind nach der Rechtsprechung des BVerfG Betriebs- und Geschäftsräume einschränkungslos von Art. 13 GG umfasst.¹¹ So werden nicht nur Verkaufsräume, sondern auch Einkaufszentren und sogar Sportstadien als „Wohnung“ im Sinne des Art. 13 GG angesehen.¹² Differenzierend wird aber auch vertreten, dass Betriebs- und Geschäftsräume als Wohnungen nur dann geschützt sind, wenn kein unkontrollierter öffentlicher Zutritt möglich ist.¹³

Gegen die Ausdehnung des Art. 13 GG auf Betriebs- und Geschäftsräume wird in pointierter Weise eingewandt, dass der Herr-im-Haus-Standpunkt, nach dem das Unternehmen der Privatsphäre des Unternehmers zugeordnet werde, vergangenen Zeiten angehöre. Dieser Wandel in der gesellschaftlichen Anschauung müsse sich im Schutzbereich des Art. 13 GG niederschlagen.¹⁴

Die historische Auslegung spricht indes für einen weiten Wohnungsbegriff. Bereits Art. 6 der preußischen Verfassung von 1850 und Art. 115 WRV wurden in diesem Sinne verstanden.¹⁵ Hiervon wollten weder der Parlamentarische Rat noch der verfassungsändernde Gesetzgeber, der 1998 Art. 13 GG um die Absätze drei bis sechs ergänzt hat, abrücken.¹⁶ Weiterhin lassen sich auch teleologische Erwägungen dafür anführen, dass Betriebs- und Geschäftsräume von Art. 13 GG erfasst werden. Denn der Wohnungsbegriff muss unter Berücksichtigung des Schutzzwecks gesehen werden. Art. 13 GG dient dem Schutz der Privatsphäre und der freien Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen. Diese **Schutzbedürftigkeit** gilt jedenfalls auch dann, wenn die entsprechenden Räume der Öffentlichkeit entzogen sind, der Inhaber des Hausrechts also über jeden einzelnen Zugang entscheidet. Schließlich verwirklicht sich der Mensch durch Arbeit, Beruf und Gewerbe selbst.¹⁷ Zweifelhafte ist es hingegen, wenn solche Orte dem Schutzbereich des Art. 13 GG unterstellt werden, die von Menschen betreten werden können, ohne dass individuell über den Zutritt entschieden wird. Zwar verzichtet auch derjenige nicht auf sein Hausrecht, der seine Räumlichkeiten der Öffentlichkeit öffnet: Der Supermarktbesitzer möchte keinen Zutritt durch Diebe; am Stadioneingang finden Kontrollen statt, um Randallierer fern zu halten. Diese Auslegung des einfachen Rechts (z. B. des § 123 StGB) lässt jedoch keine Rückschlüsse darauf zu, ob Art. 13 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG einschlägig ist. Bei Sportstadien oder Einkaufszentren fehlt das Element der Privatsphäre bzw. der Persönlichkeitsentfaltung durch Arbeit. Insoweit ist das Schutzgut

667

668

¹⁰ Stein/Frank, S. 293; Behr, NJW 1992, 2125 (2126).

¹¹ BVerfGE 32, 54 (71 ff.) (Betriebsbetretungsrecht); umfassend hierzu Hermes, in: Dreier, Art. 13 Rn. 23 ff.

¹² BVerfGE 97, 228 (265) (Kurzberichterstattung).

¹³ Ruthig, JuS 1998, 506 (510).

¹⁴ Stein/Frank, S. 293; kritisch hierzu Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 13 Rn. 11.

¹⁵ BVerfGE 32, 54 (69 f.) (Betriebsbetretungsrecht); Ennuschat, AöR 127 (2002), 252 (266).

¹⁶ JöR 1 (1951), S. 139; Ennuschat, AöR 127 (2002), 252 (266).

¹⁷ Pieroht/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 972.

des Art. 13 GG nicht berührt, sodass allein die allgemeine Handlungsfreiheit bzw. die Berufsfreiheit einschlägig ist.

BVerfGE 32, 54 (71 f.) (Betriebsbetretungsrecht): „Wurden die Geschäfts- und Betriebsräume schon in Zeiten eines prinzipiell weit weniger ausgebildeten Grundrechtsschutzes mit Selbstverständlichkeit zum Bereich der individuellen Freiheitssphäre des Bürgers gerechnet und damit den besonderen Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen zum Schutze des Hausfriedens unterstellt, so wäre es schwer verständlich und würde der grundsätzlichen Einstellung des Verfassungsgebers von 1949 zuwiderlaufen, diese Räumlichkeiten jetzt generell von dem Schutz dieses Grundrechts auszunehmen. **Die nunmehr seit mehr als einem Jahrhundert unverändert gebliebene Auslegung hat sich zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung verfestigt** und dem Grundrecht eine Reichweite gegeben, die nur verkürzt werden dürfte, wenn nachgewiesen würde, dass zwingende sachliche Gründe eine solche Substanzminderung erforderten und dass die Entstehungsgeschichte ihr wenigstens nicht entgegenstünde. Das Gegenteil ist aber (...) der Fall. Nicht nur ist die herkömmliche Formulierung des Grundrechts unverändert übernommen worden; die zu ihrer Begründung abgegebenen und unwidersprochen gebliebenen Äußerungen der maßgebenden Redaktoren erweisen klar, dass mit der überlieferten Formel auch die bisherige Interpretation festgehalten werden sollte. Dass man angesichts der unmittelbar vorausliegenden geschichtlichen Erfahrung, die die Anfälligkeit gerade dieses Lebensbereichs gegenüber Eingriffen der öffentlichen Gewalt gezeigt hatte, an eine Einengung des Grundrechts gedacht haben sollte, ist ohnehin nicht zu vermuten. **Nur die weite Auslegung wird auch dem Grundsatz gerecht, wonach in Zweifelsfällen diejenige Auslegung zu wählen ist, welche die juristische Wirkungskraft der Grundrechtsnorm am stärksten entfaltet.** Sie fügt sich überdies sinnvoll in die Grundsätze ein, die das Bundesverfassungsgericht zur Interpretation des Grundrechts der Berufsfreiheit entwickelt hat. Wenn dort die **Berufsarbeit als ein wesentliches Stück der Persönlichkeitsentfaltung** gesehen und ihr deshalb im Rahmen der individuellen Lebensgestaltung des Einzelnen ein besonders hoher Rang zuerkannt wird, so ist es nur folgerichtig, dem räumlichen Bereich, in dem sich diese Arbeit vorwiegend vollzieht, einen entsprechend wirksamen rechtlichen Schutz angedeihen zu lassen, jedenfalls den bereits bestehenden verfassungsrechtlichen Schutz dieser Räume nicht ohne zwingende Notwendigkeit zu schmälern. (...)

Der **Wortlaut** des Art. 13 Abs. 1 GG kann demgegenüber nicht entscheidend sein. Die sprachliche Einkleidung dieses Grundrechts hat seit jeher die juristische Präzision zu Gunsten des feierlichen Pathos einer einprägsamen Kurzformel zurücktreten lassen. „Wohnung“ ist in diesem Zusammenhang immer im Sinn der „räumlichen Privatsphäre“ verstanden worden.“

cc) Schutzpflichten

- 669** Neben der Funktion als Abwehrrecht ergeben sich aus Art. 13 GG Schutzpflichten des Staates. So muss der Staat dafür Sorge tragen, dass die räumliche Privatsphäre effektiv gegenüber privatrechtlichen Beeinträchtigungen geschützt wird. Im Zivilrecht ergeben sich daraus beispielsweise Beschränkungen für das Betretungsrecht des Vermieters einer Wohnung.¹⁸

¹⁸ BVerfGE 89, 1 (12 f.) (Besitzrecht des Mieters).

2. Eingriffe

Art. 13 GG schützt vor dem Eindringen der Staatsgewalt in die Wohnung ebenso wie vor dem Verweilen. Auf Letzteres ist deshalb hinzuweisen, weil auch ein zunächst rechtmäßiges Betreten der Wohnung nach dem Willen des Hausrechtshabers widerrechtlich werden kann. Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 13 GG können durch Durchsuchungen (Abs. 2), durch Eingriffe und Beschränkungen im Übrigen (Abs. 7) sowie durch technische Maßnahmen (Abs. 3–6) erfolgen. Soweit Daten durch einen Eingriff Art. 13 Abs. 1 GG erhoben wurden, ist auch deren Folgeverwendung an diesem Grundrecht zu messen. Dabei ist zwischen Zweckbindung und Zweckänderung zu unterscheiden. Die **Zweckbindung** der gewonnenen Informationen bedeutet, dass die weitere Nutzung innerhalb der ursprünglichen Zwecksetzung nur seitens derselben Behörde im Rahmen derselben Aufgaben und für den Schutz derselben Rechtsgüter in Betracht kommt wie sie bereits für die Datenerhebung maßgeblich war.¹⁹ Durch eine **Zweckänderung**, bei der die Daten zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung genutzt werden, dürfen die für die Erhebung der Daten maßgeblichen Grundsätze und Einschränkungen nicht umgangen werden.²⁰ Voraussetzung für eine Zweckänderung ist, dass die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dient, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen können (**hypothetische Datenneuerhebung**). Da Eingriffe in Art. 13 GG von besonderem Gewicht sind, muss jede neue Nutzung der Daten wie bei der Datenerhebung selbst auch durch eine dringende Gefahr oder eine im Einzelfall hinreichend konkretisierte Gefahr gerechtfertigt sein. Bei anderen Grundrechten genügt hingegen ein konkreter Ermittlungsansatz zur weiteren Nutzung der Daten.²¹

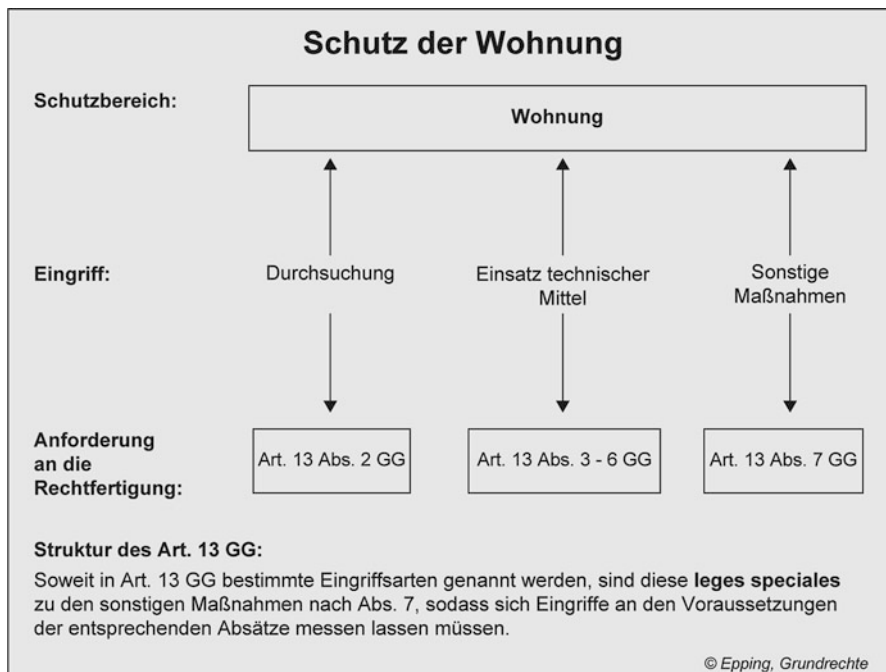
670

¹⁹ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1800 f.) (BKAG).

²⁰ BVerfGE 133, 277 (327 ff.) (Antiterrordatei).

²¹ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1802) (BKAG).

671



672

Kennzeichnend für eine **Durchsuchung** ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.²² Voraussetzung ist ein körperliches Betreten der Wohnung; die Überwachung von außen mittels technischem Gerät richtet sich allein nach Abs. 3 und 4.²³ Zu den **Eingriffen und Beschränkungen i. S. d. Art. 13 Abs. 7 GG** (sonstige Maßnahmen) gehören alle Beeinträchtigungen der Privatheit der Wohnung wie etwa das Betreten, Besichtigen und Verweilen zu anderen Zwecken als zur Durchsuchung. Nicht erforderlich ist das körperliche Hineingelangen. Denn auch durch die Observation von außerhalb der Wohnung kann die Privatheit beeinträchtigt werden. Voraussetzung ist dann aber der Einsatz technischer Mittel, da sich der Betroffene hinsichtlich solcher Lebensäußerungen gerade in den Schutz seiner Wohnung begibt, damit diese nicht ohne weiteres von jedermann „auf der Straße“ wahrgenommen werden können.²⁴ Zwar können auch Durchsuchungen unter Abs. 7 subsumiert werden, jedoch ist in diesen Fällen Abs. 2 *lex specialis*. Der Einsatz technischer Mittel (kleiner und großer Lauschangriff) bestimmt sich nach den Abs. 3 bis 6. Sie sind zu Abs. 7 *leges speciales*.

673

Ein spezielles Problem im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte stellen die sogenannten **Online-Durchsuchungen** dar. Bei diesen hat das BVerfG festgestellt,

²² BVerfGE 51, 97 (106 f.) (Zwangsvollstreckung I); BVerwGE 47, 31 (37).

²³ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 13 Rn. 14; Ruthig, JuS 1998, 506 (513).

²⁴ Guttenberg, NJW 1993, 567 (568 f.); Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 13 Rn. 8; Ruthig, JuS 1998, 506 (512).

dass Art. 13 GG nur dann betroffen ist, wenn staatliche Stellen in eine Wohnung eindringen, um an informationstechnischen Systemen Manipulationen vorzunehmen. Wird in einen Computer beispielsweise über das Internet oder per E-Mail ein Überwachungsprogramm eingeschleust, um den Inhalt der Festplatte ausspähen zu können, liegt allein ein Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Computergrundrecht) vor, das Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist.²⁵ Der staatliche Zugriff auf E-Mails, die auf dem Server eines Providers liegen, ist als Teil des Kommunikationsvorgangs an Art. 10 GG zu messen.²⁶ Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung erfasst schließlich die Sicherstellung und Beschlagnahme der technischen Infrastruktur.²⁷ Darauf kann sich allerdings nur der Provider berufen.

Als Konsequenz aus dem weiten Schutzbereich des Art. 13 GG hat das BVerfG bestimmte Voraussetzungen aufgestellt, unter denen das Betreten der **Geschäftsräumlichkeiten** zum Zweck der **Nachschau keinen Eingriff** in Art. 13 GG darstellt.²⁸ Die Nachschau dient vornehmlich der Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften wie z. B. der Hygienebestimmungen und ist keine Durchsuchung i. S. d. Art. 13 Abs. 2 GG.²⁹ Denn bei einer Nachschau werden die Räume lediglich in Augenschein genommen; man spricht deshalb auch von Betretungs- und Besichtigungsrechten. Ein Suchen nach Verborgenen findet dagegen nicht statt. Ein Eingriff oder eine Beeinträchtigung i. S. d. Art. 13 Abs. 7 GG wird aber ebenfalls verneint, wenn die behördliche Nachschau unter Einhaltung der folgenden **Voraussetzungen** erfolgt:

674

- Das Betreten der Räume muss auf einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruhen. Eine solche ist beispielsweise in § 22 GastG und § 17 HandwO zu finden.³⁰
- Das Betreten und die Besichtigung müssen einem erlaubten Zweck dienen und für dessen Erreichen erforderlich sein.
- Das Gesetz muss den Zweck des Betretens, den Gegenstand und den Umfang der zugelassenen Besichtigung deutlich erkennen lassen.
- Das Betreten und die Besichtigung sind nur zu Zeiten statthaft, zu denen die Räume normalerweise für die jeweilige geschäftliche oder betriebliche Nutzung zur Verfügung stehen.

Soweit die Nachschau diesen – sich im Wesentlichen aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden – Anforderungen genügt, entfällt eine Rechtfertigung am Maßstab des Art. 13 Abs. 7 GG. Begründet wird dieses dogmatisch ungewöhnliche Vorgehen damit, dass der Betroffene seine Geschäftsräume einem größeren Kreis zum Betre-

675

²⁵ Vgl. BVerfGE 120, 274 ff. (Grundrecht auf Computerschutz), sowie Rn. 637.

²⁶ BVerfGE 124, 43 (58) (Beschlagnahme von E-Mails).

²⁷ BVerfGE 124, 43 (57) (Beschlagnahme von E-Mails).

²⁸ BVerfGE 32, 54 (76 f.) (Betriebsbetretungsrecht); BVerfGK 10, 403 (410 ff.).

²⁹ Gleiches gilt für das Betreten einer (Privat-)Wohnung zur Klärung ihres infektionsschutzrechtlichen Zustandes, vgl. OVG Münster, WuM 2008, 740 (741).

³⁰ Weitere Beispiele bei *Ennuschat*, AöR 127 (2002), 252 (253, Fn. 2)

ten geöffnet und damit in gewissem Umfang aus der Privatsphäre entlassen hat. Dementsprechend besteht nach Ansicht des BVerfG eine **Vermutung**, dass Gespräche in diesen Räumen betrieblichen oder geschäftlichen Zwecken dienen und damit einen Sozialbezug aufweisen, der einen Bezug zum unantastbaren Persönlichkeitskern ausschließt.³¹ Zu beachten ist, dass dann, wenn von der Nachschau nicht nur Geschäftsräume betroffen sind, sondern auch reine Wohnräume erfasst werden, die Anforderungen des Art. 13 Abs. 7 GG wieder maßgeblich sind. Für diese besteht die abgeschwächte Schutzintensität nicht.

676

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Teilweise werden diese Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Nachschau als Rechtfertigungsgrund aufgefasst und dementsprechend bei dem Gliederungspunkt „Verfassungsrechtliche Rechtfertigung“ geprüft. Hierfür spricht, dass quasi eine Verhältnismäßigkeitprüfung vorgenommen wird, die gewöhnlich auf der Rechtfertigungsebene stattfindet. Andererseits ist dies dogmatisch inkonsequent, da durch die Ausdehnung des Schutzbereiches auf Betriebs- und Geschäftsräume Art. 13 Abs. 7 GG zur Anwendung kommt und dementsprechend Eingriffe an dessen Voraussetzungen zu messen sind. Deshalb ist es vorzuzugswürdig, bei Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen bereits den Eingriff zu verneinen. In diesem Sinne hat auch das BVerfG in seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden.³²

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a) Schranken

677

In Art. 13 GG werden für die unterschiedlichen Eingriffe Schranken formuliert. Hierbei handelt es sich um qualifizierte Gesetzesvorbehalte. **Durchsuchungen** sind nur nach Maßgabe des Abs. 2 zulässig: Grundsätzlich ist eine richterliche Anordnung erforderlich, es sei denn, es ist Gefahr im Verzug. **Sonstige Maßnahmen** müssen sich an Abs. 7 messen lassen: Bei der „Abwehr einer gemeinen Gefahr“ handelt es sich nach der überwiegenden Ansicht um eine grundrechtsunmittelbare Schranke;³³ ansonsten ist ein Eingriff nur auf Grund eines Gesetzes bei dringender Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zulässig. Darüber hinaus enthält Art. 17a Abs. 2 GG hinsichtlich der Verteidigung und des Zivilschutzes einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt.

678

Für die technische Überwachung von Wohnungen werden in Art. 13 Abs. 3–6 GG spezielle Schranken formuliert, die 1998 nach langer Debatte grundgesetzlich verankert wurden (sog. Lauschangriff). Bedenklich an dieser Verfassungsänderung

³¹ BVerfGE 109, 279 (320) (Großer Lauschangriff).

³² BVerfGE 32, 54 (76 f.) (Betriebsbetretungsrecht); BVerfGK 10, 403 (410). Vgl. zu weiteren Ansätzen *Ennuschat*, AöR 127 (2002), 252 (256 ff.).

³³ *Kühne*, in: Sachs, GG, Art. 13 Rn. 50.

ist, dass nach dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 3, 4 GG auch eine solche akustische Überwachung von Wohnraum möglich ist, die den Einzelnen in seinem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigt. Hierunter fallen beispielsweise Gespräche mit engen Familienangehörigen oder Geistlichen. Eine Verfassungsänderung, die den Staat zu Eingriffen in den Menschenwürdegehalt des Art. 13 GG ermächtigt, verstößt gegen die in Art. 1 Abs. 1 GG niedergelegten Grundsätze, der gemäß Art. 79 Abs. 3 GG dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen ist. Insofern ist es grundsätzlich möglich, dass auch Verfassungsrecht selbst verfassungswidrig ist.³⁴ Mittlerweile hat das BVerfG entschieden, dass die Grundgesetzänderung verfassungsgemäß ist, die damaligen einfachgesetzlichen Ausführungen in der StPO hingegen den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht genügen. In seinem Urteil hat das BVerfG eine an der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) orientierte verfassungskonforme Auslegung des Art. 13 GG vorgenommen, um so dem Schutz des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung ausreichend Rechnung zu tragen.³⁵ Nach den strengen Vorgaben des BVerfG verbleibt für den großen Lauschangriff trotz der weiten Fassung des Art. 13 Abs. 3 GG nur noch ein kleiner Anwendungsbereich. Da Wortlaut und Entstehung gegen eine restriktive Auslegung sprechen, haben sich zwei Richterinnen des BVerfG unter Verweis auf die Normenklarheit gegen eine menschenwürdekonforme Auslegung und damit für die Verfassungswidrigkeit ausgesprochen.³⁶

aa) Kleiner Lauschangriff

Der kleine Lauschangriff³⁷ wird von Abs. 5 erfasst. Er dient dem **Schutz eines in der Wohnung befindlichen verdeckten Ermittlers** (vgl. die Legaldefinition in § 110a Abs. 2 StPO) bzw. einer dort eingesetzten Vertrauensperson (Privatperson, die bei der Strafverfolgung eingesetzt wird) durch technische Maßnahmen. Kennzeichnend ist, dass durch Mikrofone nur das abgehört bzw. durch Kameras nur das beobachtet wird, was die zu schützende Person ohnehin mitbekommt. Ein Richtervorbehalt ist in der Schrankenregelung des Art. 13 Abs. 5 GG nicht vorgesehen. Ausreichend ist die Anordnung durch eine gesetzlich bestimmte Stelle. Einer richterlichen Überprüfung bedarf es nur dann, wenn Erkenntnisse zum Zwecke der Strafverfolgung bzw. zur Gefahrenabwehr verwertet werden sollen. Bei Gefahr im Verzug ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

679

bb) Großer Lauschangriff

Durch den großen Lauschangriff, der seine Regelung in Abs. 3 und 4 erfahren hat, sollen **Informationen aus der Privatsphäre** erlangt werden. Im Unterschied zum

680

³⁴ Vgl. Rn. 591.

³⁵ BVerfGE 109, 279 (311 ff.) (Großer Lauschangriff); kritisch *Lepsius*, Jura 2005, 433 (437 ff.). Vgl. Rn. 683 f.

³⁶ BVerfGE 109, 382 ff. (Großer Lauschangriff, abw. Meinung *Jaeger/Hohmann-Dennhardt*). Bedenken auch bei *Geis*, CR 2004, 338 (339); *Gusy*, JuS 2004, 457 (458 f.).

³⁷ Der Begriff „Lauschangriff“ entstammt ministeriellem bzw. geheimdienstlichem Sprachgebrauch; es handelt sich also nicht um einen „politischen Kampfbegriff“ von polizeikritischer Seite. Vgl. die Darstellung bei *Kutscha*, NJW 1994, 85 (85).

kleinen Lauschangriff geht es hierbei um die Gewinnung solcher Informationen, die nicht im Beisein einer für die Polizei tätigen Person offenbart werden. Die Regelungen in Abs. 3 und Abs. 4 betreffen jeweils andere Lebenssachverhalte:

- Art. 13 Abs. 3 GG ermöglicht die Überwachung mittels technischer Mittel zum Zweck der **Strafverfolgung** (repressiv). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Einsatz nur solcher technischer Mittel gestattet wird, die der akustischen Überwachung dienen. Die technische Wohnraumüberwachung ist Ultima Ratio, d. h., dass ansonsten die Erforschung des Sachverhaltes unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos sein muss. Die Maßnahme bedarf immer der richterlichen Anordnung (Art. 13 Abs. 3 S. 3, 4 GG) und muss befristet sein.
- Art. 13 Abs. 4 GG erlaubt zum Zweck der **Gefahrenabwehr** (präventiv) den Einsatz technischer Mittel, wobei keine Beschränkung auf akustische Mittel besteht. Folglich werden auch optische oder sonstige Mittel (bspw. Video- und Infrarotaufnahmen, Peilsender) zugelassen. Ein Vorgehen nach Art. 13 Abs. 4 GG ist nur zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit zulässig. Es ist eine richterliche Anordnung erforderlich, die bei Gefahr im Verzug auch nachgeholt werden kann.

b) Schranken-Schranken

aa) Durchsuchungen

- 681** Durchsuchungen müssen den Anforderungen des Art. 13 Abs. 2 GG genügen; ein Rückgriff auf Abs. 7 ist nicht möglich, da Abs. 2 lex specialis ist. Folglich bedarf es einer **richterlichen Anordnung**, es sei denn, es liegt „Gefahr im Verzug“ vor. Der Eingriff in Art. 13 GG bedarf der **gesetzlichen Ermächtigung**, die das **Zitiergebot** beachten muss. Soweit das betreffende Gesetz keine richterliche Anordnung vorschreibt, besteht die Möglichkeit, den Richtervorbehalt unmittelbar dem Art. 13 Abs. 2 GG zu entnehmen. Entsprechendes hat das BVerfG zu § 758 ZPO entschieden, der die Durchsuchungsrechte des Gerichtsvollziehers regelt, ohne in seiner ursprünglichen Fassung einen Richtervorbehalt enthalten zu haben. Erst später – nach Erlass des entsprechenden Beschlusses des BVerfG – wurde ein entsprechender § 758a ZPO eingefügt.

BVerfGE 51, 97 (114) (Zwangsvollstreckung I): „Veranlasst ist die Grundrechtsverletzung ersichtlich dadurch, dass § 758 ZPO entsprechend der bisher vorherrschenden restriktiven Interpretation des Art. 13 Abs. 2 GG keine Bestimmung über das Erfordernis einer richterlichen Anordnung für die Durchsuchung enthält. Indessen ist Art. 13 Abs. 2 GG unmittelbar geltendes und anzuwendendes Recht. **§ 758 ZPO wird daher durch Art. 13 Abs. 2 GG dahin ergänzt, dass die Durchsuchung, soweit nicht Gefahr im Verzuge ist, der Anordnung durch den Richter bedarf.** Das dabei einzuhaltende Verfahren kann ohne besondere Schwierigkeiten in Analogie zu dem Verfahren gemäß § 761 ZPO gestaltet werden. Es sind die einschlägigen Vorschriften des achten Buches der ZPO entsprechend anzuwenden. Ein Ausspruch über die Verfassungswidrigkeit des § 758 ZPO kommt daher nicht in Betracht.“

- 682** **Gefahr im Verzug** – der Begriff ist eng auszulegen – liegt vor, wenn die durch die Einschaltung des Richters bewirkte Verzögerung den Erfolg der Durchsuchung

gefährden würde.³⁸ Ob ein angemessener Zeitraum zur Verfügung steht, innerhalb dessen eine Entscheidung des zuständigen Richters erwartet werden kann, haben die Ermittlungsbehörden nach der Konzeption des Art. 13 Abs. 2 GG zunächst selbst zu prüfen. Entgegen seiner früheren Rechtsprechung geht das BVerfG nunmehr davon aus, dass das Vorliegen von „Gefahr im Verzug“ einer unbeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt, den anderen Organen also kein eigener Beurteilungsspielraum zukommt.³⁹ Deshalb ergeben sich bei Inanspruchnahme der Eilkompetenz für die Strafverfolgungsbehörden Dokumentations- und Begründungspflichten, die den wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz erst ermöglichen.⁴⁰ Sobald der zuständige Richter mit der Sache befasst wird, ist für die Eilkompetenz nur noch bei nachträglich eintretenden oder neu bekannt werdenden tatsächlichen Umständen Raum.⁴¹ Für den Staat folgt aus Art. 13 GG eine Organisationspflicht. Die Gerichte müssen – auch durch Einrichtung eines Eil- und Notdienstes – die Erreichbarkeit eines Ermittlungsrichters für Alltagsfälle sicherstellen.⁴² Weiterhin ist der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zu beachten, der sich auch auf die Formulierung von Durchsuchungsbeschlüssen auswirkt. Werden durch die Durchsuchung andere Grundrechte betroffen, sind diese im Rahmen der Verhältnismäßigkeit verstärkend heranzuziehen, so beispielsweise die Berufsfreiheit eines Rechtsanwalts, dessen Kanzlei aufgrund des vagen Verdachts einer Straftat durchsucht wird.⁴³

BVerfG, NJW 1992, 551 (551 f.): „Das BVerfG hat wiederholt entschieden, dass eine **Durchsuchung** schon ihrer Natur nach regelmäßig schwer wiegend in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen (...) eingreift. Daher hat der Richter bei Erlass eines auf § 102 StPO gestützten Durchsuchungsbefehls von vornherein für eine angemessene Begrenzung der Zwangsmaßnahme Sorge zu tragen. Soweit ihm die Ermächtigung der Exekutive, im Wege der Durchsuchung in den grundrechtlich geschützten Bereich des Betroffenen einzugreifen, vorbehalten ist, trifft ihn als Kontrollorgan der Strafverfolgungsbehörden zugleich auch die **Pflicht, durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Eingriff in die Grundrechte messbar und kontrollierbar bleibt.**“

bb) Großer Lauschangriff

Der große Lauschangriff zur Strafverfolgung (Art. 13 Abs. 3 GG) ist nur nach Anordnung durch einen mit **drei Richtern** besetzten Spruchkörper zulässig; bei Gefahr im Verzug reicht ein einzelner Richter. Zur Gefahrenabwehr (Art. 13 Abs. 4 GG) ist die technische Überwachung nur nach Anordnung durch einen **einzelnen Richter** zulässig; bei Gefahr im Verzug reicht die Anordnung einer anderen gesetzlich bestimmten Stelle, wobei allerdings eine richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen ist. Weitere **Voraussetzungen** sind:

683

³⁸ BVerwGE 28, 285 (291); *Ruthig*, JuS 1998, 506 (508 f.).

³⁹ BVerfG 103, 142 (157 ff.) (Wohnungsdurchsuchung). Vgl. zu dieser Entscheidung *Ostendorf/Brüning*, JuS 2001, 1063 ff. und Rn. 921.

⁴⁰ BVerfGE 139, 245 (272) (Eilkompetenz bei Durchsuchung). Vgl. *Rabe von Kühlewein*, NStZ 2015, 618 ff.

⁴¹ BVerfGE 139, 245 (273 ff.) (Eilkompetenz bei Durchsuchung).

⁴² BVerfGE 103, 142 (156) (Wohnungsdurchsuchung); BVerfGK 9, 287 ff.

⁴³ BVerfGK 9, 149 (153).

- Tatsachen begründen den hinreichenden Verdacht einer besonders schweren Straftat (Abs. 3, gemeint sind Straftaten, die besonders deutlich über dem Durchschnitt liegen) oder es besteht eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit (Gefährdung eines wichtigen Rechtsguts, Abs. 4).
- Von der Überwachung müssen verwertbare Erkenntnisse zu erwarten sein, die den Verdacht klären.
- Alternative Formen der Erforschung des Sachverhalts müssen aussichtslos oder unverhältnismäßig schwieriger sein (Abs. 3).
- Nach Art. 13 Abs. 3 S. 2 GG ist die Maßnahme zeitlich zu befristen. Für Maßnahmen nach Abs. 4 besteht kein derartiges Befristungserfordernis.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu beachten. Wird der absolute **Kernbereich privater Lebensgestaltung** betroffen, sind die Überwachungsmaßnahmen abubrechen; bereits erfolgte Aufzeichnungen sind zu löschen.⁴⁴ Allerdings gehören die Besprechung und Planung von Straftaten ihrem Inhalt nach nicht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung, sondern haben Sozialbezug.⁴⁵

684 Fraglich ist beim großen Lauschangriff, inwieweit Vertrauenspersonen (vgl. §§ 52, 53, 53a StPO) von der Wohnraumüberwachung auszunehmen sind. In Art. 13 Abs. 3, 4 GG findet sich keine ausdrückliche Regelung für diese Fälle.⁴⁶ Das BVerfG hat Art. 13 GG dahingehend verfassungskonform ausgelegt, dass eine Überwachung zu unterbleiben hat, wenn die Kommunikation mit Dritten im konkreten Fall von der Menschenwürde umfasst wird. Der Kreis der geschützten Personen deckt sich dabei nur teilweise mit dem der Zeugnisverweigerungsberechtigten.⁴⁷ **Personen des besonderen Vertrauens** sind beispielsweise die engsten Familienangehörigen, Strafverteidiger, Pfarrer oder Ärzte. Pressevertretern oder Parlamentsabgeordneten wird hingegen das Zeugnisverweigerungsrecht von § 53 StPO nur um der Funktionsfähigkeit der Institutionen willen gewährt, nicht zum Schutz der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten.⁴⁸ Werden Gespräche mit Personen des besonderen Vertrauens in Privaträumen geführt, besteht eine **Vermutung**, dass das Gespräch zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zu rechnen ist. Bei Art. 13 Abs. 5 GG (kleiner Lauschangriff) spielt diese Problematik keine Rolle. Die überwachte Person verzichtet bei Gesprächen in Anwesenheit des mit der Polizei zusammenarbeitenden Dritten freiwillig auf ihre besonders schützenswerte Privatsphäre.

⁴⁴ BVerfGE 109, 279 (324) (Großer Lauschangriff); BVerfGK 11, 164 (169 ff.); BVerfG, NJW 2016, 1781 (1781 f.) (BKAG).

⁴⁵ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1787 f.) (BKAG).

⁴⁶ Vgl. Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 13 Rn. 107 ff.

⁴⁷ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1786) (BKAG).

⁴⁸ BVerfGE 109, 279 (322 f.) (Großer Lauschangriff).

cc) Kleiner Lauschangriff

Für den kleinen Lauschangriff nach Art. 13 Abs. 5 GG kann auf die Ausführungen im Rahmen der Schranken verwiesen werden.⁴⁹ Wie bei jedem Grundrechtseingriff ist auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

685

dd) Sonstige Maßnahmen

Sonstige Beeinträchtigungen sind nach Maßgabe des Art. 13 Abs. 7 GG nur zur Erreichung der dort genannten **Zwecke** gerechtfertigt: Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Unter **Gefahr** ist eine Sachlage zu verstehen, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird. Eine **gemeine Gefahr** ist anzunehmen, wenn ein Schaden für eine unbestimmte Zahl von Rechtsgütern droht.⁵⁰ **Dringend** meint dabei die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens an einem wichtigen Rechtsgut.⁵¹ Auch wenn Art. 13 Abs. 7 S. 1 GG den **Vorbehalt des Gesetzes** nur im Zusammenhang mit der Verhütung dringender Gefahren nennt, gilt auch für den 1. Hs. der Vorbehalt; ein Unterschied besteht aber darin, dass an das ermächtigende Gesetz geringere Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit zu stellen sind.⁵² Im Gegensatz zur Durchsuchung nach Abs. 2 ist bei Abs. 7 die polizeirechtliche Generalklausel eine ausreichende Grundlage. Das **Zi- tiergebot** des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG sowie der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** sind zu beachten.

686

III. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)**Fall 22: Geheimnisverrat**

Die Polizeidirektion H. ermittelte gegen zwei Personen, die verdächtig waren, einen Anschlag auf eine US-Einrichtung zu planen. Die beiden Beschuldigten wurden vorläufig festgenommen. Die Staatsanwaltschaft leitete die Ermittlungsakten am Vormittag des Folgetages der E als zuständige Ermittlungsrichterin mit Anträgen auf Erlass von Haftbefehlen zu. E erließ daraufhin Haftbefehle gegen beide Beschuldigte. In den folgenden Tagen riefen mehrere Reporter, u. a. der K, bei den Anwälten der Beschuldigten an, um Informationen zu den Ermittlungen zu erhalten. Die Staatsanwaltschaft begann deshalb mit Ermittlungen wegen des Verdachts der Verletzung des Dienstgeheimnisses (§ 353b Abs. 1 StGB). Nachdem sie erfahren hatte, dass E und der Reporter K persönlich bekannt waren, richtete sie die Ermittlungen gegen die E. Die Überprüfung der Verbindungsdaten der – un-

687

⁴⁹ Vgl. Rn. 679.

⁵⁰ Fink, in: Epping/Hillgruber, Art. 13 Rn. 28.

⁵¹ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 13 Rn. 37.

⁵² Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 13 Rn. 36; Hermes, in: Dreier, Art. 13 Rn. 117.

ter anderem – von E benutzten Telekommunikationsanschlüsse ergab keine Verbindungsaufnahme zu dem Reporter. Vernehmungen weiterer in Betracht kommender Personen blieben ohne Ergebnis. E wurde nicht vernommen. Fünf Monate später wurde gestützt auf §§ 94 ff. StPO und §§ 102 ff. StPO eine Anordnung erlassen, um die Wohnung und das Dienstzimmer der E zu durchsuchen, um Verbindungsdaten für den Tag der Anhörung der Beschuldigten und den Folgetag aufzufinden. Zu diesem Zweck wurde auch zugleich die Beschlagnahmung ihres Dienstcomputers und ihres dienstlichen Mobiltelefons angeordnet. E sei verdächtig, ein Dienstgeheimnis gegenüber der Presse offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet zu haben. Als Informant komme nur in Frage, wer Einzelheiten aus den Ermittlungsakten gekannt und bereits unmittelbar nach der Beschuldigtenvernehmung gewusst habe, wer die Beschuldigten verteidige. Unter den verschiedenen in Betracht kommenden Personen richte sich der Tatverdacht gegen E, weil ihr der Reporter bekannt gewesen sei, der bei den Anwälten der Beschuldigten angerufen hat. Bei der Auswertung von Computer und Mobiltelefon wurden keine Gesprächs- oder sonstigen Kommunikationsdaten für den tatrelevanten Zeitraum entdeckt.

E ist der Ansicht, dass die Anordnung von Durchsuchung und Beschlagnahmung rechtswidrig gewesen sei. Es fehle bereits an einem Tatverdacht gegen sie. Außerdem sei die Maßnahme unverhältnismäßig gewesen. Sie sei insbesondere in Art. 10 GG verletzt worden, da ein Mobiltelefon beschlagnahmt und ausgelesen werden sollte. Nach Erschöpfung des Rechtsweges erhebt sie eine zulässige Verfassungsbeschwerde. Wie sind ihre Erfolgsaussichten?

Fall nachgebildet BVerfGE 115, 166 ff. (Kommunikationsverbindungsdaten)

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

- 688 In persönlicher Hinsicht macht Art. 10 GG keine Einschränkungen; es handelt sich also um ein Jedermann-Grundrecht. Im Rahmen des Art. 19 Abs. 3 GG können sich auch juristische Personen des Privatrechts auf die Vertraulichkeit der genannten Kommunikationsmedien berufen.

b) Sachlicher Schutzbereich

- 689 Schutzgut des Art. 10 GG ist – wie bei Art. 13 GG – die **Privatsphäre**. Gewährleistet wird die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der

Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Informationen. Damit dient Art. 10 GG zugleich dem Schutz der Würde des Menschen.⁵³

BVerfGE 85, 386 (396) (Fangschaltungen): „Art. 10 Abs. 1 GG gehört zu den Grundrechten, die die Privatsphäre schützen. Gegenstand des Schutzes sind Kommunikationen, die wegen der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten auf Übermittlung durch Dritte, typischerweise die Post, angewiesen sind. **Das Grundrecht soll jener Gefahr für die Vertraulichkeit der Mitteilung begegnen, die sich gerade aus der Einschaltung eines Übermittlers ergibt.** Seine besondere Bedeutung gewinnt es aus der Erfahrung, dass der Staat unter Berufung auf seine eigene Sicherheit sowie die Sicherheit seiner Bürger häufig zum Mittel der Überwachung privater Kommunikation gegriffen hat.“

Das **Briefgeheimnis** erfasst Sendungen, die erkennbar eine individuelle schriftliche Mitteilung enthalten. Bei verschlossenen Sendungen, die keinen äußeren Hinweis auf ihren Inhalt tragen, spricht eine Vermutung dafür. Umfasst werden aber nicht nur die umgangssprachlich als Briefe bezeichneten Sendungen. Da die „individuelle schriftliche Mitteilung“ das kennzeichnende Merkmal ist, fallen auch Telegramme, Postkarten und Pakete in den Schutzbereich. Bei Zeitungs- und Büchersendungen, offenen Drucksachen oder bloßen Werbemittellungen fehlt es hingegen offensichtlich an einer individuellen Mitteilung. Das Briefgeheimnis gilt unabhängig vom Beförderer,⁵⁴ d. h. es ist nicht an die Deutsche Post gebunden. Durch Art. 10 GG wird dem Staat nicht nur die Kenntnisnahme des Inhalts des Briefes untersagt. Der Schutzbereich erstreckt sich auch auf die mit der Briefsendung notwendigerweise anfallenden Daten wie Absender- und Empfängeradresse, Überbringer und die Einzelheiten der Beförderung.⁵⁵

Vom **Postgeheimnis** werden alle postalisch beförderten Sendungen geschützt. Zum einen werden hierdurch Briefe erfasst, aber auch Zeitungen, Warenproben, Werbemittellungen etc., die mangels einer individuellen Mitteilung nicht unter das Briefgeheimnis fallen. Der Schutz des Postgeheimnisses reicht von der Aufgabe der Sendung bis zur Auslieferung an den Empfänger und erstreckt sich – ebenso wie der Schutz des Briefgeheimnisses – auf die mit der Beförderung zusammenhängenden Daten. Sendungen in einem Postfach fallen ebenfalls unter das Postgeheimnis.⁵⁶

Nicht ganz einheitlich wird die Frage beantwortet, bei welchen **Versandwegen** das Postgeheimnis besteht. Ursprünglich bezog es sich auf die staatliche Post, bei der die Gefahr bestand, dass sie unter Ausnutzung ihres Beförderungsmonopols Informationen über ihre Kunden sammelt und anderen staatlichen Stellen zur Verfügung stellt. Nach der Privatisierung der Post wird deswegen die eigenständige Bedeutung des Postgeheimnisses verneint.⁵⁷ Inzwischen hat die Bundesrepublik Deutschland nur noch einen Minderheitenanteil an der durch Art. 143b GG privatisierten Deutschen Post, während der Bund an der privatisierten Deutschen Bahn AG (vgl. Art. 143a GG) weiterhin sämtliche Anteile hält. Soweit der Bund einen beherr-

⁵³ BVerfGE 113, 348 (391) (Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen).

⁵⁴ Vgl. Rn. 692.

⁵⁵ Pagenkopf, in: Sachs, GG, Art. 10 Rn. 12.

⁵⁶ BVerwGE 79, 110 (115).

⁵⁷ Hermes, in: Dreier, Art. 10 Rn. 47.

690

691

692

schenden Einfluss ausübt, führt dies zu einer unmittelbaren Grundrechtsbindung.⁵⁸ Damit hat sich das Problem, ob bereits der Begriff „Post“ nicht organisatorisch, sondern rein funktional auf sämtliche private Versandeinrichtungen zu erstrecken sei, erledigt.⁵⁹

693 Zwischen Brief- und Postgeheimnis kommt es dann zu **Überschneidungen**, wenn es um die Beförderung von Sendungen mit individueller schriftlicher Mitteilung durch die (staatlich dominierte) Post geht, sodass sich die Frage des Verhältnisses zwischen beiden stellt. Beide Teilbereiche des Art. 10 GG schützen Kommunikationsinhalt und -daten gleichermaßen. Zwischen Brief- und Postgeheimnis besteht kein Vorrangverhältnis, sondern Anwendungskonkurrenz.⁶⁰

694 Das **Fernmeldegeheimnis** beinhaltet die Übermittlung individueller Kommunikation mittels unkörperlicher Signale (Fernmeldeverkehr).⁶¹ Erfasst werden neben Telefon auch Telefax, E-Mail, SMS etc. Unerheblich ist, ob die Fernmeldeeinrichtung der Öffentlichkeit zur Verfügung steht; haus- und betriebsinterne Telefon- und Computeranlagen werden genauso wie das öffentliche Telefonnetz der Deutschen Telekom von Art. 10 GG geschützt. Auch eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs im Ausland ist an Art. 10 GG zu messen, zumindest wenn die Erfassung und Aufzeichnung des Telekommunikationsverkehrs mit Hilfe der auf deutschem Boden stationierten Empfangsanlagen des Bundesnachrichtendienstes erfolgt.⁶² Die jüngste Änderung des BNDG warf diese Problematik erneut auf, wobei insbesondere die Reichweite der Grundrechtsbindung umstritten war.⁶³ Nicht unter das Fernmeldegeheimnis fallen dagegen Rundfunkübertragungen oder Internetseiten, die sich an die Allgemeinheit richten; hier fehlt es an der Individualität des Empfängerkreises. Neben den Kommunikationsinhalten werden auch die Verbindungsdaten wie Ort, Zeit, Art und Weise der Kommunikation durch das Fernmeldegeheimnis geschützt.⁶⁴ Die besondere Persönlichkeitsrelevanz der **Verbindungsdaten** wird deutlich an der Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung. Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21.12.2007⁶⁵ hat der Gesetzgeber gemäß § 113a TKG Telekommunikationsanbieter zur Speicherung von Verbindungs- und Standortdaten, die beim Telefonieren oder bei der Nutzung des Internets anfallen, für einen Zeitraum von sechs Monaten verpflichtet.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 128, 226 (244) (Fraport) und Rn. 340.

⁵⁹ Näher hierzu *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 856 f. Vgl. zur unmittelbaren Drittwirkung Rn. 696 f.

⁶⁰ *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 10 Rn. 29.

⁶¹ *J. Ipsen*, Rn. 306.

⁶² BVerfGE 100, 313 (363 f.) (Telekommunikationsüberwachung I); für einen Anwendungsbereich ohne Begrenzung auf das deutsche Territorium *Becker*, NVwZ 2015, 1335 (1339); *Papier*, NVwZ 2016, 1057 (1057).

⁶³ Die regierungstragenden Fraktionen lehnten schon im Gesetzgebungsverfahren eine Anwendbarkeit des Art. 10 GG ab, BT-Drucks. 18/10068, S. 7 f., die Minderheitsfraktionen machten einen Verstoß aus Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG gegen das Zitiergebot geltend; vgl. auch *Huber*, ZRP 2016, 162 ff.

⁶⁴ BVerfGE 100, 313 (358) (Telekommunikationsüberwachung I).

⁶⁵ BGBl I. S. 3198; vgl. zur zwischenzeitlich erfolgten Neuregelung *Roßnagel*, NJW 2016, 533 ff.; *Wollenschläger/Krönke*, NJW 2016, 906 ff.

In der damit verbundenen Möglichkeit zur Erstellung von **Bewegungsprofilen** und der von den Betroffenen nicht kontrollierbaren Datenverwendung hat das BVerfG einen „**nachhaltigen Einschüchterungseffekt auf die Freiheitswahrnehmung**“⁶⁶ gesehen.

BVerfGE 125, 260 (318 ff.) (Vorratsdatenspeicherung): „Allerdings handelt es sich bei einer solchen Speicherung um einen besonders schweren Eingriff mit einer Streubreite, wie sie die Rechtsordnung bisher nicht kennt: Erfasst werden über den gesamten Zeitraum von sechs Monaten praktisch sämtliche Telekommunikationsverkehrsdaten aller Bürger ohne Anknüpfung an ein zurechenbar vorwerfbares Verhalten, eine – auch nur abstrakte – Gefährlichkeit oder sonst eine qualifizierte Situation. (...) Grundsätzlich ist keine Form der Telekommunikation prinzipiell von der Speicherung ausgenommen. (...) Je nach Nutzung von Telekommunikationsdiensten seitens der Betroffenen lassen sich schon aus den Daten selbst – und erst recht, wenn diese als Anknüpfungspunkte für weitere Ermittlungen dienen – tiefe Einblicke in das soziale Umfeld und die individuellen Aktivitäten eines jeden Bürgers gewinnen. Zwar werden mit einer Telekommunikationsverkehrsdatenspeicherung, wie in § 113a TKG vorgesehen, nur die Verbindungsdaten (Zeitpunkt, Dauer, beteiligte Anschlüsse sowie – bei der Mobiltelefonie – der Standort) festgehalten, nicht aber auch der Inhalt der Kommunikation. Auch aus diesen Daten lassen sich jedoch bei umfassender und automatisierter Auswertung bis in die Intimsphäre hineinreichende inhaltliche Rückschlüsse ziehen. Adressaten (deren Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsgruppen, Institutionen oder Interessenverbänden oder die von ihnen angebotenen Leistungen), Daten, Uhrzeit und Ort von Telefongesprächen erlauben, wenn sie über einen längeren Zeitraum beobachtet werden, in ihrer Kombination detaillierte Aussagen zu gesellschaftlichen oder politischen Zugehörigkeiten sowie persönlichen Vorlieben, Neigungen und Schwächen derjenigen, deren Verbindungsdaten ausgewertet werden. Einen Vertraulichkeitsschutz gibt es insoweit nicht. **Je nach Nutzung der Telekommunikation und künftig in zunehmender Dichte kann eine solche Speicherung die Erstellung aussagekräftiger Persönlichkeits- und Bewegungsprofile praktisch jeden Bürgers ermöglichen.** (...)“

Von Gewicht ist hierbei auch, dass unabhängig von einer wie auch immer geregelten Ausgestaltung der Datenverwendung das Risiko von Bürgern erheblich steigt, weiteren Ermittlungen ausgesetzt zu werden, ohne selbst Anlass dazu gegeben zu haben. Es reicht etwa aus, zu einem ungünstigen Zeitpunkt in einer bestimmten Funkzelle gewesen oder von einer bestimmten Person kontaktiert worden zu sein, um in weitem Umfang Ermittlungen ausgesetzt zu werden und unter Erklärungsdruck zu geraten. Auch die Missbrauchsmöglichkeiten, die mit einer solchen Datensammlung verbunden sind, verschärfen deren belastende Wirkung. (...) Verstärkt wird dies dadurch, dass die Anforderungen an die Datenverwaltung und die Übermittlung der Daten an die Behörden ein hohes Maß an Technikbeherrschung sowie anspruchsvolle Software voraussetzen, womit sich zwangsläufig die Gefahr von Schwachstellen und das Risiko von Manipulationen durch interessierte Dritte verbinden. Besonderes Gewicht bekommt die Speicherung der Telekommunikationsdaten weiterhin dadurch, dass sie selbst und die vorgesehene Verwendung der gespeicherten Daten von den Betroffenen unmittelbar nicht bemerkt werden, zugleich aber Verbindungen erfassen, die unter Vertraulichkeitserwartungen aufgenommen werden. Hierdurch ist die anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten **geeignet, ein diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins hervorzurufen, das eine unbefangene Wahrnehmung der Grundrechte in vielen Bereichen beeinträchtigen kann.**“

⁶⁶ BVerfGE 125, 260 (332) (Vorratsdatenspeicherung).

c) Abgrenzung zu anderen Grundrechten

695 Greift der Staat auf Daten zu, die im Rahmen der Telekommunikation angefallen sind, verdrängt Art. 10 GG als spezielleres Grundrecht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁶⁷ Entsprechendes gilt auch für Daten, die anfallen, wenn Postsendungen übermittelt werden. Von Art. 13 GG ist Art. 10 GG anhand des Schutzzweckes der Grundrechte abzugrenzen. Art. 10 GG schützt die Kommunikation mit einem ortsabwesenden Partner, die durch die Vermittlung Dritter zustande kommt. Inhalt und Umstände der Kommunikation sind dabei dem erleichterten Zugriff Dritter ausgesetzt. Befinden sich die Daten nach abgeschlossenem Kommunikationsvorgang dagegen im Herrschaftsbereich des Grundrechtsträgers, fehlt es an einer mit dem Kommunikationsweg zusammenhängenden typischen Gefährdungslage. Konsequenz hieraus ist, dass ein Brief, den der Empfänger in seiner Wohnung aufbewahrt, nicht mehr durch das Briefgeheimnis geschützt wird, sondern durch Art. 13 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Entsprechend schützt Art. 10 GG nur solche Daten, die sich im Herrschaftsbereich des Telekommunikationsunternehmens befinden. Werden E-Mails, die auf dem Server des Providers lagern, beschlagnahmt, kann sich der Empfänger auf Art. 10 GG berufen, da sich die E-Mails nicht in seinem Herrschaftsbereich befinden, während der Provider durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützt ist.⁶⁸ Befinden sich die Daten hingegen im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers, entfällt ein Schutz durch Art. 10 GG. Wird beispielsweise bei einer Wohnungsdurchsuchung ein Mobiltelefon sichergestellt, um die gespeicherten Daten über getätigte Anrufe auszuwerten, sind allein das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und Art. 13 Abs. 1 GG einschlägig.⁶⁹

d) Grundrechtsverpflichtete

696 Art. 10 GG nimmt wie alle anderen Grundrechte den **Staat** in die Pflicht. Dem Staat zugehörig war bis in die 90er-Jahre auch das Post- und Fernmeldewesen, für das die Deutsche Bundespost verantwortlich zeichnete. Mit der Privatisierung dieser Bereiche ist eine differenzierte Betrachtung geboten. Soweit die vorgenannten Aufgaben weiterhin durch öffentlich beherrschte Unternehmen, also Unternehmen mit mehrheitlicher Staatsbeteiligung, wahrgenommen werden, sind diese weiterhin unmittelbar grundrechtsgebunden.⁷⁰ Auf die **privaten Post- und Telekommunikationsanbieter**, d. h. Unternehmen ohne (mehrheitliche) Beteiligung des Staates, findet das Grundrecht demgegenüber keine unmittelbare Anwendung.⁷¹ Aus Art. 10 GG ergeben sich aber besondere **staatliche Schutzpflichten**. Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass die privaten Dienstleister die Vertraulichkeit der in

⁶⁷ BVerfGE 115, 166 (188 f.) (Verbindungsdaten).

⁶⁸ BVerfGE 124, 43 (57) (Beschlagnahme von E-Mails).

⁶⁹ BVerfGE 115, 166 (183 f.) (Verbindungsdaten); 120, 274 (307 f.) (Grundrecht auf Computerschutz).

⁷⁰ BVerfGE 128, 226 (246 ff.) (Fraport).

⁷¹ Offen gelassen von BVerfGE 128, 226 (249 f.) (Fraport). Vgl. zur Drittwirkung der Grundrechte Rn. 343 ff.

Art. 10 GG genannten Kommunikationsmedien ebenso gewährleisten wie ehemals die staatliche Post.⁷²

e) Grundrechte im Sonderstatusverhältnis

Ob der Grundrechtsschutz in jeder Lebenssituation uneingeschränkt gilt, war lange Zeit umstritten. Besonders deutlich wurde diese Problematik bei der Frage, ob sich Strafgefangene auf die Gewährleistungen des Art. 10 GG berufen können, sodass beispielsweise die Überwachung ihres Briefverkehrs der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Bis zur **Strafgefangenenentscheidung** des BVerfG aus dem Jahr 1972 war es ständige Rechtsprechung, dass die Grundrechte im Rahmen von sog. besonderen Gewaltverhältnissen nur eingeschränkt gelten.⁷³ Unter einem **besonderen Gewaltverhältnis** versteht man „die verschärfte Abhängigkeit, welche zu Gunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung für alle Einzelnen begründet wird, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten“.⁷⁴ Der Einzelne tritt dabei dem Staat nicht als Individuum in einem allgemeinen Gewaltverhältnis gegenüber, sondern ist Teil der staatlichen Organisation. Als besonderes Gewaltverhältnis wurde das Verhältnis von Beamten, Schülern, Soldaten, Zivildienstleistenden und Strafgefangenen zum Staat bezeichnet. So steht der Beamte in einem Treueverhältnis und ist an die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gebunden (Art. 33 Abs. 5 GG). Die herausgehobene Stellung von Soldaten und Zivildienstleistenden ergibt sich aus Art. 12a, 17a GG, die der Schüler aus Art. 7 GG. Das OLG Celle führte zur Grundrechtsgeltung in seinem später vom BVerfG aufgehobenen Beschluss aus, dass die Grundrechte des Strafgefangenen, wie sich aus dem Wesen und Zweck des Strafvollzuges ergebe, soweit eingeschränkt oder gar außer Kraft gesetzt würden, als es die durch den Strafzweck bedingte Natur des Anstaltsverhältnisses zur notwendigen Folge habe.⁷⁵ Insbesondere sollte der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete **Vorbehalt des Gesetzes** keine Anwendung finden. Folge dieser Rechtsprechung war, dass Grundrechte bereits durch Verwaltungsvorschriften eingeschränkt werden konnten. Erst 1972 wurde durch das BVerfG die umfassende Geltung der Grundrechte anerkannt.

BVerfGE 33, 1 (9f.) (Strafgefangene): „Das Grundgesetz setzt in Art. 104 Abs. 1 und 2 und in Art. 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 die Möglichkeit einer zeitlich begrenzten oder unbegrenzten Freiheitsentziehung durch ein richterliches Strafurteil, das in Anwendung eines Strafgesetzes und unter Beachtung der entsprechenden verfahrensrechtlichen Vorschriften ergangen ist, als selbstverständlich voraus. Dagegen enthält es (...) keine grundsätzliche Aussage über die Art und Weise, in der die Freiheitsstrafe zu vollziehen ist. Soweit es um die Einschränkung von Grundrechten geht, bestimmen allerdings die betreffenden Verfassungsnormen, dass dies nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zulässig ist (vgl. im vorliegenden Zusammenhang Art. 10 Abs. 2 S. 1 und Art. 5 Abs. 2 GG). Der nahe liegende Schluss, der Gesetzgeber sei aus diesem Grunde nunmehr verpflichtet, auch für

⁷² BVerfGE 106, 28 (37) (Mithörrichtung). Vgl. zu den Schutzpflichten Rn. 122 ff.

⁷³ Vgl. umfassend zum besonderen Gewaltverhältnis *Stern*, in: ders., Staatsrecht, Bd. III/1, § 74, S. 1376 ff.

⁷⁴ Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 20. Aufl. 2014, Anh. § 42 Rn. 67. Vgl. allgemein zum Sonderstatusverhältnis *Hesse*, Rn. 321 ff.

⁷⁵ OLG Celle, zitiert nach BVerfGE 33, 1 (4) (Strafgefangene).

den bisher ganz überwiegend durch bloße Verwaltungsvorschriften geregelten Bereich des Strafvollzuges ein entsprechendes Gesetz zu erlassen, wurde aber nach In-Kraft-Treten des Grundgesetzes zunächst in Rechtsprechung und Lehre nicht gezogen. Vielmehr griff man auf die Rechtsfigur des „**besonderen Gewaltverhältnisses**“ zurück und verstand dieses als eine eigenständige, implizite Beschränkung der Grundrechte der Strafgefangenen; ein Strafvollzugsgesetz hielt man von Verfassungs wegen nicht für geboten (...).

Diese Auffassung ist rückblickend nur damit zu erklären, dass die traditionelle Ausgestaltung des Strafvollzuges als eines „besonderen Gewaltverhältnisses“ es zuließ, die Grundrechte des Strafgefangenen in einer unerträglichen Unbestimmtheit zu relativieren. Das Grundgesetz ist eine wertgebundene Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt; sein Menschenbild ist allerdings nicht das des selbstherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit. **In Art. 1 Abs. 3 GG werden die Grundrechte für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung für unmittelbar verbindlich erklärt. Dieser umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt widerspräche es, wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten.** Eine Einschränkung kommt nur dann in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist und in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen geschieht. Die Grundrechte von Strafgefangenen können also nur durch oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden, das allerdings auf – möglichst eng begrenzte – Generalklauseln nicht verzichten können.“

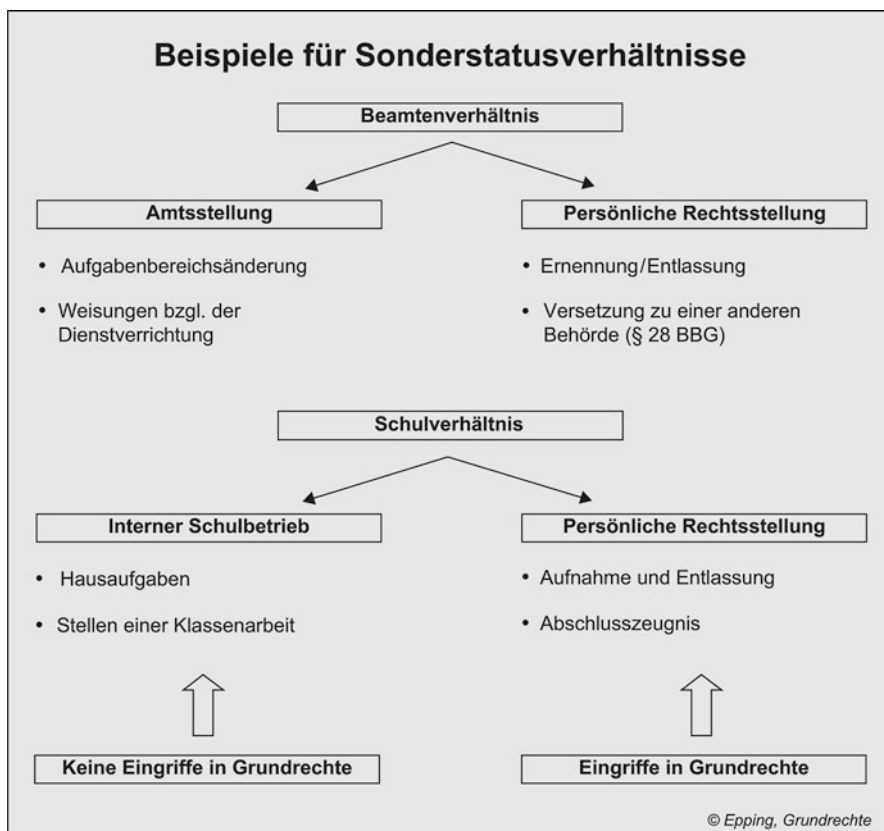
698 Entsprechend hat das BVerfG festgestellt, dass auch das Verbot für Lehrkräfte, im Unterricht ein Kopftuch zu tragen, auf eine gesetzliche Grundlage rückführbar sein muss.⁷⁶ Aber auch nach der Strafgefangenenentscheidung wird nicht jede Maßnahme einer Behörde an den Grundrechten gemessen. Zur Beantwortung der Frage, ob im konkreten Einzelfall in Grundrechte eingegriffen wird und der Vorbehalt des Gesetzes gilt, wurde zunächst – in Anlehnung an den Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses – zwischen dem (im Verhältnis zum Staat externen) Grundverhältnis und dem (rein verwaltungsinternen) Betriebsverhältnis unterschieden.⁷⁷ Später wurde das Verhältnis als Sonderstatusverhältnis (teilweise auch als Sonderrechtsverhältnis) bezeichnet und dementsprechend zwischen der persönlichen Rechtsstellung als Bürger und der Amtsstellung (so im Beamtenrecht; im Schulrecht ist danach zu fragen, ob die Maßnahme der Regelung des internen Schulbetriebs dient) unterschieden. Im ersten Fall kann sich der Einzelne uneingeschränkt auf seine Grundrechte berufen; ihm stehen subjektive Rechte zu. Wird allein die Amtsstellung betroffen (Betroffenheit nur in der Rechtsstellung als Mitglied des Sonderstatusverhältnisses), liegt kein Eingriff in Grundrechte vor.

699 Folge der Anwendung von Grundrechten ist, dass ein Eingriff einer gesetzlichen Grundlage bedarf und rechtfertigungsbedürftig ist. Die Überwachung des Schriftverkehrs der Strafgefangenen und das Anhalten von Schreiben wurde in den §§ 29,

⁷⁶ BVerfGE 108, 282 (306 f.) (Kopftuch Ludin). Nach dem Minderheitenvotum (S. 314 ff.) wechselt der Beamte in die staatliche Sphäre und repräsentiert bei der Dienstausübung den Staat. Deshalb könne der Lehrer nur dort von seiner persönlichen Freiheit Gebrauch machen, wo die Dienstpflichten nicht entgegenstünden. Aus diesem Grund bedürfe ein Kopftuchverbot keiner gesetzlichen Grundlage.

⁷⁷ Vgl. zu diesen Begriffen Ule, VVDStRL 15 (1957), 133 (151).

31 StVollzG geregelt und findet sich nach dem Übergang der diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenz auf die Länder zum Teil schon in den entsprechenden landesrechtlichen Strafvollzugsgesetzen.⁷⁸ Hinsichtlich der vom BVerfG angemahnten Schaffung eines Jugendstrafvollzugsgesetzes, das die Vollzugsanstalt zu Eingriffen in die Grundrechte der jugendlichen Strafgefangenen ermächtigt,⁷⁹ sind nach der Föderalismusreform die Länder für die Umsetzung verantwortlich.⁸⁰



700

2. Eingriffe

Eingriffe in Art. 10 GG können dadurch erfolgen, dass der Staat **Kenntnis vom Inhalt der Kommunikation und der mit ihr zusammenhängenden Daten** (Absender, Empfänger, Kommunikationsweg etc.) nimmt. Die Kommunikationsdaten

701

⁷⁸ Soweit die Länder noch kein eigenes StVollzG erlassen haben, gilt das StVollzG des Bundes gem. Art. 125a Abs. 1 GG fort.

⁷⁹ BVerfGE 116, 69 (92 ff.) (Jugendstrafvollzug); Ostendorf, NJW 2006, 2073 f.

⁸⁰ Vgl. Eisenberg, NStZ 2008, 2008, 250 ff.; Ostendorf, ZRP 2008, 14 ff.

müssen in einem Zusammenhang mit einem konkreten Kommunikationsvorgang stehen. Hieran fehlt es beispielsweise bei der Zuordnung einer Telefonnummer zu einer Person. Anders ist dies bei dynamischen IP-Adressen. Da diese im Unterschied zu dauerhaft vergebenen statischen IP-Adressen eine besondere Nähe zu einem konkreten Kommunikationsvorgang aufweisen, ist deren Speicherung an Art. 10 GG zu messen.⁸¹ Werden Daten durch einen Eingriff in Art. 10 GG erhoben, ist auch die spätere Verwendung der Daten an diesem Grundrecht zu messen.⁸² Die bloße Verhinderung der Kommunikation, beispielsweise durch Verweigerung eines Telefonats oder durch Anhalten des Briefes eines Strafgefangenen, stellt hingegen keinen Eingriff in Art. 10 GG dar; ein solches staatliches Verhalten ist an den Gewährleistungen der Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 GG zu messen.⁸³

702 Das Fernmeldegeheimnis gilt nicht zwischen den Kommunikationspartnern. Dementsprechend schützt Art. 10 GG nicht davor, dass eine staatliche Stelle selbst eine Telekommunikationsbeziehung zu einem Grundrechtsträger aufnimmt.⁸⁴ Aus diesem Grund liegt auch kein Eingriff in Art. 10 GG vor, wenn ein Kommunikationspartner die Polizei mithören lässt.⁸⁵

3. Rechtfertigung von Eingriffen

703 Art. 10 GG enthält in Abs. 2 S. 1 einen **einfachen Gesetzesvorbehalt**, nicht jedoch einen qualifizierten, wie es S. 2 vermuten lassen könnte. Gesetze im Sinne des Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG sind beispielsweise die §§ 99 ff. StPO, §§ 112 f. TKG. Eingriffe müssen den allgemeinen Rechtfertigungsanforderungen genügen, insbesondere müssen sie **verhältnismäßig** sein und das **Zitiergebot** beachten. Auch muss die gesetzliche Grundlage dem rechtsstaatlichen Gebot der **Normenbestimmtheit** und **Normenklarheit** entsprechen. Da Eingriffe in Art. 10 GG zumeist heimlich erfolgen, wird besonders intensiv in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen eingegriffen. Durch die Bestimmtheit und Klarheit der ermächtigenden Normen wird dreierlei erreicht: Der Betroffene kann anhand der gesetzlichen Regelung sein Verhalten ausrichten. Das Verhalten der Verwaltung wird nach Inhalt, Zweck und Ausmaß begrenzt. Schließlich werden die Gerichte in die Lage versetzt, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren. Im Ergebnis wird die Verhältnismäßigkeit der Überwachungsmaßnahmen gewährleistet.⁸⁶

704 Anders als Art. 13 GG enthält Art. 10 GG **keinen Richtervorbehalt**. Dies lässt sich damit erklären, dass Art. 10 GG keinen so engen Bezug zur Menschenwürde

⁸¹ BVerfGE 130, 151 (179 ff.) (Zuordnung dynamischer IP-Adressen).

⁸² BVerfGE 125, 260 (313) (Vorratsdatenspeicherung); 133, 277 (327 ff.) (Antiterrordatei).

⁸³ Gusy, JuS 1986, 89 (92); Pagenkopf, in: Sachs, Art. 10 Rn. 39.

⁸⁴ BVerfGE 120, 274 (341) (Grundrecht auf Computerschutz).

⁸⁵ BGH, NJW 1996, 596 (597). Nach Ansicht des BVerfG kann aber in der Nutzung einer Mithöreinrichtung, von der einer der Gesprächspartner nichts weiß, eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu sehen sein (BVerfGE 106, 28 ff. [Mithörrvorrichtung]).

⁸⁶ BVerfGE 110, 33 (53 ff.) (Zollkriminalamt); siehe zur Reaktion des Gesetzgebers auf diese Entscheidung Huber, NJW 2005, 2260 ff. Vgl. Rn. 650.

aufweist wie Art. 13 GG. Die Wohnung ist für die höchstpersönliche Kommunikation wesentlich elementarer als die Nutzung von Telekommunikationsmitteln.⁸⁷ Allerdings kann – je nach Schwere des Eingriffs – die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes einen Richtervorbehalt erforderlich machen.⁸⁸ In den einschränkenden Gesetzen befindet sich in der Regel ein solcher zur verfahrensrechtlichen Absicherung des Kommunikationsgeheimnisses. Sinn und Zweck des Richtervorbehalts ist es, Grundrechtseingriffe messbar und kontrollierbar zu machen. Dies gilt gerade für die Fälle, in denen aufgrund des heimlichen Vorgehens des Staates der Betroffene, der keine Kenntnis von der staatlichen Maßnahme hat, keinen eigenen Rechtsschutz herbeiführen kann. Wie eine Studie der Universität Bielefeld aus dem Jahr 2002 gezeigt hat, erfüllt der einfachgesetzliche Richtervorbehalt in der Praxis seine Funktion allerdings nur eingeschränkt. Lediglich bei einem Viertel der Anträge auf Telefonüberwachung wurde eine dem Gesetz entsprechende richterliche Prüfung durchgeführt. In den übrigen Fällen fehlte es an einer eigenständigen Kontrolle der Voraussetzungen.⁸⁹

Durch Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG wird die **Möglichkeit** eröffnet, bei Beschränkungen zum Schutze der freiheitlich demokratischen Grundordnung⁹⁰ **auf die Mitteilung an den Betroffenen zu verzichten** und sie stattdessen durch die Information eines von der Volksvertretung bestimmten Organs bzw. Hilfsorgans zu ersetzen. Der Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit durch den Erlass des G 10 zu Gunsten von BND, MAD und Verfassungsschutz Gebrauch gemacht. § 12 G 10 sieht vor, dass der Betroffene grundsätzlich über Beschränkungen im Einzelfall nach deren Beendigung zu unterrichten ist, wobei die G 10-Kommission der Zurückstellung der Mitteilung von mehr als zwölf Monaten zustimmen muss. Zudem bedarf es einer einstimmigen Entscheidung der Kommission, wenn eine Unterrichtung ganz unterbleiben soll. Auf Verlangen der Kommission ist hingegen eine Mitteilung unverzüglich vorzunehmen (§ 15 Abs. 7 G 10). Die G 10-Kommission wird von Amts wegen oder auf Beschwerde tätig und kontrolliert die gesamte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der erlangten personenbezogenen Daten (§ 15 Abs. 5 G 10). Nach § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 2 G 10 ist das Parlamentarische Kontrollgremium bei strategischen Eingriffen in Art. 10 GG, bei denen es sich um eine Art Rasterfahndung handelt, vorab zu unterrichten und um Zustimmung zu ersuchen. Wie auch bei anderen Maßnahmen mit Richtervorbehalt gibt es nach § 14 Abs. 2 S. 1 G 10 die Möglichkeit, bei Gefahr im Verzug die Zulässigkeit einer Maßnahme nach §§ 5, 8 G 10 von der vorläufigen Zustimmung des Vorsitzenden des Gremiums und seines Stellvertreters abhängig zu machen und erst nachträglich (unverzüglich) eine Entscheidung des Kontrollgremiums herbeizuführen. Unterbleibt eine Mitteilung an den Betroffenen, wird gleichzeitig eine richterliche Überprüfung der Maßnahme unmöglich gemacht (vgl. § 13 G 10). Zu der G 10-Kommission hat das BVerfG

705

⁸⁷ BVerfGE 113, 348 (391) (Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen).

⁸⁸ BVerfGE 125, 260 (337 ff.) (Vorratsdatenspeicherung).

⁸⁹ Backes/Gusy, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung? – Eine empirische Untersuchung zum Richtervorbehalt bei der Telefonüberwachung, 2003; dies., Strafverteidiger 2003, 249 ff.

⁹⁰ Vgl. zu diesem Begriff Rn. 893 f.

festgestellt, dass es sich um ein Kontrollorgan eigener Art außerhalb der rechtsprechenden Gewalt handelt, das als Ersatz für den gerichtlichen Rechtsschutz dient.⁹¹ Deshalb wurden in der Literatur im Hinblick auf Menschenwürde, Rechtsstaatsprinzip und Gewaltenteilung Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG erhoben, denen jedoch das BVerfG entgegengetreten ist.⁹²

IV. Exkurs: Staatliche Überwachungsmaßnahmen

706 Mit zahlreichen gesetzlichen Neuregelungen hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren das Instrumentarium staatlicher Überwachungsmaßnahmen maßgeblich erweitert und verfeinert. Insbesondere im Zuge der Terroranschläge vom 11.9.2001 und der Gefahren des internationalen Terrorismus hat die innere Sicherheit einen deutlichen Überhang zu Lasten der Freiheit des Einzelnen gewonnen. Die Bestrebungen der Gesetzgeber auf Bundes- und Landesebene, Daten der Bürger zu erheben, zu speichern und miteinander zu vernetzen, sind nach wie vor ungebremsst. Insbesondere besteht die Tendenz, staatliche Überwachungsmaßnahmen weit in das Vorfeld etwaiger Straftaten zu verlegen und von klar umrissenen Tatbestandsvoraussetzungen zu lösen. Das BVerfG versucht hier gegenzusteuern, um den Bürgern Freiheitsbereiche zu erhalten, in denen sie sich von staatlicher Überwachung unbeobachtet fühlen können. Auch geht es darum, staatliches Handeln vorhersehbar zu machen und an justitiable Eingriffstatbestände zu binden. Dies ist sowohl im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht der Bürger zu begrüßen, da diese einen Raum des Zurückgezogenenseins und des Für-Sich-Seins benötigen, als auch im Interesse eines funktionierenden demokratischen Gemeinwesens. Der Gebrauch von Freiheitsrechten und das Engagement in der Gesellschaft hängen maßgeblich davon ab, dass der Einzelne vor nachteiligen Auswirkungen, die er nicht überblicken kann, geschützt ist. Die Unsicherheit für den Einzelnen, die mit einer (unbegrenzten) Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe persönlicher Daten verbunden ist, führt dazu, öffentliche Diskussionen zu meiden, Versammlungen fernzubleiben oder auf die Ausübung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit zu verzichten. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur Volkszählung klare Worte gefunden, die bis heute ihre Gültigkeit nicht verloren haben.⁹³ Trotz der unterschiedlichen Gegenstände der Entscheidungen und der verschiedenen betroffenen Grundrechte – es geht um das allgemeine Persönlichkeitsrecht und dessen besondere Ausprägungen in Art. 10, 13 GG, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie dem Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. Computergrundrecht) – lassen sich **generelle Entwicklungslinien der**

⁹¹ Mit der Folge, dass die Kommission nicht antragsberechtigt i. S. v. § 63 BVerfGG ist, BVerfG v. 20.09.2016 – 2 BvE 5/15 – Rn. 41 (Organstreit G 10-Kommission).

⁹² BVerfGE 30, 1 ff. (Abhörurteil). Vgl. Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 10 Rn. 26; zur Vereinbarkeit des G 10 mit Art. 8 EMRK siehe EGMR, NJW 2007, 1433 ff.

⁹³ BVerfGE 65, 1 (43) (Volkszählung). Vgl. das Zitat Rn. 636.

Rechtsprechung nachzeichnen, aufgrund derer sich auch neue Maßnahmen des Gesetzgebers bewältigen lassen:

- Schutz eines absoluten Kernbereichs,
- Vorliegen einer konkreten Gefahr für ein zu benennendes Rechtsgut,
- Grundsatz der Normenklarheit und -bestimmtheit,
- Verfahrensanforderungen bei heimlichen Maßnahmen.

In der Entscheidung zum **großen Lauschangriff** hat das BVerfG festgestellt, dass zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG die Anerkennung eines **absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung** gehört. In diesen Bereich darf eine staatliche Überwachung nicht eingreifen.⁹⁴ Diese Rechtsprechung wurde in der Entscheidung zu den so genannten **Online-Durchsuchungen** präzisiert. Das BVerfG spricht hier von einem **zweistufigen Schutzkonzept**. Die zu Eingriffen ermächtigende gesetzliche Regelung muss auf der ersten Stufe sicherstellen, dass bereits die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten unterbleibt. Dies ist allerdings nicht in allen Fällen technisch und personell möglich, beispielsweise weil fremdsprachige Telefongespräche zunächst übersetzt werden müssen. Stellt sich erst nach der Erhebung der Daten die Kernbereichsrelevanz heraus, sind auf der zweiten Stufe die Daten unverzüglich zu löschen.⁹⁵

Weiterhin hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen Feststellungen zu den Anforderungen an den **Gefahrenbegriff** getroffen, aufgrund derer Eingriffe in die Privatsphäre zulässig sind. Einen besonders schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat das BVerfG in der so genannten **Rasterfahndung** gesehen. Kennzeichnend für diese Ermittlungsmethode ist, dass unterschiedliche Daten wie beispielsweise Alter, Geschlecht, Ausbildung, Religionszugehörigkeit oder Staatsangehörigkeit von anderen Behörden oder privaten Unternehmen angefordert und auf bestimmte Merkmale durchsucht werden. Ziel ist es beispielsweise, islamische Terroristen, die sich unerkannt und unauffällig in Deutschland aufhalten, zu erkennen und etwaige Anschlägepläne frühzeitig zu vereiteln. Dieses Vorgehen ist deshalb mit einer hohen Eingriffsintensität verbunden, weil zahlreiche Personen in die Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff auch nicht durch ihr Verhalten veranlasst haben. Für die Betroffenen besteht das erhöhte Risiko, Ziel weiterer behördlicher Ermittlungsmaßnahmen zu werden. Die Eingriffsintensität wird zudem dadurch erhöht, dass die Betroffenen regelmäßig von der Maßnahme keine Kenntnis erlangen und damit gerichtlichen Rechtsschutz nicht erlangen können. Aus diesem Grund ist die Rasterfahndung nur dann gerechtfertigt, wenn eine **konkrete Gefahr für die Sicherheit des Bundes, eines Landes oder Leib, Leben und Freiheit von Personen besteht**. Konkret ist die Gefahr nur, wenn „die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für diese

⁹⁴ BVerfGE 109, 279 (313) (Großer Lauschangriff). Vgl. Rn. 683 f.

⁹⁵ BVerfGE 120, 274 (338 f.) (Grundrecht auf Computerschutz); BVerfG, NJW 2016, 1781 (1786 f.) (BKAG). Vgl. Rn. 650.

707

708

Rechtsgüter eintreten wird.“⁹⁶ Auch in anderen Entscheidungen wie beispielsweise zu den Online-Durchsuchungen⁹⁷ oder zur Vorratsdatenspeicherung⁹⁸ fordert das BVerfG eine konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut. Eine allgemeine Bedrohungslage, wie sie im Hinblick auf terroristische Anschläge seit dem 11.9.2001 durchgehend bestanden hat, ist nach Ansicht des BVerfG jedenfalls nicht ausreichend.

709 Bei dem **Abruf von Kontostammdaten** geht es um den Zugriff auf bestimmte Kontodaten. Nach der gesetzlichen Regelung sollten Kreditinstitute Kontostammdaten speichern, sodass diese u. a. von den Finanzbehörden in einem automatisierten Verfahren abgerufen werden konnten. Das BVerfG sieht in der gesetzlichen Regelung einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. In Anknüpfung an die Volkszählungs-Entscheidung fordert das BVerfG, dass die Ermächtigungsgrundlage der **Normenklarheit und -bestimmtheit** genügt. Der **Anlass**, der **Zweck** und die **Grenzen des Eingriffs** müssen grundsätzlich bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden. Bei Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht kommt hinzu, dass der Verwendungszweck der erhobenen Daten präzise umgrenzt sein muss.⁹⁹ Die Verwendung von Verweisungsketten, bei denen der Gesetzgeber die „Festlegung des Normeninhalts (...) nur mit Hilfe zum Teil langer, über mehrere Ebenen gestaffelter, unterschiedlich variabler Verweisungsketten, erreicht“¹⁰⁰ (sog. **Verweisungskaskaden**) genügt den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht. Diese Rechtsprechung gilt auch bei der **Videoüberwachung** öffentlicher Plätze. Auch hierfür ist eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich, die Anlass und Grenzen der Datenerhebung regelt. Allein der Umstand, dass die Betroffenen mittels eines Schildes auf die Überwachung hingewiesen werden, führt nicht dazu, dass ihr Einverständnis unterstellt werden kann.¹⁰¹

710 Die **automatische Kfz-Kennzeichenerfassung** zielt darauf ab, mittels mobiler oder stationärer Einrichtungen Kfz-Kennzeichen zu scannen und Ort, Zeit und Fahrtrichtung festzuhalten und mit einer Datenbank abzugleichen. Auch das Ziel der Fahrt – beispielsweise eine Demonstration – kann mit diesen Daten verknüpft werden. Weiterhin können gegebenenfalls Insassen des Fahrzeugs per Video aufgenommen werden.¹⁰² Das BVerfG fordert eine Ermächtigungsgrundlage, die den vorgenannten Voraussetzungen der **Normenklarheit und -bestimmtheit** entspricht.¹⁰³ Weiterhin muss die Ermächtigungsgrundlage eine **bestimmte Verdachts- oder Ge-**

⁹⁶ BVerfGE 115, 320 (364) (Rasterfahndung II). Vgl. zum Gefahrenbegriff *Volkman*, Jura 2007, 132 (135 ff.).

⁹⁷ BVerfGE 120, 274 (328) (Grundrecht auf Computerschutz); kritisch hierzu *Britz*, DÖV 2008, 411 (415).

⁹⁸ BVerfGE 125, 260 (330) (Vorratsdatenspeicherung).

⁹⁹ BVerfGE 115, 320 (365) (Rasterfahndung II); 118, 168 (186 f.) (Kontostammdaten).

¹⁰⁰ BVerfGE 110, 33 (64) (Zollkriminalamt).

¹⁰¹ BVerfGK 10, 330 (330 ff.). Vgl. hierzu *Zöller/Fezer*, NVwZ 2007, 775 ff.

¹⁰² Vgl. *Roßnagel*, NJW 2008, 2547 (2548).

¹⁰³ BVerfGE 120, 378 (401 ff.) (Automatische Kennzeichenerfassung); allgemein hierzu *Breyer*, NVwZ 2008, 824 ff.

fahrendstufe vorstehen. Ermittlungen „ins Blaue hinein“¹⁰⁴ hat das BVerfG eine klare Absage erteilt.

Schließlich ist den unterschiedlichen Entscheidungen gemeinsam, dass die **Heimlichkeit** staatlicher Maßnahmen die Schwere des Eingriffs verstärkt und deshalb die Ausnahme bleiben muss sowie besonderer Rechtfertigung bedarf. Aus diesem Grund muss der Gesetzgeber besondere Verfahrensvorkehrungen treffen.¹⁰⁵ Der Betroffene ist nach Beendigung des Eingriffs in der Regel zu benachrichtigen. Die aus dem Grundrecht folgende **Mitteilungspflicht** unterliegt denselben Schranken wie das Grundrecht selbst.¹⁰⁶ Das bedeutet, dass es rechtfertigungsbedürftig ist, wenn die Benachrichtigung des Betroffenen nach Abschluss der Maßnahme unterbleibt. Außerdem ist durch einen Richter oder eine andere geeignete Stelle, die die gleiche Gewähr für ihre Unabhängigkeit und Neutralität bietet, vor Beginn der Maßnahme sicherzustellen, dass die Rechte des Betroffenen berücksichtigt werden. Das BVerfG spricht hier von „**kompensatorischer Repräsentation**“ der Interessen des Betroffenen im Verwaltungsverfahren.¹⁰⁷ Eine Berichtspflicht gegenüber Parlament und Öffentlichkeit kann im Übrigen eine **öffentliche Diskussion** über Art und Ausmaß der Datenerhebung, einschließlich der Handhabung der Benachrichtigungspflichten und Löschungspflichten, ermöglichen und dieser einer demokratischen Kontrolle und Überprüfung unterwerfen.¹⁰⁸

711

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Schutz von Betriebs- und Geschäftsräumen durch Art. 13 GG und deren Betretung und Besichtigung durch Behörden (Nachschau) (666 ff.; 674 ff.).
- Anforderungen, die an einen Durchsuchungsbeschluss zu stellen sind (beispielsweise Beschränkung der zeitlichen Geltungsdauer) (Rn. 681 f.).
- Rechtmäßigkeit von Lauschangriffen, Telefonüberwachung und so genannter Online-Durchsuchung (Rn. 652, 683 ff., 703 ff.).
- Grundrechtsbindung Privater (Art. 10 GG) (Rn. 696 f.).

712

¹⁰⁴ BVerfGE 120, 378 (429) (Automatische Kennzeichenerfassung).

¹⁰⁵ BVerfGE 118, 168 (197, 202) (Kontostammdaten); 124, 43 (70 ff.) (Beschlagnahme von E-Mails); 125, 260 (334 ff.) (Vorratsdatenspeicherung).

¹⁰⁶ BVerfGE 109, 279 (363 f.) (Großer Lauschangriff).

¹⁰⁷ BVerfGE 120, 274 (332) (Grundrecht auf Computerschutz).

¹⁰⁸ BVerfG, NJW 2016, 1781 (1789) (BKAG).

Kapitel 15: Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104, 11 GG)

Literatur:

Dingelstadt, Andreas/Fickenscher, Guido, Richterlicher Bereitschaftsdienst „Rund um die Uhr“?, NJW 2009, 3473 ff.; *Gusy, Christoph*, Freiheitsentziehung nach dem Grundgesetz, NJW 1992, 457 ff.; *Hantel, Peter*, Das Grundrecht der Freiheit der Person nach Art. 2 II 2, 104 GG, JuS 1990, 865 ff.; *Lisken, Hans*, Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehung, NJW 1982, 1268 ff.; *Schoch, Friedrich*, Das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG), Jura 2005, 34 ff.; *Singer, Jörg*, Das Bundesverfassungsgericht und das Zitiergebot, DÖV 2007, 496 ff.

Fallbearbeitungen:

Brodowski, Dominik, Grundfälle zu den Justizgrundrechten: Art. 104 GG – Freiheit der Person, Folterverbot, Benachrichtigungsgebot, JuS 2012, 980 ff.; *Degenhart, Christoph*, I, Fall 13 (S. 193 ff.), II, Fall 7 (S. 174 ff.); *Frenzel, Eike Michael*, Grundfälle zu Art. 11 GG, JuS 2011, 595 ff.; *Krausnick, Daniel*, Grundfälle zu Art. 19 I und II GG, JuS 2007, 1088 ff. (zum Zitiergebot); *Volkman, Uwe*, Fälle 4 (S. 87 ff.), 13 (S. 391 ff.).

Leitentscheidungen:

BVerfGE 6, 32 ff. (Elfes); 19, 342 ff. (Wencker); 45, 187 ff. (Lebenslange Freiheitsstrafe); 105, 239 ff. (Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehung); 130, 372 ff. (Maßregelvollzugszeiten); 134, 242 ff. (Garzweiler II); EGMR, NVwZ-RR 2006, 513 ff. (Dzelili/Deutschland); zu Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG: BVerfGE 129, 208 ff. (TKÜ-Neuregelung).

I. Hintergrund

Die Freiheit der Person hat unter den grundrechtlich verbürgten Rechten ein besonderes Gewicht. Als Menschenrecht ist sie durch Art. 5 EMRK sowie durch Art. 6 GR-Charta geschützt. In der Tradition geht das Recht auf Freiheit der Person auf das in England entwickelte Institut des „**Habeas Corpus**“ (1679) zurück.¹ Hierdurch sollten Festnahmen und verwandte, mit körperlichem Zwang verbundene Freiheitsbeschränkungen durch die öffentliche Gewalt begrenzt werden. Außerdem wurden verfahrensrechtliche Anforderungen aufgestellt; so verpflichtete der Habeas Corpus den jeweiligen Gefängnisdirektor, die sofortige gerichtliche Überprüfung der

713

¹ Vgl. *Riedel*, EuGRZ 1980, 192 ff.; allgemein zur historischen Entwicklung *Hantel*, JuS 1990, 865 (865); *Amelung*, Jura 2005, 447 ff.

Rechtmäßigkeit der Haft herbeizuführen. Als Vorläufernormen der Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 GG in der deutschen Verfassungsgeschichte sind hier § 138 der Paulskirchenverfassung und Art. 114 WRV zu nennen.

- 714** Anders als das Grundrecht der Freiheit der Person hat das Grundrecht auf Freizügigkeit in der Judikatur des BVerfG keine größere Bedeutung erlangt. In Krisenlagen wird dies sicherlich anders sein, wurde doch Art. 11 GG unter dem Eindruck der Folgen des Zweiten Weltkriegs formuliert. Art. 11 GG als „erschreckend inhaltsleer“ oder gar als „Recht der Playboys, Pensionäre, Rentner und Touristen“² zu bezeichnen, dürfte jedenfalls an der Sache vorbeigehen. Schließlich basiert das Funktionieren einer modernen Industriegesellschaft nicht unerheblich darauf, dass sich die Menschen ohne staatliche Beschränkungen bewegen können. Das Recht auf Freizügigkeit, wie es in Art. 11 GG zum Ausdruck kommt, steht in einer längeren Tradition. Bereits in § 133 der Paulskirchenverfassung gab es eine Entsprechung. In der WRV wurde die Freizügigkeit durch Art. 111 gewährleistet. Auch auf europäischer Ebene findet Art. 11 GG sein Pendant in Art. 21 AEUV, speziell in den Grundfreiheiten der Art. 45 ff. AEUV sowie in Art. 2 und 3 des Prot. Nr. 4 EMRK.

II. Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 104 GG)

715 Fall 23: Vorläufige Festnahme

Zu einer Großdemonstration in Hannover aus Anlass der Eröffnung der Weltausstellung wurden 15.000 Teilnehmer erwartet. Auf Grund von Erfahrungen mit ähnlichen Demonstrationen richtete die Vollzugspolizei rund um Hannover Vorkontrollstellen ein. Dort kontrollierte die Polizei auch den anreisenden D und stellte fest, dass gegen ihn in den Jahren 1995 bis 1997 vier Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von strafbaren Handlungen im Zusammenhang mit Demonstrationen anhängig gewesen waren. Auf Grund dieser Feststellung wurde D um 11:40 Uhr in polizeilichen Gewahrsam genommen. Die „Niederschrift über die polizeiliche Verwahrung von Personen“ nennt als Gewahrsamsgrund die „Personalienüberprüfung“. Dem D sei rechtliches Gehör gewährt worden; er habe erklärt, nichts sagen zu wollen. In einem „Begleitschein für festgenommene Personen“ ist als Grund für den Gewahrsam vermerkt: „Systembekannt wegen Landfriedensbruchs.“ Die Polizei veranlasste unverzüglich eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Gewahrsams. In dem hierzu am selben Tag ergangenen Beschluss erklärte das AG den Gewahrsam für zulässig. Zur Begründung führte es aus, dass nach dem Antrag der Vollzugspolizei der D bei der Anreise zu einer Demonstration festgehalten worden sei, da auf Grund der über ihn vorliegenden Erkenntnisse sowie des Gesamteindrucks zu befürchten gewesen sei, dass er

² Dicke, in: v. Münch/Kunig, 2. Aufl. 1981, Art. 11 Rn. 2; hiergegen Pieroth, JuS 1985, 81 (81) und Randelzhofer, in: BK, Art. 11 Rn. 175.

an unfriedlichen Aktionen habe teilnehmen wollen. Es habe eine Straftat nach § 125 StGB (Landfriedensbruch) bevorgestanden. Der Beschluss ordnete die Entlassung des D um 18:00 Uhr desselben Tages an; dem wurde entsprochen. D hält das Vorgehen der Polizei für eine „große Ungerechtigkeit“. Schließlich habe er nicht an der Demonstration teilnehmen können. Weiterhin befürchtet er, auch bei zukünftigen Demonstrationen an der Teilnahme gehindert zu werden. Um eine Klärung herbeizuführen, erhebt D nach Erschöpfung des Rechtsweges fristgemäß Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der Art. 103, 104 GG. Wie sind seine Erfolgsaussichten?

Bearbeitervermerk: Art. 8 GG ist nicht zu prüfen.

§ 10 NSOG: Auf Grund dieses Gesetzes können die Grundrechte auf (...), Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 des Grundgesetzes) (...) eingeschränkt werden.

§ 18 Abs. 1 Nr. 2a NSOG: Die Verwaltungsbehörden und die Polizei können eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies (...) unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat (...) zu verhindern ...

§ 19 Abs. 1 NSOG: Kommt es auf Grund einer Maßnahme nach (...) § 18 zu einer Freiheitsentziehung, so haben die Verwaltungsbehörden oder die Polizei unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. (...)

Fall nachgebildet BVerfGE 83, 24 ff. (Polizeigewahrsam)

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

Träger des Grundrechts auf Freiheit der Person ist jede natürliche Person. Da allein die körperliche Bewegungsfreiheit geschützt ist, findet das Grundrecht auf juristische Personen keine Anwendung.³

716

b) Sachlicher Schutzbereich

aa) Körperliche Bewegungsfreiheit

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt allgemein die Freiheit der Person. Hierunter ist nicht die Willensfreiheit, sondern lediglich die **körperliche Bewegungsfreiheit** zu ver-

717

³ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Rn. 202; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 Rn. 21.

stehen. In der Rechtsprechung des BVerfG wird der Schutz dahingehend erweitert, dass die körperliche Bewegungsfreiheit als Freiheit, jeden Ort oder Raum aufzusuchen oder zu verlassen,⁴ verstanden wird. Die Erweiterung des Schutzbereichs auch auf die Freiheit, einen bestimmten Ort aufzusuchen, nimmt dem Grundrecht jedoch seine klare Kontur. Hierdurch entfernt man sich von dem herkömmlichen Verständnis der „körperlichen Bewegungsfreiheit“ als Freiheit der *Fortbewegung* von einem Ort. Einschränkungen werden dann allerdings auf Eingriffsebene erforderlich, um dem Grundrecht einen abgrenzbaren Anwendungsbereich neben der allgemeinen Handlungsfreiheit zu geben.⁵ Schließlich führt die Erweiterung des Schutzbereichs dazu, dass eine plausible Abgrenzung zu Art. 11 GG kaum noch möglich ist. Denn die Freizügigkeit im Sinne des Art. 11 GG wäre dann – von der Einreise ins Bundesgebiet abgesehen – nur ein spezieller Fall der Freiheit der Person. Deshalb ist es vorzuzugwürdig, den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auf die körperliche Bewegungsfreiheit als **Fortbewegungsfreiheit von einem Ort** zu beschränken.⁶ In diese Richtung weist eine Entscheidung des BVerfG, wonach die Verpflichtung von Asylbewerbern gemäß § 56 AsylVfG, sich im Bezirk der zuständigen Ausländerbehörde aufzuhalten, nicht an Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen sei. Angesichts des räumlichen Umfangs, innerhalb dessen sich die Asylbewerber bewegen dürfen, werde nicht die körperliche Bewegungsfreiheit betroffen.⁷

718

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die körperliche Bewegungsfreiheit nur dann einschlägig, wenn eine Person daran gehindert wird, einen Raum aufzusuchen, der ihr **im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung** zugänglich ist.⁸ Insoweit besteht eine Parallele zum Begriff der allgemeinen Gesetze in Art. 5 Abs. 2 GG.⁹ Allgemein ist die Rechtsordnung dann, wenn sie sich nicht speziell gegen die Freiheit der Person richtet. Dementsprechend soll das Flughafenverfahren für Asylbewerber, wie es in § 18a AsylVfG vorgesehen ist, keine Freiheitsbeschränkung darstellen, auch wenn die über den Luftweg einreisenden Ausländer im Transitbereich des Flughafens für die Dauer ihres Asylverfahrens untergebracht werden. Schließlich stelle der Raum der Bundesrepublik Deutschland für Einreisewillige kein rechtlich zugängliches Gebiet dar. Im Gegensatz zum nur Deutschen zustehenden Art. 11 GG schützt Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht die Einreisefreiheit.

BVerfGE 94, 166 (198 f.) (Flughafenverfahren): „Die Staatsgrenze ist als Hindernis der freien Bewegung nach der allgemeinen Rechtsordnung vorgegeben. Jeder Staat ist berechtigt, den freien Zutritt zu seinem Gebiet zu begrenzen und für Ausländer die Kriterien festzulegen, die zum Zutritt auf das Staatsgebiet berechtigen. **Rechtliche und tatsächliche Hindernisse für das freie Überschreiten der Staatsgrenze berühren deshalb nicht den Gewährleistungsinhalt der durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geschützten körperlichen Bewegungsfreiheit.**

⁴ Vgl. BVerfG, NVwZ 2011, 743 (742).

⁵ Vgl. Rn. 726.

⁶ Vgl. zu Art. 11 GG Rn. 758.

⁷ BVerfG, NVwZ 1983, 603 (603); unklarer hingegen BVerfGE 96, 10 (21) (Räumliche Aufenthaltsbeschränkung).

⁸ BVerfGE 94, 166 (198) (Flughafenverfahren).

⁹ Vgl. Rn. 240 ff.

Daran ändert auch die Stellung eines Asylantrags nichts. Dieser begründet weder nach Völkerrecht noch nach deutschem innerstaatlichem Recht einen Anspruch auf Einreise. Der Raum der Bundesrepublik Deutschland ist Asylbewerbern, die ihn ohne entsprechende Reisedokumente erreichen, vor der Feststellung ihrer Asylberechtigung rechtlich nicht zugänglich. Die Tatsache, dass sie sich bei Ankunft auf einem Flughafen schon auf deutschem Staatsgebiet befinden, ändert nichts daran, dass über die Gewährung der Einreise erst noch zu entscheiden ist. Abgesehen davon ergibt sich für Asylsuchende am Flughafen die tatsächliche Begrenzung ihrer Bewegungsfreiheit aus ihrer Absicht, in der Bundesrepublik Deutschland um Schutz nachzusuchen und das hierfür vorgesehene Verfahren zu durchlaufen. Zwar kann ihnen in dieser Lage eine Rückkehr in den Staat, der sie möglicherweise verfolgt, nicht angesonnen werden. Die hieraus folgende Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist jedoch nicht Folge einer der deutschen Staatsgewalt zurechenbaren Maßnahme.“

Bei Art. 104 GG handelt es sich um ein grundrechtsgleiches Recht, dessen Verletzung gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden kann. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 104 GG haben den gleichen Schutzbereich. Deshalb gilt für das **Verhältnis der beiden Normen**, dass durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG geregelt wird, ob und in welchem Umfang eine Freiheitsbeschränkung zulässig ist, während durch Art. 104 GG u. a. verfahrensrechtliche Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung aufgestellt werden.

719

BVerfGE 58, 208 (220) (Baden-Württembergisches Unterbringungsgesetz): „Die formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG in unlösbarem Zusammenhang; Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den schon in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt auf und verstärkt ihn, indem er neben der Forderung nach einem ‚förmlichen‘ freiheitsbeschränkenden Gesetz die Pflicht, dessen Formvorschriften zu beachten, zum Verfassungsgebot erhebt. Verstöße gegen die durch Art. 104 GG gewährleisteten Voraussetzungen und Formen freiheitsbeschränkender Gesetze stellen daher stets auch eine Verletzung der Freiheit der Person dar. **Durch Art. 104 Abs. 1 GG wird die Beachtung der sich aus dem jeweiligen Gesetz ergebenden freiheitsschützenden Formen zur Verfassungspflicht erhoben, deren Einhaltung durch den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde abgesichert wird.**“

bb) „Negative“ Bewegungsfreiheit

Umstritten ist, ob durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auch die „negative“ Bewegungsfreiheit¹⁰ geschützt wird, d. h. die Freiheit, einen bestimmten Ort nicht aufsuchen zu müssen. Damit besteht die Möglichkeit, nicht dort bleiben zu müssen, wo man nicht bleiben will.¹¹ Überwiegend wird hingegen die negative Freiheit nicht dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zugeordnet¹² bzw. nur dann, wenn zum Gebot, einen bestimmten Ort zu betreten, unmittelbarer Zwang hinzutritt.¹³ Entscheidend ist die negative Freiheit beispielsweise bei der Frage, ob die Einberufung zum Wehrdienst, die Verpflichtung zur Teilnahme am Verkehrsunterricht oder die Verpflichtung zu einer Untersuchung beim Amtsarzt eine Freiheitsbeschränkung darstellt.

720

¹⁰ Vgl. allgemein zu negativen Freiheiten Rn. 313 f., 880 ff.

¹¹ *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 463.

¹² Vgl. *Hantel*, JuS 1990, 865 (866); *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 230 ff.

¹³ *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 2 Rn. 114; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 76; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Rn. 464.

721 Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG spricht dann gegen eine negative Freiheit, wenn man Freiheit als körperliche Bewegungsfreiheit und nicht als Willensfreiheit auffasst. In diesem Fall ist nämlich ein aktives Verhalten und nicht bloße Passivität geschützt, wie sie in der Entscheidung, einen Ort nicht zu verlassen, zum Ausdruck kommt. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG seine Konturen verliert und letztendlich auf den Schutz vor bloßen Handlungspflichten erweitert wird, die an sich dem Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 GG unterfallen. Diese Unzulänglichkeiten werden vermieden, wenn man den Schutzbereich dahingehend versteht, dass er nur vor solchen staatlichen Beeinträchtigungen schützt, die sich gegen die körperliche Bewegungsfreiheit als solche richten.

cc) Schutzpflichten

722 Das Grundrecht auf Freiheit der Person stellt nicht nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Maßnahmen dar. Darüber hinaus verpflichtet es auch den Staat, gegen privatrechtliche Beeinträchtigungen der körperlichen Bewegungsfreiheit wie beispielsweise Entführungen einzuschreiten. Der Einzelne hat also einen Schutzanspruch gegenüber dem Staat.¹⁴ Dem Staat steht jedoch ein weiterer Spielraum zu, wie er diesen Pflichten nachkommen möchte; erst bei einer evidenten Verfehlung der Schutzpflicht – d. h. bei völlig unzureichenden Maßnahmen – erwächst dem Einzelnen ein unmittelbarer Leistungsanspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.

dd) Verbot körperlicher und seelischer Misshandlung

723 Über das Verfahren bei Freiheitsbeschränkungen hinaus enthält Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG ein Verbot der körperlichen und seelischen Misshandlung festgehaltener Personen. Er legt damit Anforderungen an die Art und Weise der Freiheitsbeschränkung fest. Dabei handelt es sich nicht um eine eigenständige grundrechtliche Verbürgung. Schließlich gelten für Gefangene die Grundrechte gleichermaßen.¹⁵ Die besondere Bedeutung des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG besteht vielmehr darin, diesen Umstand nicht nur zu bekräftigen, sondern den Schutz des Gefangenen als unverzichtbaren Grundsatz festzuschreiben; auch der Gefangene selbst kann nicht in seine Misshandlung einwilligen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang eine **Beweislastregel**: Bei Verletzungen im Polizeigewahrsam ist der Staat verpflichtet nachzuweisen, dass diese *nicht* durch eine polizeiliche Misshandlung erfolgt sind.¹⁶

724 Unter einer **seelischen Misshandlung** ist eine entwürdigende und entehrende Behandlung zu sehen. Exemplarisch hierfür sind zu nennen die Beleidigung sowie Maßnahmen, die die freie Willensbildung oder das Erinnerungsvermögen beeinträchtigen.¹⁷ **Körperliche Misshandlung** bedeutet – wie auch im Strafrecht – jedes üble und unangemessene Behandeln, das entweder das körperliche Wohlbefinden

¹⁴ Vgl. zu den Schutzpflichten Rn. 123 ff.

¹⁵ BVerfGE 33, 1 (10 f.) (Strafgefangene). Zur Geltung der Grundrechte in Sonderrechtsverhältnissen vgl. Rn. 697 f.

¹⁶ Vgl. EGMR, EuGRZ 1996, 504 (511 f.).

¹⁷ Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 104 Rn. 15.

oder die körperliche Unversehrtheit nicht unerheblich beeinträchtigt.¹⁸ Hierunter fällt das Verbot der Folter, d. h. des bewussten Zufügens von Übeln zum Zwecke der Brechung des Willens der betreffenden Person.¹⁹

Trotz des eindeutigen Wortlauts des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und des § 136a StPO sowie anderer völker- und europarechtlicher Verpflichtungen wie beispielsweise der UN-Folterverbotskonvention, der Europäischen Antifolterkonvention, Art. 4 GR-Charta oder Art. 3 EMRK ist in jüngerer Zeit eine Diskussion um die ausnahmsweise Zulässigkeit von **Folter** in Gang gekommen.²⁰ Dies muss umso mehr erstaunen, weil für diese Materie eindeutige Regelungen vorliegen, die an Klarheit nichts zu wünschen übrig lassen. Die Folter verstößt, da sie den Einzelnen zum bloßen Objekt staatlicher Behandlung herabwürdigt, gegen die Menschenwürde²¹, die einer einzelfallbezogenen Abwägung nicht zugänglich ist. Das Verbot der Misshandlung einer Person, um Informationen von ihr zu erlangen, gilt ungeachtet eines öffentlichen Notstandes, „der das Leben der Nation – oder erst Recht das einer Person – bedroht“.²² Über Art. 79 Abs. 3 GG sind die Grundsätze des Art. 1 Abs. 1 GG dem staatlichen Zugriff entzogen, sodass sich ungeachtet der völkerrechtlichen Verpflichtungen am generellen Verbot der Folter nichts ändert und ändern kann. Dennoch wird vielfach mit einem Erst-Recht-Schluss argumentiert: Wenn es dem Staat erlaubt sei, einen Geiselnnehmer mittels eines finalen Rettungsschusses zu töten, um das Leben der Geiseln zu schützen, müsse die (maßvolle) Anwendung von Folter erst recht zulässig sein. Diese Argumentation verkennt, dass menschliches Leben und Menschenwürde nicht gleichzusetzen sind. Wie der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG deutlich macht, kann in das Leben durchaus eingegriffen werden, was den Schluss zulässt, dass die Menschenwürde hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Auch die EMRK kennt zwar ein absolutes Folterverbot (Art. 3 EMRK), aber keinen absoluten Lebensschutz (vgl. Art. 2 Abs. 2 EMRK).²³ Die Menschenwürde schützt demgegenüber den Einzelnen, der im Fall der Freiheitsentziehung dem staatlichen Zugriff schutzlos ausgeliefert ist, vor Maßnahmen, die auf die Brechung seines Willens gerichtet sind.

725

¹⁸ Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 104 Rn. 14.

¹⁹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 104 Rn. 62. Zur generellen Unzulässigkeit der Folter unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde vgl. Rn. 617 ff.

²⁰ Vgl. Mieke, NJW 2003, 1219 f.; Hamm, NJW 2003, 946 f.; Schaefer, NJW 2003, 947 ff.; Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 62a. Speziell zum Fall Daschner, bei dem der stellvertretende Polizeipräsident dem Verdächtigen mit Folter gedroht hat, sollte er nicht das Versteck seines Entführungsoffers offenbaren, vgl. EGMR, NJW 2010, 3145 ff.; Grabenwarter, NJW 2010, 3128 ff. Vgl. das Fallbeispiel in Rn. 617.

²¹ Vgl. Rn. 602 ff.

²² EGMR, NStZ 2008, 699 (700).

²³ Vgl. Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 1 ff.; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 20 Rn. 1, 11 ff.

2. Eingriffe

- 726** Als Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG kommen Freiheitsbeschränkungen und Freiheitsentziehungen in Betracht. Wie aus der Systematik des Art. 104 GG deutlich wird, stehen beide Modalitäten im Verhältnis Oberbegriff (vgl. Abs. 1) und Unterfall zueinander (vgl. Abs. 2). Unter **Freiheitsbeschränkungen** sind alle Eingriffe in die körperliche Bewegungsfreiheit zu verstehen, die nicht ganz geringfügig sind.²⁴ Um das Grundrecht der Freiheit der Person von der allgemeinen Handlungsfreiheit abgrenzen zu können, ist nur ein solches staatliches Verhalten an Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen, das die Beschränkung der Bewegungsfreiheit **bezweckt**.²⁵ Dementsprechend ist etwa die Schulpflicht, die nicht auf die Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit abzielt, nicht an Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen, sondern an Art. 2 Abs. 1 GG.
- 727** Eine **Freiheitsentziehung** liegt vor, wenn die Bewegungsfreiheit auf einen eng umgrenzten Raum beschränkt wird, wobei die Bewegungsfreiheit in jede Richtung aufgehoben sein muss.²⁶ Die Aufhebung der Bewegungsfreiheit muss ferner für eine gewisse Mindestdauer erfolgen. Diese Voraussetzung lässt sich aus dem Zweck des Art. 104 GG herleiten, bestimmte Verfahrensanforderungen aufzustellen, die bei einer nur kurzfristigen Freiheitsentziehung ins Leere laufen, bzw. den Betroffenen zusätzlich belasten würden. Zudem würden die Verfahrensanforderungen die Arbeit der Polizei unmöglich machen, wenn bei der (bloßen) Anwendung unmittelbaren Zwangs eine richterliche Entscheidung herbeizuholen wäre.²⁷ Da Art. 104 GG bestimmte verfahrensmäßige Anforderungen bei Freiheitsentziehungen in den Verfassungsrang hebt, stellt auch die Verletzung von Formvorschriften, auf deren Einhaltung der Einzelne ansonsten nur in Ausnahmefällen einen Anspruch hat, einen verfassungsbeschwerdefähigen Eingriff dar. Form i. S. d. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG meint Form, Verfahren und Zuständigkeit.
- 728** Der Verzicht auf die eigene Fortbewegungsfreiheit schließt einen Eingriff aus, soweit die **Einwilligung** den an einen Grundrechtsverzicht²⁸ gestellten Anforderungen genügt.²⁹ Die Einwilligung eines Vormundes bzw. eines Betreuers ist nicht ausreichend.³⁰ In die eigene körperliche oder seelische Misshandlung kann der Festgenommene nicht wirksam einwilligen.

²⁴ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 2, Rn. 114, 104 Rn. 2. Vgl. zum Platzverweis Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 240.

²⁵ Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 233; Gusy, NJW 1992, 457 (459 f.); anders Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 2 Rn. 114. Vgl. Rn. 721.

²⁶ BVerfGE 94, 166 (198) (Flughafenverfahren); BVerwGE 62, 325 (327 f.); Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 104 Rn. 11.

²⁷ Hantel, JuS 1990, 865 (870); Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 104 Rn. 10, 22 ff. Gegen die Dauer als Voraussetzung der Freiheitsentziehung Liskén, NJW 1982, 1268 (1268). Allgemein zu diesem Streit BGH, NJW 1982, 753 ff.

²⁸ Vgl. Rn. 111 ff.

²⁹ Zu der Frage, ob auf die Benachrichtigung nach Art. 104 Abs. 4 GG verzichtet werden kann, siehe Rn. 737.

³⁰ BVerfGE 10, 302 (309 f.) (Vormundschaft).

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a) Schranken

Die Freiheit der Person steht nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Das bedeutet, dass freiheitsbeschränkende Maßnahmen nur auf Grund eines (formellen) Gesetzes möglich sind.

729

b) Schranken-Schranken

aa) Allgemeine Anforderungen

Nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG gelten keine besonderen Anforderungen an das einschränkende **Gesetz**. Dieses wird jedoch durch Art. 104 Abs. 1 GG dergestalt modifiziert, dass Freiheitsbeschränkungen nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes (d. h. eines Gesetzes im formellen Sinne) zulässig sind. Nicht ausreichend sind deshalb Verordnungen oder gar Verwaltungsvorschriften. Das freiheitsbeschränkende Gesetz muss die materiellen Voraussetzungen hinreichend deutlich regeln, um dem Gebot der Bestimmtheit zu genügen, wobei die Anforderungen an das ermächtigende Gesetz mit der Eingriffsintensität wachsen.

730

BVerfGE 14, 174 (186f.) (Gesetzesgebundenheit im Strafrecht): „Betrifft Art. 103 Abs. 2 GG Bestrafungen jeder Art durch gerichtliches Urteil, so zielt Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG auf den besonderen Schutz bei Freiheitsbeschränkungen sowohl gegenüber der Exekutive wie der Strafgerichtsbarkeit. Nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG kann die Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. **Art. 104 GG steht in untrennbarem Zusammenhang mit dem in Art. 2 Abs. 2 S. 2 und 3 GG geschützten Grundrecht auf Freiheit der Person.** (...) Auch die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ist eine Freiheitsbeschränkung i. S. des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG. Wenn der Strafausspruch auch isoliert betrachtet die Freiheit noch nicht beschränkt, bildet er doch zusammen mit der ihm folgenden Strafvollstreckung einen Gesamtvorgang des Freiheitsentzugs. Dem Vorbehalt nach Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG genügen nur förmliche Gesetze, also nur Rechtsnormen, die im vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahren beschlossen worden sind. Eine VO ist auch dann kein förmliches Gesetz i. S. des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG, wenn sie auf Grund einer in einem förmlichen Gesetz enthaltenen Ermächtigung erlassen worden ist; daher müssen **die Voraussetzungen selbst, unter denen der Eingriff als solcher überhaupt zulässig ist, und die Natur des Eingriffs ... in dem förmlichen Gesetz selbst bestimmt sein**‘. Bestimmt der Gesetzgeber hinreichend deutlich, was strafbar sein soll, und legt er weiterhin Art und Maß der Strafe im förmlichen Gesetz fest, überlässt er hingegen dem Ordnungsgeber nur die Spezifizierung des Straftatbestandes, so wird die Rechtssicherheit und die Freiheit des Einzelnen nach Sinn und Zweck des Art. 104 GG gewahrt und dem Gesetzgeber die ihm vom GG auferlegte Verantwortung nicht abgenommen.“

In die Freiheit der Person darf nur unter Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** eingegriffen werden, d. h. Eingriffe müssen einem legitimen Zweck dienen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.³¹ Welche Anforderungen an den verfolgten Zweck zu stellen sind, hängt von der Intensität der Freiheitsbeschränkung ab,³² wobei bei der Rechtfertigung von Freiheitsentziehungen ver-

731

³¹ Vgl. Rn. 48 ff.

³² BVerfGE 130, 372 (388 ff.) (Maßregelvollzugszeiten).

stärkend die Wertungen von Art. 5 EMRK hinzutreten.³³ Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung, wonach die Freiheit der Person „unverletzlich“ ist, kennzeichnet das Freiheitsrecht als ein besonders hohes Rechtsgut, das nur aus besonders gewichtigem Grund angetastet werden darf. Dies gilt in besonderem Maße für präventive Eingriffe, die nicht dem Schuldausgleich dienen, wie die Sicherungsverwahrung oder die präventive Ingewahrsamnahme.³⁴ Eine allein zur Durchführung einer zwangsweisen Heilbehandlung angeordnete Unterbringung eines psychisch Kranken, bei der es nicht allein um den Schutz vor sich selbst geht, ist lediglich dann verhältnismäßig, wenn die angeordnete Zwangsbehandlung ihrerseits ohne Verletzung der Grundrechte der Betroffenen erfolgt.³⁵

732 Problematisch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ist die Verurteilung zu einer **lebenslangen Freiheitsstrafe**. Schließlich wird hier elementar in die Freiheit der Person eingegriffen und die Menschenwürde zumindest bedroht³⁶, besteht doch die Gefahr, dass der Täter zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung wird. Das BVerfG hat entschieden, dass die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungsgemäß ist, jedoch nur, wenn sie dem Schutze höchster Rechtsgüter vor schwersten Delikten dient und für den Täter zumindest die Chance besteht, wieder in Freiheit zu gelangen.³⁷ Als Reaktion auf dieses Urteil hat der Gesetzgeber § 57a in das StGB eingefügt, nach dem auch eine lebenslange Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann, jedoch bei fortbestehender Gefährlichkeit des Gefangenen nicht muss.³⁸ Die Grundsätze, die das BVerfG hinsichtlich der Zulässigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe aufgestellt hat, haben weiterhin praktische Auswirkungen bei der Strafrechtsanwendung, nämlich bei der verhältnismäßigen Auslegung der Mordmerkmale des § 211 StGB.³⁹ Zu bedenken ist, dass § 211 StGB allein die lebenslange Haft als Rechtsfolge vorsieht, der Richter also keinen Spielraum mehr hat, um nach Bejahung des Tatbestandes den besonderen Umständen des Einzelfalls – beispielsweise einer Konfliktsituation des Täters in der Tatsituation – Rechnung zu tragen.

733 Auch die Zulässigkeit der **Untersuchungshaft** ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu bewerten, wird doch in die Freiheit der Person eingegriffen, obwohl in diesem Verfahrensstadium verfassungsrechtlich die Schuldlosigkeit vermutet wird (die Unschuldsvermutung ist im Rechtsstaatsprinzip verankert⁴⁰; ähnliche Probleme bestehen bei der Abschiebe- und der Auslieferungshaft). Nicht nur das „Ob“ der Haft muss verhältnismäßig sein, sondern auch die Dauer. Aus

³³ BVerfG, NVwZ 2016, 1079 (1080).

³⁴ BVerfGE 128, 326 (327 f.) (EGMR Sicherungsverwahrung); BVerfG, NVwZ 2016, 1079 (1079).

³⁵ BVerfG, NJOZ 2016, 593 (596).

³⁶ Vgl. Rn. 606.

³⁷ BVerfGE 45, 187 (228 f.) (Lebenslange Freiheitsstrafe); für die Verfassungswidrigkeit *Erichsen*, NJW 1976, 1721 ff.

³⁸ Zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 117, 71 (87 f.) (Strafrestaussetzung). Dies hat nichts mit der nachträglichen Sicherungsverwahrung (vgl. Rn. 963) zu tun.

³⁹ Vgl. *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 211 Rn. 10a.

⁴⁰ BVerfGE 133, 168 (202) (Verständigungsgesetz). Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 EMRK.

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgt insoweit auch ein **Beschleunigungsgebot**. Der Staat wird hierdurch verpflichtet, die ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um eine rechtskräftige Entscheidung über den Anklagevorwurf herbeizuführen.⁴¹ Wird nicht rechtzeitig Klage erhoben, besteht ein Anspruch des Beschuldigten auf Freilassung. Ein entsprechendes Beschleunigungsgebot folgt auch aus Art. 5 Abs. 3 EMRK, bei dessen Verletzung ein Anspruch des Betroffenen auf Herabsetzung der Strafe im Urteil als Kompensation bestehen kann.⁴²

BVerfGE 19, 342 (347 f.) (Wencker): „In dem Rechtsinstitut der Untersuchungshaft wird das Spannungsverhältnis zwischen dem in Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 GG gewährleisteten Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit und den unabweisbaren **Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung** deutlich sichtbar. Die rasche und gerechte Ahndung schwerer Straftaten würde in vielen Fällen nicht möglich sein, wenn es den Strafverfolgungsbehörden ausnahmslos verwehrt wäre, den mutmaßlichen Täter schon vor der Verurteilung festzunehmen und bis zum Urteil in Haft zu halten. Andererseits ist die volle Entziehung der persönlichen Freiheit durch Einschließung in eine Haftanstalt ein Übel, das im Rechtsstaat grundsätzlich nur dem zugefügt werden darf, der wegen einer gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. Diese Maßnahme schon gegen einen einer Straftat lediglich Verdächtigen zu ergreifen kann nur in streng begrenzten Ausnahmefällen zulässig sein. Dies ergibt sich auch aus der **grundsätzlichen Unschuldsvermutung**, die es ausschließt, auch bei noch so dringendem Tatverdacht gegen den Beschuldigten im Vorgriff auf die Strafe Maßregeln zu verhängen, die in ihrer Wirkung der Freiheitsstrafe gleichkommen. (...) Eine vertretbare Lösung dieses Konflikts zweier für den Rechtsstaat gleich wichtiger Prinzipien lässt sich nur erreichen, wenn den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlich und zweckmäßig erscheinenden Freiheitsbeschränkungen ständige der Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten Beschuldigten als Korrektiv entgegengehalten wird. Dies bedeutet: **Die Untersuchungshaft muss in Anordnung und Vollzug von dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht werden; der Eingriff in die Freiheit ist nur hinzunehmen, wenn und soweit einerseits wegen dringenden auf konkrete Anhaltspunkte gestützten Tatverdachts begründete Zweifel an der Unschuld des Verdächtigen bestehen, andererseits der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann** als dadurch, dass der Verdächtige vorläufig in Haft genommen wird. Die Verfolgung anderer Zwecke durch die Untersuchungshaft ist jedenfalls grundsätzlich ausgeschlossen (...).“

Für Gesetze, die die Freiheit der Person einschränken, gilt das **Zitiergebot** des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG.⁴³ Da Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 104 GG den gleichen Schutzbereich aufweisen, ist zumindest auf ersteres als eingeschränktes Grundrecht zu verweisen. Die Problematik, ob Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG auch auf grundrechtsgleiche Rechte anzuwenden ist, ist damit im Ergebnis unerheblich.⁴⁴

734

bb) Verfahren bei der Freiheitsentziehung

Art. 104 Abs. 1–4 GG stellt bestimmte verfahrensmäßige Anforderungen auf, die im Fall der Freiheitsentziehung zu erfüllen sind.

735

⁴¹ BVerfGK 6, 384 ff.; 7, 21 ff.; 140 ff.; hierzu *Jahn*, NJW 2006, 652 ff.

⁴² Vgl. EGMR, NVwZ-RR 2006, 513 ff. (Dzelili Deutschland).

⁴³ Vgl. Rn. 759 ff.

⁴⁴ Vgl. *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 2 Rn. 95; Art. 104 Rn. 4; Art. 19 Rn. 4; für eine Anwendung auf grundrechtsgleiche Rechte *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 1 Rn. 34.

(1) Freiheitsentziehung nach vorheriger richterlicher Anordnung

736 Gemäß Art. 104 Abs. 2 GG steht die Entziehung der Freiheit unter einem **Richter-vorbehalt**. Das bedeutet, dass die Freiheitsentziehung durch den Richter (vorher) angeordnet werden muss. Diese Verfahrensregelung tritt neben die Anforderungen, die Abs. 1 aufstellt, sodass in jedem Fall eine ausreichend präzisierte gesetzliche Ermächtigung unabdingbare Voraussetzung ist. Für Festnahmen zum Zwecke der Strafverfolgung ist zusätzlich Art. 104 Abs. 3 GG zu beachten. Abs. 2 gilt demgegenüber für alle Freiheitsentziehungen, d. h. nicht nur in „kriminellen“, sondern auch in „fürsorgerischen“ Fällen. Somit ist beispielsweise die Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt oder die Einweisung eines Kindes in ein geschlossenes Heim nur unter Beachtung des Art. 104 Abs. 2 GG zulässig.

737 Nach Art. 104 Abs. 4 GG ist von jeder richterlichen Entscheidung bzgl. der Anordnung oder Fortdauer der Freiheitsentziehung ein Angehöriger oder eine sonstige Vertrauensperson wie z. B. der Wahlverteidiger zu benachrichtigen. Bei der Pflicht zur Benachrichtigung handelt es sich um ein subjektives Recht des Festgenommenen und nicht des zu Benachrichtigenden,⁴⁵ was zur Folge hat, dass nach überwiegender Ansicht der Betroffene auf die Benachrichtigung verzichten kann. Jedoch soll dies unter dem Vorbehalt gelten, dass ein Richter die Verzichtsgründe daraufhin überprüft, ob nicht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Benachrichtigung der in Abs. 4 genannten Personen besteht.⁴⁶

(2) Freiheitsentziehung ohne vorherige richterliche Anordnung

738 Grundsätzlich muss *vor* einer freiheitsentziehenden Maßnahme die Entscheidung eines Richters eingeholt werden. Nach Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG ist es jedoch in Ausnahmefällen möglich, eine richterliche Entscheidung erst nachträglich, d. h. nach Beginn der Freiheitsentziehung, einzuholen. Ein solcher Ausnahmefall ist nur gegeben, wenn „der mit der Freiheitsentziehung verfolgte Zweck nicht erreichbar wäre, wenn der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste“.⁴⁷ Die richterliche Entscheidung muss unverzüglich eingeholt werden. „**Unverzüglich**“ bedeutet dabei nicht, wie es beispielsweise die Legaldefinition in § 121 Abs. 1 BGB bestimmt, „ohne schuldhaftes Zögern“. Vielmehr muss jede Verzögerung sachlich zwingend geboten sein, was anhand eines objektiven Maßstabes zu beurteilen ist.⁴⁸ Der Staat ist wiederum verpflichtet, eine schnelle richterliche Entscheidung zu ermöglichen. Zur Tageszeit muss ein Richter erreichbar sein, zur Nachtzeit muss ein richterlicher Bereitschaftsdienst jedenfalls dann bestehen, wenn ein praktischer Bedarf besteht, der über den Ausnahmefall hinausgeht.⁴⁹ Dies kann bei Großereignissen wie dem Castor-Transport der Fall sein. Darüber hinaus gelten die allgemeinen Anforderungen des Art. 104 Abs. 1 GG.

⁴⁵ BVerfGE 16, 119 (122) (Benachrichtigungspflicht); BVerwG, NJW 1985, 339 (339).

⁴⁶ Nach BVerfGE 16, 119 (123 f.) (Benachrichtigungspflicht) ist die Zulässigkeit des Verzichts restriktiv zu handhaben. Vgl. zur Benachrichtigungspflicht *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 43.

⁴⁷ BVerfGE 22, 311 (317) (Arreststrafe).

⁴⁸ BVerfGE 105, 239 (249) (Richtervorbehalt); BVerwGE 45, 51 (63).

⁴⁹ BVerfGE 2, 176 (178); 7, 87 (102).

Für den zeitlichen Rahmen, in dem eine richterliche Entscheidung herbeizuführen ist, gilt Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG: Die Entscheidung ist spätestens bis zum Ablauf des auf die Festnahme folgenden Tages (24 Uhr) einzuholen. Unerheblich ist, ob dieser Tag ein Sonn- oder Feiertag ist. Das bedeutet, dass die Polizei längstens für nicht ganz 48 Stunden eine Person aus eigener Machtvollkommenheit festhalten darf. Nach Ablauf dieser Frist ist der Festgenommene freizulassen. Der Richter hat eigene Erwägungen anzustellen und darf sich nicht auf die Plausibilitätsprüfung der Exekutive verlassen. Er muss also selbst die Tatsachen feststellen, die für einen Haftbefehl erforderlich sind.⁵⁰

739

(3) Festnahme zur Strafverfolgung

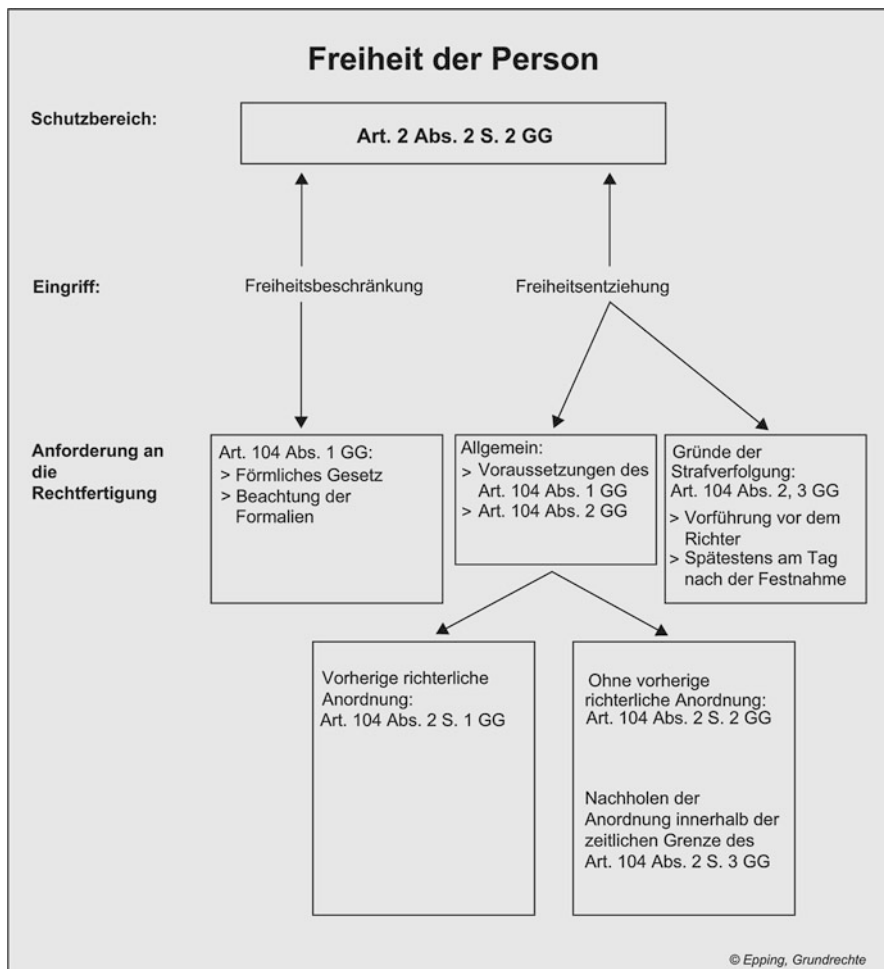
Art. 104 Abs. 3 GG stellt besondere Anforderungen für die Strafverfolgung auf. Bei Festnahmen durch die Polizei zum Zwecke der Strafverfolgung geht Abs. 3 dem Abs. 2 vor. Wegen des Verdachts einer Straftat festgenommene Personen (z. B. nach § 127 Abs. 2 StPO) sind spätestens am Tag nach der Festnahme dem Richter vorzuführen. „Vorführen“ ist dabei wörtlich zu nehmen; gemeint ist eine persönliche Gegenüberstellung, bei der die Gründe der Festnahme mitzuteilen sind und der Festgenommene die Möglichkeit zum Vorbringen von Einwendungen hat. Für den Umfang der Prüfungspflicht des Richters gelten dieselben Voraussetzungen wie im Rahmen des Abs. 2.

740

BVerfGE 83, 24 (33 f.) (Polizeigewahrsam): „Den Anforderungen des Art. 104 GG ist auch in Eilfällen nicht genügt, wenn sich der Richter in Anwendung des § 12 FGG (Anm.: Amtsermittlungsgrundsatz) bei seiner Ermittlungstätigkeit lediglich auf die Prüfung beschränkt, ob die von der Polizei vorgetragenen Gründe für eine Freiheitsentziehung plausibel erscheinen. Der Richter hat nach Art. 104 Abs. 2 GG über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung selbst zu entscheiden und die Verantwortung dafür zu übernehmen, dass der Gewahrsam unerlässlich ist, um den Betr. an der unmittelbar bevorstehenden Begehung einer rechtswidrigen Tat zu hindern (...). Die richterliche Entscheidung wirkt konstitutiv und enthält nicht nur eine Genehmigung oder Bestätigung einer vorgängigen Verwaltungsentscheidung (...). **Der Richter muss deshalb selbst die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen. Die Schwere des Grundrechtseingriffs gebietet insbesondere eine eingehende Prüfung der Erforderlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme.** Als Mittel eigener richterlicher Sachaufklärung stehen bei eilbedürftigen Entscheidungen insbesondere die Akten, die sichergestellten Sachen, die Aussagen der beteiligten Beamten und die persönliche Anhörung des Betroffenen zur Verfügung.“

⁵⁰ BVerfGE 83, 24 (33 f.) (Polizeigewahrsam).

741



III. Freizügigkeit (Art. 11 GG)

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

742

Bei Art. 11 GG handelt es sich um ein Deutsches-Grundrecht, auf das sich nur Deutsche im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG berufen können. Für Ausländer bleibt die Möglichkeit, sich auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und – soweit betroffen – die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zu berufen.⁵¹ Auch juristische Personen können sich gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf das Grundrecht der Freizügigkeit berufen. Zwar

⁵¹ Pieroth, JuS 1985, 81 (82). Vgl. zum Schutz von EU-Bürgern Rn. 583 f.

ist in diesem Fall nicht die personale Lebensgestaltung betroffen, jedoch dient die Freizügigkeit auch der Entwicklung des Wirtschaftslebens.⁵²

b) Sachlicher Schutzbereich

Art. 11 GG schützt die Freizügigkeit im gesamten Bundesgebiet. **Freizügigkeit** bedeutet das Recht, als Ausdruck selbstbestimmter Lebensgestaltung⁵³ „an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen“⁵⁴, wie es bereits im Wortlaut des § 133 Paulskirchenverfassung zum Ausdruck gekommen ist. „**Wohnsitz**“ ist gegenüber „Aufenthalt“ der speziellere Begriff und wird als „ständige Niederlassung an einem Ort“ definiert (vgl. die Legaldefinition in § 7 Abs. 1 BGB). „Ständige Niederlassung“ ist die Aufenthaltsnahme mit dem rechtsgeschäftlichen Willen, nicht nur vorübergehend zu bleiben, sondern den Ort zum Mittelpunkt oder Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse zu machen.⁵⁵ „**Aufenthalt**“ bedeutet vorübergehendes Verweilen. In Anbetracht des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Abs. 2 scheint eine restriktive Schutzbereichsinterpretation geboten. Umstritten ist, ob für den Aufenthalt eine gewisse Zeitdauer erforderlich ist, sodass ein bloß stundenweiser Aufenthalt nicht von Art. 11 GG geschützt wird, oder ob auf diese zusätzliche Voraussetzung verzichtet werden kann.⁵⁶ Eine zeitliche Grenze wäre jedoch willkürlich gesetzt, da für die persönliche Entfaltung auch ein kurzfristiges Verweilen erheblich sein kann. Vielmehr ist der „Aufenthalt“ danach zu bestimmen, dass Art. 11 GG – anders als Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – mehr als eine allgemeine Bewegungsfreiheit erfordert. Zu verlangen ist, dass der Aufenthalt von gewisser Bedeutung für den Einzelnen ist (man könnte auch von einer Persönlichkeitsrelevanz sprechen), wofür die Dauer als Indiz herangezogen werden kann.⁵⁷ Unstreitig ist dagegen die Zweckneutralität des Art. 11 GG, d. h. für den Schutz der Freizügigkeit ist es unerheblich, zu welchem Zweck sie in Anspruch genommen wird.

Art. 11 GG schützt zunächst den Zuzug an einen Ort, um dort Aufenthalt oder Wohnsitz zu nehmen. Insofern geht es um die **Freiheit des Ziehens**. Darüber hinaus wird auch der Verbleib an dem in Ausübung des Freizügigkeitsgrundrechts gewählten Ort geschützt.⁵⁸ Art. 11 GG erfasst damit die „**negative Freizügigkeit**“. Ein **Recht auf Heimat** im Sinne des mit dem gewählten Wohnsitz dauerhaft verbundenen städtebaulichen und sozialen Umfelds lehnt das BVerfG ab.⁵⁹

Ein **Anspruch auf einzelne Leistungen** lässt sich Art. 11 GG nicht entnehmen. Weder hat der Einzelne ein Recht auf Bereitstellung einer Wohnung, noch

⁵² Vgl. Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, S. 110 ff.

⁵³ BVerfG, NVwZ 2014, 211 (223) (Garzweiler II).

⁵⁴ BVerfGE 2, 266 (273) (Notaufnahme); 43, 203 (211) (CSSR-Vertrag). Vgl. zur historischen Entwicklung Hetzer, JR 2000, 3 ff.

⁵⁵ Pieroth, JuS 1985, 81 (83).

⁵⁶ Vgl. zu diesem Streit Kunig, Jura 1990, 306 (307 f.); Pieroth, JuS 1985, 81 (83).

⁵⁷ Vgl. Epping, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, S. 123 f.; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 11 Rn. 27 f.; Kunig, Jura 1990, 306 (308).

⁵⁸ BVerfGE 134, 242 (324) (Garzweiler II).

⁵⁹ BVerfGE 134, 242 (328) (Garzweiler II).

743

744

745

werden bestimmte Fortbewegungsmittel⁶⁰ garantiert. Schließlich wirkt Art. 11 GG mittelbar auf Privatrechtsverhältnisse ein, beispielsweise wenn durch Tarifvertrag der Arbeitnehmer verpflichtet wird, in der Nähe des Arbeitsplatzes seinen Wohnsitz zu nehmen.⁶¹

746

Weitgehend wird der Schutzbereich des Art. 11 GG auch auf die **Einreise** (Zuzug zum Aufenthalt) und die **Einwanderung** (Zuzug zur Wohnsitzbegründung) in das Bundesgebiet ausgedehnt, auch wenn der recht eindeutige Wortlaut von „Freizügigkeit im Bundesgebiet“ spricht. Nicht dagegen geschützt wird nach weithin geteilter Auffassung die **Ausreisefreiheit** bzw. die **Auswanderungsfreiheit**.⁶² Diese soll nur von der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) umfasst werden.⁶³ Als Begründung lässt sich u. a. anführen, dass auch in Art. 111, 112 WRV die Freizügigkeit von der Auswanderungsfreiheit unterschieden wurde.

BVerfGE 6, 32 (34 ff.) (Elfes): „Art. 11 Abs. 1 GG gewährleistet die Freizügigkeit ‚im ganzen Bundesgebiet‘. Schon dieser **Wortlaut** spricht nicht dafür, dass auch ein Grundrecht auf freie Ausreise aus dem Bundesgebiet gewährt werden sollte. Auch die **Entstehungsgeschichte** der Vorschrift gibt dafür keinen Anhalt. Das Grundrecht der Freizügigkeit darf nur unter bestimmten in Art. 11 Abs. 2 GG einzeln aufgeführten Voraussetzungen gesetzlich eingeschränkt werden. **Bei der Formulierung der Einschränkungstatbestände hat der Grundgesetzgeber offensichtlich an Beschränkungen der innerstaatlichen Freizügigkeit gedacht; die herkömmlichen und sachgerechten Beschränkungen der Ausreisefreiheit sind nicht erwähnt.** Die Ausreise aus dem Staatsgebiet kann in vielen Ländern – auch in freiheitlichen Demokratien – seit langem mittels der Passversagung aus Gründen der Staatssicherheit beschränkt werden. In Deutschland gelten entsprechende Vorschriften ununterbrochen seit dem ersten Weltkrieg (...). Es ist nicht anzunehmen, dass der Grundgesetzgeber, wenn er in Art. 11 GG ein Grundrecht der Ausreisefreiheit hätte gewähren wollen, den wichtigen und seit langem bestehenden Einschränkungsgund der Staatssicherheit übersehen haben sollte. Näher liegt die Annahme, dass er die Ausreisefreiheit in Art. 11 Abs. 1 GG nicht garantieren wollte. (...) Bei dieser Sachlage kann sich das BVerfG nicht davon überzeugen, dass es aus Gründen der **Systematik** geboten sei – wie es im Schrifttum vertreten wird –, das Recht auf freie Ausreise in die in Art. 11 GG garantierte Freizügigkeit einzubeziehen. Dennoch entbehrt die Ausreisefreiheit als **Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit** nicht eines angemessenen grundrechtlichen Schutzes (Art. 2 Abs. 1 GG).“

2. Eingriffe

747

Eingriffe in Art. 11 GG sind in der Behinderung oder Beeinträchtigung des freien Ziehens zu sehen. Nach verbreiteter Ansicht sind nur **unmittelbare Beeinträchtigungen** als Eingriffe in Art. 11 GG zu qualifizieren, ein Element des Schutzbereichs also zum Anknüpfungspunkt einer staatlichen Maßnahme gemacht wird. Allgemeine Gesetze, die nicht gezielt die Freizügigkeit betreffen, stellen damit keine

⁶⁰ BVerfGE 80, 137 (150) (Reiten im Walde).

⁶¹ BAG, NZA 2007, 343 ff.

⁶² BVerfGE 2, 266 (273) (Notaufnahme); 6, 32 (34 ff.) (Elfes); BVerwGE 3, 130 (132); *Pieroth*, JuS 1985, 81 (84); für einen Schutz der Ausreisefreiheit *Epping*, Die Außenwirtschaftsfreiheit, 1998, S. 129 ff.

⁶³ Vgl. Rn. 550.

Eingriffe in den Schutzbereich dar. Begründet wird dies u. a. damit, dass Art. 11 Abs. 2 GG nur Einschränkungsmöglichkeiten für unmittelbare Eingriffe enthält.⁶⁴ Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen können aber ausnahmsweise dann ausreichen, wenn sie nach Intention und Intensität mit einem klassischen Grundrechtseingriff – final, unmittelbar und durch Gebot oder Verbot – vergleichbar sind.⁶⁵ Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass freiheitsentziehende Maßnahmen nicht an Art. 11 GG, sondern grundsätzlich an Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen sind, der hierfür durch Art. 104 GG besondere Voraussetzungen aufstellt. Anders ist dies allerdings dann, wenn sich die Freiheitsentziehung gerade gegen die Ausübung der Freizügigkeit richtet; derartige Maßnahmen sind (auch) an Art. 11 GG zu messen.⁶⁶

BVerfGE 134, 242 (325) (Garzweiler II): „Das Grundrecht auf Freizügigkeit berechtigt allerdings nicht dazu, an Orten im Bundesgebiet Aufenthalt zu nehmen und zu verbleiben, an denen Regelungen zur Bodenordnung oder Bodennutzung einem Daueraufenthalt entgegenstehen und so bereits den Zuzug ausschließen oder einschränken oder, wenn sie erst nachträglich aufgestellt werden, letztlich zum Wegzug zwingen. Solche **Regelungen** betreffen jedenfalls dann nicht den Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 GG, wenn sie **allgemein gelten und nicht gezielt die Freizügigkeit bestimmter Personen oder Personengruppen treffen sollen.**“

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a) Schranken

Art. 11 GG steht unter einem **qualifizierten Gesetzesvorbehalt**. Nach Art. 11 Abs. 2 GG darf in das Recht auf Freizügigkeit durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. Im Schrifttum wird dazu beinahe einhellig unter Verweis auf eine Entscheidung des BVerwG⁶⁷ vertreten, dass ein „Gesetz“ i. S. v. Art. 11 Abs. 2 GG stets ein förmliches, d. h. ein vom Parlament beschlossenes Gesetz sein muss.⁶⁸ Eine Begründung für diese der Norm in keiner Weise zu entnehmende Einschränkung wird jedoch nicht gegeben. Offenbar beruht die Entscheidung des BVerwG auf einem überholten Verständnis des Begriffs des „Gesetzes“. Der Begriff des „Gesetzes“ bei Gesetzesvorbehalten meint üblicherweise ein Gesetz im materiellen Sinne, wozu neben Parlamentsgesetzen auch Rechtsverordnungen zu zählen sind.⁶⁹ Will das Grundgesetz hiervon eine Ausnahme machen, spricht es – wie in Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG – von einem „förmlichen“ Gesetz. Die Begrenzung des Gesetzesbegriffs auf förmliche Gesetze ist zudem angesichts des individualschützenden Zwecks der Grundrechte nicht erforderlich. Der in diesem Zusammenhang zu nennende Vorbehalt des Gesetzes bei Grundrechtseingriffen

748

⁶⁴ Kunig, in: v. Münch/Kunig, Art. 11 Rn. 19; Pieroth, JuS 1985, 81 (85).

⁶⁵ BVerfGE 110, 177 (191) (Freizügigkeit von Spätaussiedlern); Kunig, Jura 1990, 306 (309). Vgl. zum Eingriffsbegriff Rn. 390 ff.

⁶⁶ So im Ergebnis Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 11 Rn. 25.

⁶⁷ BVerwGE 11, 133 (134).

⁶⁸ Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 11 Rn. 52; Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 11 Rn. 11; Kunig, Jura 1990, 306 (311).

⁶⁹ Vgl. Rn. 43.

dient allein dazu, deren Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit zu gewährleisten sowie Willkür auszuschließen.⁷⁰ Dieses Ziel kann mit der Rechtsverordnung in gleichem Maße wie mit dem Parlamentsgesetz erreicht werden. Der Vorbehalt des Gesetzes dient hingegen nicht der Absicherung der Kompetenzen des Parlaments. Wann ein Parlamentsvorbehalt eingreift, bestimmt sich vielmehr nach der Wesentlichkeitstheorie.⁷¹

749 „Gesetze“ i. S. v. Art. 11 Abs. 2 GG sind grundsätzlich Bundes- und Landesgesetze. Ein besonderes Problem weisen allerdings die freizügigkeitsbeschränkenden landesrechtlichen Befugnisnormen insbesondere im Gefahrenabwehrbereich auf. Schließlich hat der Bundesgesetzgeber nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG die ausschließliche **Gesetzgebungskompetenz für die Freizügigkeit**, was einschränken des Landesrecht ausschließen würde.⁷² Dagegen wird allerdings argumentiert, dass die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 3 GG zwar die gesetzliche Ausgestaltung der Freizügigkeit umfasse, aber nicht die herkömmliche Regelungszuständigkeit der Länder im Bereich der Abwehr unmittelbarer Gefahren verdränge. Denn der Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG beziehe sich teilweise (z. B. Katastrophenschutz, Vorbeugung vor Straftaten) auf Gegenstände der Landesgesetzgebung. In diesem Umfang stehe weiterhin den Bundesländern die Gesetzgebungszuständigkeit zu. Daher werde das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht bzw. Gefahrenabwehrrecht nicht erfasst.⁷³

750 Weiterhin enthält **Art. 17a Abs. 2 GG** einen Gesetzesvorbehalt, da in Gesetzen, die der Verteidigung und dem Schutz der Zivilbevölkerung dienen, freizügigkeitsbeschränkende Maßnahmen getroffen werden dürfen.

b) Schranken-Schranken

751 Wie bei allen Grundrechten müssen Eingriffe in den Schutzbereich dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** genügen, d. h. sie müssen einem legitimen Zweck dienen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein. Welche **Zwecke** verfolgt werden dürfen und damit „legitim“ sind, zählt Art. 11 Abs. 2 GG abschließend auf:

- 752** • **Fehlende ausreichende Lebensgrundlage** und daraus entstehende besondere Lasten der Allgemeinheit: Eine ausreichende Lebensgrundlage ist gegeben, „wenn vernünftigerweise nach Beruf, Alter und Gesundheit des Antragstellers die Erwartung begründet ist, dass er sich den Lebensmindestbedarf selbst werde verdienen können.“⁷⁴ Wie sich aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 117 Abs. 2 GG ergibt, gehört das ausreichende Vorhandensein von Wohnraum nicht zur ausreichenden Lebensgrundlage.
- 753** • **Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes** (sog. innerer Notstand): Der Begriff „Bestand des Bundes oder eines Landes“ taucht nicht nur in

⁷⁰ Vgl. Rn. 404.

⁷¹ Vgl. Rn. 405.

⁷² Vgl. etwa *Waechter*, NdsVBl. 1996, 197 ff.

⁷³ OVG Bremen, NVwZ 1999, 314 (315 f.); *Schoch*, Jura 2005, 37 f.

⁷⁴ BVerwGE 3, 135 (140).

Art. 11 GG auf, sondern wird auch in Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 21 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 73 Abs. 1 Nr. 10b GG verwendet. „Bestand“ erfasst Bevölkerung, territoriale Integrität und Handlungsfähigkeit des Staates. Der Begriff der freiheitlich demokratischen Grundordnung ist auch in Art. 18 S. 1 GG enthalten und deckungsgleich mit dem der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 9 Abs. 2 GG⁷⁵ und Art. 98 Abs. 1 S. 2 GG.

- **Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen:** Mit „Seuchengefahr“ ist nicht jede Gesundheitsgefahr gemeint. Erforderlich ist, dass es sich um eine Krankheit handelt, die unmittelbar oder mittelbar auf den Menschen übertragen werden kann (vgl. § 1 InfektionsschutzG). Naturkatastrophen und Unglücksfälle zeichnen sich durch die Unvorhersehbarkeit der Gefahrverwirklichung und die Bedrohung einer Vielzahl von Personen bzw. eines größeren Gebietes aus. Naturkatastrophen gehen auf die Naturgewalten zurück, während Unglücksfälle auf menschlicher Gefährdung beruhen. Dazu ist beispielsweise die Evakuierung der Bevölkerung auf Grund einer Bombenräumung zu rechnen. 754
- **Schutz der Jugend vor Verwahrlosung:** Unter „Jugend“ sind in diesem Sinne nach h. M. alle Personen gemeint, die das 18. Lebensjahr noch nicht erreicht haben.⁷⁶ Verwahrlosung meint dabei eine Gefährdung des Wohls von Kindern und Jugendlichen in körperlicher, seelischer oder geistiger Hinsicht, insbesondere wenn dadurch die Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit gefährdet wird.⁷⁷ 755
- **Schutz vor strafbaren Handlungen:** Erforderlich ist, dass es sich um präventive Maßnahmen handelt; repressives Einschreiten (Untersuchungshaft, Freiheitsstrafe etc.) wird also nicht erfasst. Beispiele sind § 56c Abs. 2 Nr. 1 StGB (aufenthaltsbezogene Weisungen bei Strafaussetzung zur Bewährung), § 68b StGB (aufenthaltsbezogene Weisungen der Führungsaufsicht) und § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2 JGG (aufenthaltsbezogene Erziehungsmaßnahmen). 756

Ob darüber hinaus eine Rechtfertigung durch **kollidierendes Verfassungsrecht** 757 möglich ist, ist wie auch bei anderen Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt problematisch.⁷⁸ Das BVerfG hat beispielsweise entschieden, dass die Freizügigkeit von Minderjährigen durch das in Art. 6 Abs. 2 GG verankerte elterliche Sorgerecht begrenzt werden kann.⁷⁹ Bei jedem Eingriff ist schließlich das **Zitiergebot** des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG zu beachten.

⁷⁵ Vgl. Rn. 893.

⁷⁶ Vgl. nur Durner, in: Maunz/Dürig, Art. 11 Rn. 148. Das Jugendschutzgesetz differenziert zwar zwischen Kindern – Personen unter 14 Jahre, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG – und Jugendlichen – Personen über 14 und unter 18 Jahren, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 JuSchG – erfasst aber auch beide.

⁷⁷ BVerfGE 60, 79 (91); Durner, in: Maunz/Dürig, Art. 11 Rn. 148.

⁷⁸ Vgl. Rn. 89.

⁷⁹ BVerfG, NJW 1996, 3145 (3146).

4. Konkurrenzen

- 758** Art. 11 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG sind wie folgt voneinander **abzugrenzen**: Die Freizügigkeitsgarantie des **Art. 11 GG** beinhaltet das Recht jedes Deutschen, im Bundesgebiet Aufenthalt und Wohnung zu *nehmen*. Ausgehend hiervon schützt Art. 11 GG die Fälle, in denen der Grundrechtsträger einen Ort aufsuchen möchte, um dort Aufenthalt oder Wohnung zu nehmen. Damit gilt Art. 11 GG für die „*Hinbewegungsfreiheit*“. Die Einreisefreiheit in das Bundesgebiet wird exklusiv von Art. 11 GG geschützt. Demgegenüber erfasst **Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG** die körperliche *Fortbewegungsfreiheit*, also die Freiheit, einen Ort zu verlassen, hingegen nicht die Freiheit, einen Ort aufzusuchen. Bestimmte Anforderungen an den Zweck der Fortbewegung werden nicht gestellt. Soweit sich die Schutzbereiche der beiden Grundrechte überschneiden, sind beide Grundrechte nebeneinander anzuwenden; es sind also die jeweiligen Schranken-Schranken zu berücksichtigen.⁸⁰ Ein solcher Fall ist etwa dann gegeben, wenn eine Freiheitsentziehung erfolgt, um den Aufenthalt in einem bestimmten Gebiet zu verhindern.

IV. Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)

- 759** Nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG muss das grundrechtseinschränkende Gesetz den eingeschränkten Artikel nennen (Zitiergebot).⁸¹ Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG auch für Änderungsgesetze, die zu neuen Grundrechtseinschränkungen führen.⁸² Ein Gesetz, das hiergegen verstößt, verletzt das eingeschränkte Grundrecht und ist demnach nichtig.⁸³
- 760** Zweck des Zitiergebotes ist es, den Gesetzgeber vor der Einschränkung von Grundrechten zu warnen und ihm die Auswirkungen seines Gesetzes vor Augen zu führen, indem ihm die Pflicht auferlegt wird, bei Erlass eines Gesetzes die Folgen zu bedenken (**Warn- und Besinnungsfunktion**). Der Gesetzgeber muss sich über die Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte ausdrücklich Rechenschaft ablegen.⁸⁴ Weiterhin kommt dem Zitiergebot eine **Klarstellungsfunktion**⁸⁵ für die Gesetzesauslegung und -anwendung zu. *Herzog* spricht treffend von einer psychologischen Schranke.⁸⁶ Das BVerfG hat die Befürchtung geäußert, dass der Gesetzgeber durch das Zitiergebot in seiner Arbeit unnötig behindert werden und das Zitiergebot selbst zu einer leeren Förmlichkeit erstarren könnte.⁸⁷ Deshalb wird das Zitiergebot restriktiv angewendet und bei jedem Grundrecht die Frage gestellt, ob

⁸⁰ Ebenso *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 74, 92 (Idealkonkurrenz); anders *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 2 Rn. 111 (Spezialität des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG).

⁸¹ Beispielsweise § 20 VersG und § 22 Abs. 2 GastG.

⁸² BVerfGE 113, 348 (366 ff.) (Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen).

⁸³ BVerfGE 5, 13 (15 f.) (Blutgruppenuntersuchung).

⁸⁴ BVerfGE 120, 274 (343) (Grundrecht auf Computerschutz).

⁸⁵ Vgl. *Singer*, DÖV 2007, 496 (497 f.).

⁸⁶ *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 1 Rn. 48 (Erstbearbeitung).

⁸⁷ BVerfGE 35, 185 (188) (Haftgrund Wiederholungsgefahr).

das Zitiergebot den genannten Zwecken dienen kann. So geht das BVerfG davon aus, dass Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG nur bei klassischen Eingriffen Anwendung findet, da es bei faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen zumeist an der Voraussehbarkeit fehlt.⁸⁸ Auch bei Änderungsgesetzen findet das Zitiergebot Anwendung, wenn hierdurch die Eingriffsmöglichkeiten deutlich erweitert werden.⁸⁹

Wie sich aus dem Zusammenhang des Art. 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG ergibt, gilt das Zitiergebot nur für Grundrechte, die unter Gesetzesvorbehalt stehen. Das bedeutet, dass bei vorbehaltlos gewährten Grundrechten Art. 19 Abs. 1 GG keine Anwendung findet. Das Zitiergebot findet ebenfalls keine Anwendung bei Grundrechten, die unter einem Regelungsvorbehalt stehen.⁹⁰

761

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Zu prüfen ist das Zitiergebot im Rahmen der formellen Verfassungsmäßigkeit bei jedem in Frage kommenden Grundrecht einzeln.

762

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Pflicht zur Nachschulung wegen Begehung einer Verkehrsordnungswidrigkeit (Schutz der negativen Freiheit) (Rn. 720 f.).
- Freiheit der Ausreise (beispielsweise bei Ausreisebeschränkungen für Hooligans; vgl. VGH Mannheim, DVBl. 2000, 1630 ff.) (Rn. 560, 746).
- Aufenthaltsverbote/Platzverweise (beispielsweise gegen Bettler, die offene Drogenszene oder gewalttätige Ehemänner, vgl. *Traulsen*, JuS 2004, 414 ff.) (Zur Persönlichkeitsrelevanz vgl. Rn. 726 und 743).

763

⁸⁸ BVerfGE 28, 36 (46 f.) (Zitiergebot). Vgl. *Sachs*, VerfR II, Kap. A 10 Rn. 25.

⁸⁹ BVerfGE 129, 208 (237) (TKÜ-Neuregelung).

⁹⁰ Vgl. im Einzelnen *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, Art. 19 Rn. 15 ff., m. w. N. auf die Rechtsprechung des BVerfG und die gegenteiligen Ansichten in der Literatur.

Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG findet nach Ansicht des BVerfG keine Anwendung,

- a) wenn die Grundrechtseinschränkung auf den vorkonstitutionellen Gesetzgeber zurückgeht:
 - vorkonstitutionelle Gesetze.
 - nachkonstitutionelle Gesetze, die bereits geltende Grundrechtsbeschränkungen unverändert oder mit geringen Abweichungen wiederholen oder auf sie verweisen (diese Ausnahme des BVerfG ist zweifelhaft, da das Zitiergebot seine Warn- und Klarstellungsfunktion noch erfüllen kann).
- b) wenn es an einer Einschränkung i.S.d. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG fehlt:
 - Fixierung verfassungsimmanenter Schranken aus kollidierendem Verfassungsrecht.
 - Regelungsvorbehalte (z.B. Art. 12 Abs. 2 S. 1 GG; diese Ausnahme ist zweifelhaft, da das BVerfG den Regelungsvorbehalt wie einen Eingriffsvorbehalt anwendet).
 - Ausgestaltungen (z.B. bei Art. 14, 9 und 6 GG).
 - Gleichheitsrechte (Art. 3 GG).
- c) wenn das Zitiergebot zur leeren Förmlichkeit erstarren würde, da es weder den Gesetzgeber warnen noch bei der Auslegung zur Klarstellung beitragen kann:
 - Gesetze, die in Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen, da dieses Grundrecht nur unter Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet ist (außerdem wäre hier das Zitiergebot bedeutungslos, da praktisch jedes Gesetz die allgemeine Handlungsfreiheit beeinträchtigt).
 - enteignende Gesetze. Die Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG übernimmt die gleiche Funktion wie das Zitiergebot.
 - bei den allgemeinen Gesetzen des Art. 5 Abs. 2 GG, da - ähnlich wie bei Art. 2 Abs. 1 GG - die meisten Gesetze eine einschränkende Wirkung haben können.
 - Offenkundigkeit der Grundrechtseinschränkung (sehr umstritten).

Bedeutung hat das Zitiergebot allein für:

Art. 2 Abs. 2, Art. 6 Abs. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 10, Art. 11, Art. 13 und Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG.

Kapitel 16: Gleichheitsrechte

Literatur:

Albers, Marion, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, 965 ff.; *Britz, Gabriele*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346 ff.; *Brüning, Christoph*, Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit, JZ 2001, 669 ff.; *Bryde, Brun-Otto/Kleindiek, Ralf*, Der allgemeine Gleichheitssatz, Jura 1999, 36 ff.; *Jarass, Hans D.*, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG, NJW 1997, 2545 ff.; *Lehner, Roman*, Diskriminierungen im allgemeinen Privatrecht als Grundrechtsproblem, JuS 2013, 410 ff.; *Sachs, Michael/Jasper, Christian*, Der allgemeine Gleichheitssatz, JuS 2016, 769 ff.; *Scherzberg, Arno/Mayer, Matthias*, Die Prüfung des Gleichheitssatzes in der Verfassungsbeschwerde, JA 2004, 137 ff.

Fallbearbeitungen:

Brinktrine, Ralf/Sarčević, Edin, Klausur Nr. 2 (S. 25 ff.); *Degenhart, Christoph*, I, Fall 10 (S. 148 ff.), II, Fälle 1 (S. 48 ff.), 5 (S. 134 ff.), 10 (S. 248 ff.); *Höfling, Wolfram*, Fälle 6 (S. 55 ff.), 16 (S. 191 ff.); *Kadelbach, Stefan/Müller, Lisa/Assakkali, Mohamed*, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Grundrechte – Organspende und Widerspruchslösung, JuS 2012, 1093 ff.; *Pieroth, Bodo/Görisch, Christoph/Hartmann, Bernd J.*, Hausarbeit Nr. 2 (S. 55 ff.), Nr. 4 (S. 99 ff.); *Schwarz, Kyrill-A.*, Grundfälle zu Art. 3 GG, JuS 2009, 315 ff., 417 ff.; *Volkman, Uwe*, Fall 11 (S. 325 ff.).

Leitentscheidungen:

BVerfGE 1, 14 ff. (Südweststaat); 33, 303 ff. (numerus clausus I); 55, 72 ff. (Präklusion I); 75, 40 ff. (Privatschulfinanzierung I); 82, 126 ff. (Kündigungsfristen für Arbeiter); 84, 239 ff. (Kapitalertragsteuer); 85, 191 ff. (Nachtarbeitsverbot); 88, 87 ff. (Transsexuelle II); 92, 91 ff. (Feuerwehrrabgabe); 99, 367 ff. (Montan-Mitbestimmung); 129, 49 ff. (BAföG-Teilerlass); 131, 239 ff. (Lebenspartnerschaft von Beamten).

I. Hintergrund

Die Garantie der Gleichheit gehört ebenso wie die klassischen Freiheitsrechte zum **Kernbestand der Verfassungstradition**. Schon in der französischen Revolution richteten sich die Forderungen der Aufständischen nicht bloß auf Freiheit (*liberté*), sondern auch auf Gleichheit (*égalité*), ein Postulat, welches schließlich Eingang in Art. 1 der französischen Verfassung vom 26.8.1791 fand. Bereits während der

765

französischen Revolution war zudem der Zusammenhang von Freiheit und Gleichheit klar erkennbar: Geht man davon aus, dass alle Menschen über unveräußerliche Menschenrechte verfügen, die ihnen kraft ihres Menschseins zukommen, so muss jeder Mensch prinzipiell über die gleichen Rechte und die gleichen Freiheiten verfügen. Besteht aber insofern eine „natürliche“ Gleichheit, so ist es dem Staat grundsätzlich verwehrt, diese vorgegebene Gleichheit zu missachten. Freiheit und Gleichheit gehören zusammen, sie sind zwei Seiten einer Medaille.

766 Gleichwohl ist in jüngerer Zeit immer wieder von **Konflikten zwischen Freiheit und Gleichheit** die Rede. Dies kommt u. a. daher, dass der Begriff der Gleichheit verschiedene Ausprägungen etwa als „Chancengleichheit“ (Gleichheit der Voraussetzungen) und „Ergebnisgleichheit“ (faktische Gleichheit) hat. Konflikte zwischen Freiheit und Gleichheit tauchen häufig dann auf, wenn staatliches Handeln auf Ergebnisgleichheit ausgerichtet ist und unter dieser Prämisse die ungleichen Ergebnisse gesellschaftlicher Prozesse eingreifend und steuernd korrigiert. Ein Beispiel dafür sind die umfangreichen Umverteilungsmechanismen des Steuer- und Sozialsystems. Zudem lässt sich Gleichheit als absolute oder relative Gleichheit verstehen: Besteht Gleichheit dann, wenn jeder absolut den gleichen Betrag an Steuern zahlt? Oder verlangt die Gleichheit, dass jeder relativ entsprechend seiner persönlichen Leistungsfähigkeit besteuert wird? Dieses Beispiel zeigt, dass die nähere Beschreibung dessen, was „gleich“ im Einzelfall bedeutet, stark an den jeweiligen **Gerechtigkeitsvorstellungen** orientiert ist.

767 In Deutschland findet sich der erste umfassende Gleichheitssatz in Art. 137 der Paulskirchenverfassung. Auch die Weimarer Reichsverfassung enthielt mit Art. 109 eine Gleichheitsgarantie. Im Grundgesetz sind die Gleichheitsrechte über zahlreiche Artikel verstreut; neben dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG existieren an verschiedenen Stellen besondere Gleichheitssätze. Gleichheitsrechtliche Regelungen enthalten auch Art. 14 EMRK sowie Art. 5 des Protokolls Nr. 7 vom 22.11.1984 (Ehegatten) und Art. 1 des Protokolls Nr. 12 vom 4.11.2000 zur EMRK (umfassendes Diskriminierungsverbot). Auf der Ebene der Europäischen Union enthalten die Art. 20 ff. GR-Charta umfangreiche gleichheitsrechtliche Vorschriften.

II. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

768 Fall 24: Kündigungsschutz

Anfang Oktober kam es in dem Unternehmen des U zu einer Reihe von Kündigungen. Auch der dort beschäftigte Arbeiter A erhielt eine Kündigung zum Monatsende. Im Kündigungsschreiben weist U zutreffend auf die schlechte Auftragslage hin. A ist über die kurzfristige Kündigung entsetzt und verlangt die Weiterbeschäftigung wenigstens bis zum Jahresende. Als U dies ablehnt, klagt A vor dem zuständigen Arbeitsgericht auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis bis zum Jahresende fortbesteht.

Das Arbeitsgericht ist zwar der Auffassung, die Kündigungen seien gerechtfertigt. U habe auch die Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB eingehalten. Die Klage des A wäre deshalb abzuweisen, wenn die Bestimmung gültig wäre. Das Gericht hat jedoch Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift, weil sie Arbeiter im Vergleich zu Angestellten ungerechtfertigt benachteilige. Die unterschiedlichen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte ließen sich nur historisch erklären, seien aber unter den heutigen Verhältnissen nicht mehr gerechtfertigt. Mit zunehmender Industrialisierung der Büro- und Verwaltungsarbeit vergrößere sich im Angestelltenbereich der Anteil monoton-mechanischer Arbeiten, während das Qualifikationsniveau der Facharbeiterschaft durch den technischen Wandel in der Produktion ständig steige. Die Unterscheidung zwischen beiden Gruppen von Arbeitnehmern lasse sich auch nicht mit einem abweichenden Qualifikationsniveau begründen. Der Schutzzweck des Gesetzes werde durch die kürzeren Kündigungsfristen für Arbeiter verfehlt. Arbeiter seien weit eher von einer Kündigung betroffen als Angestellte.

U hält diese Bedenken für unbegründet. Angestellte seien auch heute noch vorwiegend geistig, Arbeiter vorwiegend manuell tätig. Die längere Kündigungsfrist für Angestellte sei wegen der erhöhten Schutzbedürftigkeit dieser Gruppe auch sachlich gerechtfertigt. Ihre Tätigkeit erfordere in der Regel eine intensivere Qualifikation. Je qualifizierter eine Tätigkeit sei, desto länger dauere es, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Außerdem trete der Angestellte regelmäßig später in das Erwerbsleben ein als der Arbeiter. Ein weiterer sachlicher Grund für die unterschiedlich langen Kündigungsfristen ergebe sich aus einem Interesse der Arbeitgeber. Bei den Angestellten erschwere die höhere und speziellere Qualifikation die Suche nach geeigneten Nachfolgern. Die längere Kündigungsfrist versetze den Arbeitgeber in die Lage, sich frühzeitig um neue Mitarbeiter zu bemühen.

1. Teilen Sie die Bedenken des Arbeitsgerichts bezüglich der Verfassungsmäßigkeit des § 622 Abs. 2 BGB?
2. Welche Möglichkeit hat das Arbeitsgericht, wenn es die Norm des § 622 Abs. 2 BGB im vorliegenden Fall nicht anwenden will?

§ 622 BGB (a. F.)

(1) Das Arbeitsverhältnis eines Angestellten kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Schluss eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. (...)

(2) Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden.

Fall vereinfacht nach BVerfGE 82, 126 ff. (Kündigungsfristen für Arbeiter)

769 Art. 3 Abs. 1 GG formuliert sehr knapp: „Alle Menschen sind *vor* dem Gesetz gleich.“ Angesprochen ist damit dem Wortlaut nach die **Rechtsanwendungsgleichheit**, also die Gleichbehandlung bei der Anwendung der Gesetze durch Verwaltung und Rechtsprechung. Nicht an den Gleichheitssatz gebunden ist bei strenger Orientierung am Wortlaut der Gesetzgeber. Das BVerfG hat den Gleichheitssatz gleichwohl seit jeher auch auf den Gesetzgeber bezogen und Art. 3 Abs. 1 GG eine Garantie der **Rechtsetzungsgleichheit** entnommen.¹ Für die Richtigkeit dieser Auslegung spricht vor allem Art. 1 Abs. 3 GG, der auch den Gesetzgeber an die „nachfolgenden“ Grundrechte, also auch an Art. 3 Abs. 1 GG bindet. Zudem ist eine bloße Rechtsanwendungsgleichheit von nur geringer Schutzintensität, wenn der Gesetzgeber nach Belieben zur Ungleichbehandlung ermächtigt wäre und Verwaltung und Rechtsprechung die ungleichen Gesetze dann gemäß Art. 20 Abs. 3 GG umsetzen müssten. Art. 3 Abs. 1 GG statuiert daher eine umfassende Garantie der Rechtsanwendungs- und Rechtsetzungsgleichheit.²

770 Wie alle Grundrechte entfaltet der allgemeine Gleichheitssatz sowohl objektiv-rechtliche wie auch subjektiv-rechtliche Wirkung: Objektiv-rechtlich verpflichtet der Gleichheitssatz alle staatliche Gewalt zur Gleichbehandlung aller Menschen. In subjektiv-rechtlicher Hinsicht wirken die Gleichheitsrechte als **Abwehrrechte gegen Ungleichbehandlungen**.³ Umstritten ist allerdings, ob die Gleichheitsrechte die Herstellung von Gleichheit als Selbstzweck fordern,⁴ oder ob die Forderung nach Gleichheit der Verwirklichung anderer Ziele dient.⁵ Diese Kontroverse kann sich praktisch in den eher seltenen Fällen auswirken, in denen unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht die eigene Besserstellung, sondern ausschließlich die Schlechterstellung eines Bevorzugten gefordert wird.

771 Art. 3 Abs. 1 GG wirkt in subjektiv-rechtlicher Hinsicht als **derivatives Leistungsrecht**⁶ (auch Teilhaberecht genannt). Unter Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot kann die Teilhabe an Leistungen, Förderungen und Einrichtungen gefordert werden, die der Staat anderen Menschen bereits gewährt. Ein gleichheitswidriger Ausschluss, bei dem eine Begünstigung dem einen Personenkreis gewährt, dem anderen aber vorenthalten wird, ist dem Staat verboten.⁷ In der Praxis hat Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Wirkung als Teilhaberecht – häufig in Verbindung mit Freiheitsrechten oder dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG – große Bedeutung: Da originäre Leistungsrechte aus der Verfassung nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen und daher der Einzelne in aller Regel kein Recht auf Schaffung bestimmter Leistungen hat, möchte er wenigstens, dass die bestehenden Ressourcen gerecht verteilt werden. Dabei geht es regelmäßig um die gleiche, chancengleiche und qualifikationsgerechte Zuteilung von Ansprüchen. Das Recht auf gleiche

¹ BVerfGE 1, 14 (52) (Südweststaat).

² Weitere Argumente bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 358 f.

³ BVerfGE 2, 237 (266) (Hypothekensicherungs-gesetz); 3, 58 (157 f.) (Beamtenverhältnisse).

⁴ *Sachs*, VerfR II, Kap. B 3 Rn. 2 f.

⁵ *Osterloh/Nußberger*, in: *Sachs*, GG, Art. 3 Rn. 40 ff.

⁶ Derivat = abgeleitet/nicht ursprünglich. Vgl. Rn. 18.

⁷ BVerfGE 110, 412 (431) (Teilkinder-geld); 126, 400 (416) (Besteuerung eingetragener Lebens-partnerschaften); 129, 49 (68) (BAföG-Teilerlass).

Teilhabe wird dabei oft zum **Verfahrensrecht**, das sich auf die Organisation und das Verfahren der Leistungsgewährung auswirkt. Für den Zugang zum öffentlichen Dienst trifft Art. 33 Abs. 2 GG eine spezielle Regelung.

Ein bekanntes Beispiel für die Wirkung des Art. 3 Abs. 1 GG als derivatives Leistungsrecht stellt die **Numerus-clausus-Entscheidung** des BVerfG⁸ von 1972 dar. In dieser Entscheidung führt das BVerfG zunächst aus, dass ein originärer, auf dem Recht auf freie Berufswahl des Art. 12 Abs. 1 GG beruhender Leistungsanspruch auf Schaffung neuer Studienplätze von Verfassungen wegen grundsätzlich nicht besteht. Zwar bestehe im Hinblick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit eine Verpflichtung des Staates zur Bereitstellung einer hinreichenden Anzahl von Studienplätzen. Dabei komme dem Gesetzgeber aber – wie bei allen Leistungsrechten⁹ – ein weiterer Spielraum zu, sodass verfassungsrechtliche Konsequenzen – Ansprüche auf eine Neuschaffung von Studienplätzen – allenfalls bei einer evidenten Verfehlung in Betracht kämen. Leistungsansprüche – so das BVerfG – stünden stets „unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.“¹⁰ Allerdings bestehe aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip) ein Anspruch auf gleichmäßige Teilhabe an den bestehenden Studienplätzen. Dies bedingt nach Ansicht des BVerfG vor allem ein Verfahren, das Auswahl und Verteilung der vorhandenen Studienplätze nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden hochschulreifen Bewerber und unter möglichst weitgehender Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes sicherstellt. Zudem müssen die vorhandenen Studienplätze erschöpfend vergeben werden.¹¹ Der auf Art. 3 Abs. 1 GG beruhende und durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 1 GG verstärkte Teilhabeanspruch entfaltet also sowohl materiell- als auch verfahrensrechtliche Wirkungen.

Eine **Schutzpflicht** lässt sich Art. 3 Abs. 1 GG **nicht** entnehmen.¹² Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt nur, dass alle Menschen *vor dem Gesetz* gleich sind. Hieraus ergibt sich keine Verpflichtung, Privatrechtssubjekte zur gegenseitigen Gleichbehandlung anzuhalten und damit ein bestimmtes Maß an Gleichheit innerhalb der Gesellschaft zu verwirklichen.¹³ Eine gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass der Staat massiv auf die Freiheitsrechte der Bürger einwirken müsste. Die Freiheit eines jeden Bürgers, frei auszuwählen und auch willkürlich zu entscheiden, ohne sich dafür rechtfertigen zu müssen, ist ein wesentliches Element der Selbstbestimmung, die das Grundgesetz schützt. Weitreichende Schutzpflichten aus Gleichheitsrechten wären damit nicht vereinbar. Abweichend davon geht allerdings das Bundesarbeitsgericht von einer Pflicht zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber aus. Dieser allgemeine Gleichbehandlungs-

⁸ BVerfGE 33, 303 ff. (numerus clausus I).

⁹ Vgl. Rn. 16, 126 ff.

¹⁰ BVerfGE 33, 303 (333) (numerus clausus I).

¹¹ BVerfGE 33, 303 (338) (numerus clausus I).

¹² Vgl. Rn. 19.

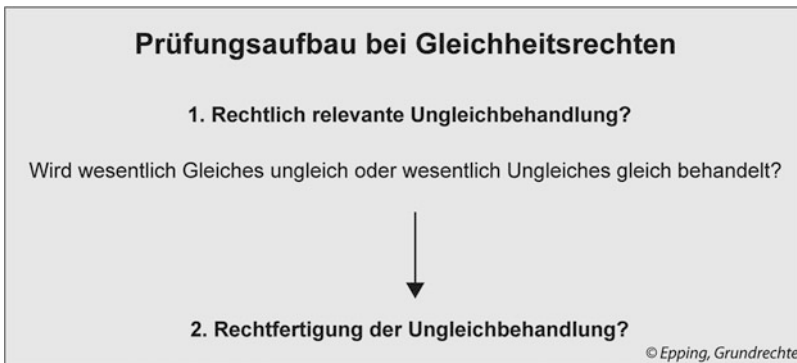
¹³ Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 84; Erichsen, Jura 1997, 85 (87); Krings, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 185 f.

grundsatz¹⁴ ist jedoch mittlerweile ein eigenständiges privatrechtliches Institut des Arbeitsrechts, das sich von seinen verfassungsrechtlichen Wurzeln – der vom Bundesarbeitsgericht in seiner Frühzeit angenommenen unmittelbaren Drittwirkung des Art. 3 GG – gelöst hat. Schutzpflichten folgen allerdings aus **Art. 3 Abs. 2 GG**, der dem Staat einen konkreten Handlungsauftrag erteilt. Ob Art. 3 Abs. 3 GG den Staat zu Schutzmaßnahmen verpflichtet, ist umstritten.¹⁵ Die Frage hat nur eine geringe praktische Relevanz, da extreme und diskriminierende Ungleichbehandlungen über die Freiheitsgrundrechte (z. B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürdegarantie¹⁶) aufgefangen werden können.

774 In persönlicher Hinsicht ist Art. 3 Abs. 1 GG ein Jedermann-Grundrecht: Jeder Mensch kann sich auf den allgemeinen Gleichheitssatz berufen. Art. 3 Abs. 1 GG ist auf juristische Personen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG wesensmäßig anwendbar. **In sachlicher Hinsicht** leitet das BVerfG aus Art. 3 Abs. 1 GG das Verbot ab, „wesentlich Gleiches (...) ungleich oder wesentlich Ungleiches (...) gleich zu behandeln“¹⁷, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung vorliegt.

775 Für die Fallbearbeitung ergeben sich daraus Besonderheiten: Anders als bei den Freiheitsrechten wird eine **zweistufige Prüfung** vorgenommen. Auf der ersten Prüfungsstufe wird nach dem Vorliegen einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung gefragt, auf der zweiten Stufe nach deren möglicher Rechtfertigung.

776



¹⁴ Vgl. BAG, AP Nr. 39, 162 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; DB 2006, 1684 ff.

¹⁵ Dafür: Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 84; Erichsen, Jura 1997, 85 (87); dagegen: Krings, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 186 f.; zu Art. 3 Abs. 2 GG a. F. BVerfGE 89, 276 (286) (§ 611a BGB). Vgl. Rn. 848 f.

¹⁶ Vgl. Rn. 657 und Rn. 612.

¹⁷ BVerfGE 1, 14 (52) (Südweststaat).

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung sind Gleichheitsrechte zumeist in Kombination mit Freiheitsrechten zu prüfen. Ausschließlich gleichheitsrechtliche Fälle sind in Klausuren selten. Es hat sich die Regel eingebürgert, dass alle in Betracht kommenden Freiheitsrechte vor den Gleichheitsrechten zu prüfen sind. Wenngleich dies juristisch nicht zwingend ist, gibt es gute Gründe – insbesondere hinsichtlich der Wahl des richtigen Prüfungsmaßstabs bei Art. 3 Abs. 1 GG¹⁸ –, der Regel „Freiheitsrechte vor Gleichheitsrechten“ zu folgen.

777

1. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

Eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung liegt mit den Worten des BVerfG vor, wenn **wesentlich Gleiches ungleich** behandelt wird. Gemeint ist, dass in tatbestandlich wesentlich gleichen Fällen die gleiche Rechtsfolge eintreten muss. Ist dies nicht der Fall, liegt eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor.

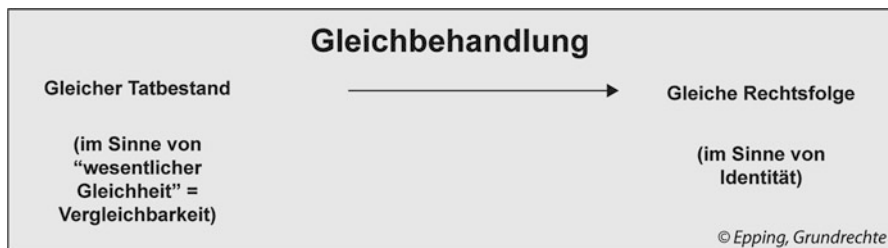
778

Hinsichtlich der Rechtsfolgenseite bereitet die Formel keine Schwierigkeiten. Gleichheit ist hier im Sinne strikter Identität der Rechtsfolgen zu verstehen. Schwierigkeiten bereitet hingegen die Feststellung von Gleichheit auf der Tatbestandsseite. Schon logisch wird es niemals zwei konkrete Fälle geben, die tatbestandlich identisch sind. Werden etwa zwei Menschen unterschiedlich behandelt, so ist Identität der Tatbestände schon deshalb nicht gegeben, weil zwei verschiedene Menschen betroffen sind. Gleichheit kann also auf der Tatbestandsebene nicht als Identität verstanden werden.

779

Dieses Problem hat auch das BVerfG gesehen, wenn es ausführt, „wesentlich“ Gleiches müsse gleich behandelt werden. Im Begriff „wesentlich“ steckt das Eingeständnis, dass nicht Gleichheit im Sinne von Identität, sondern vielmehr Gleichheit im Sinne von **Vergleichbarkeit** gegeben sein muss. Die Frage, was vergleichbar ist und was nicht, ist hingegen eine Frage, die nicht streng logisch, sondern nur unter Heranziehung von Wertungen zu beantworten ist.¹⁹

780



781

¹⁸ Vgl. Rn. 801 ff.

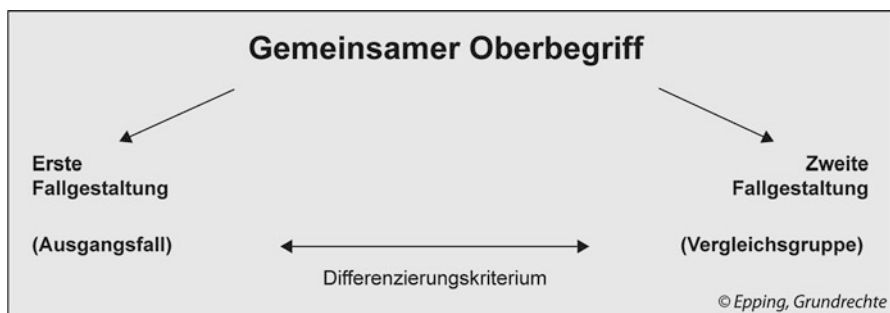
¹⁹ Boysen, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 19; Heun, in: Dreier, Art. 3 Rn. 24 f.

782 Ausgangspunkt der erforderlichen **Bildung von Vergleichsgruppen**²⁰ ist die Suche nach einer der Situation des Betroffenen vergleichbaren Fallgestaltung, die rechtlich günstiger behandelt wird, aber gleichwohl möglichst viele Gemeinsamkeiten mit der Situation des Betroffenen aufweist. Insofern kommt es auf das Ziel des Betroffenen an. Vergleichsgruppe ist immer eine Gruppe, die so behandelt wird, wie es der Betroffene für sich anstrebt. Deren abweichende Behandlung ergibt sich in der Regel aus einem Rechtssatz oder einer ständigen Verwaltungspraxis. Es genügt aber auch, wenn eine Regelung zwar alle Fälle rechtlich gleich behandelt, die Regelung aber in der praktischen Umsetzung dazu führt, dass sie nur ungleichmäßig angewendet werden kann.²¹ Auch das kann eine Schlechterstellung des Betroffenen begründen. Zugleich muss die Situation der Vergleichsgruppe der Situation des Betroffenen in Bezug auf den zu beurteilenden Sachverhalt **möglichst ähnlich** sein. Hier kommen der gesetzlichen Regelung und dem Ziel des Gesetzgebers maßgebliche Bedeutung zu. In vielen Fällen gibt die gesetzliche Regelung selbst zu erkennen, welche Gruppen unterschiedlich behandelt werden. Die Wahl einer möglichst ähnlichen Vergleichsgruppe ist äußerst wichtig. Je mehr Unterschiede zwischen den Gruppen bestehen, umso einfacher ist die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung für den Staat. Findet er hinreichende Unterschiede vor, ist er nicht gehalten, eine Gleichbehandlung vorzunehmen. Das kann so weit gehen, dass es insgesamt an der „wesentlichen“ Gleichheit, also an der Vergleichbarkeit, fehlt, weil die Unterschiede die Gemeinsamkeiten bei weitem überwiegen.

783 Im nächsten Schritt ist ein **Oberbegriff** zu ermitteln, der sowohl die Situation des Betroffenen als auch die rechtlich günstigere Situation umfasst. Dieser Oberbegriff dient als Bezugspunkt und ist in Orientierung an der differenzierenden Regelung so eng wie möglich zu wählen. Der Oberbegriff muss beide Vergleichsgruppen einschließen, nach Möglichkeit aber nicht mehr als diese. Nur wenn der gemeinsame Oberbegriff entsprechend eng gewählt ist, wird das relevante Differenzierungskriterium deutlich sichtbar. Wird der Oberbegriff hingegen zu weit gewählt, kommen eine Vielzahl möglicher Differenzierungskriterien und Differenzierungsziele in Frage, sodass eine strukturierte Prüfung unmöglich wird.

²⁰ Vgl. BVerfGE 52, 277 (280) (Tanzveranstaltungen).

²¹ BVerfGE 84, 239 (271 ff.) (Kapitalertragsteuer): In dieser Entscheidung ging es um die damalige Regelung der Besteuerung von Kapitalerträgen, also etwa von Dividenden und Zinsen. Die Regelung behandelte zwar in rechtlicher Hinsicht alle Kapitalerträge gleich, verließ sich dabei aber auf die Ehrlichkeit der Steuerzahler. Gab jemand seine Kapitalerträge in der Steuererklärung nicht an und hinterzog so in strafbarer Weise die Kapitalertragsteuer, blieb das auf Grund der Umsetzungsdefizite der Steuerregelung praktisch folgenlos. Das Bankgeheimnis führte dazu, dass die Finanzbehörden allenfalls zufällig von Verstößen erfuhren. Das BVerfG sah in dieser Regelung ebenfalls eine (auch im Ergebnis nicht zu rechtfertigende) Ungleichbehandlung: „Wird die Gleichheit im Belastungserfolg durch die rechtliche Gestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt, so kann dies die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage nach sich ziehen und die Steuerpflichtigen in ihrem Grundrecht auf Besteuerungsgleichheit verletzen.“ Ebenso BVerfGE 110, 94 ff. (Spekulationssteuer). Vgl. zu dieser Problematik Meyer, DÖV 2005, 551 ff.



Beispiel 1: Beschwerdet sich ein Halter eines sog. Kampfhundes darüber, dass er höhere Steuern zahlt als andere Hundehalter, so ist der gemeinsame Oberbegriff „**Hundehalter**“, unter den die Halter von Kampfhunden und die Halter von sonstigen Hunden zu subsumieren sind. Damit wird auch das Differenzierungskriterium deutlich: die angenommene Gefährlichkeit des Hundes. Das Regelungsziel des Gesetzgebers ist darauf gerichtet, die Kampfhundehaltung finanziell zu erschweren.

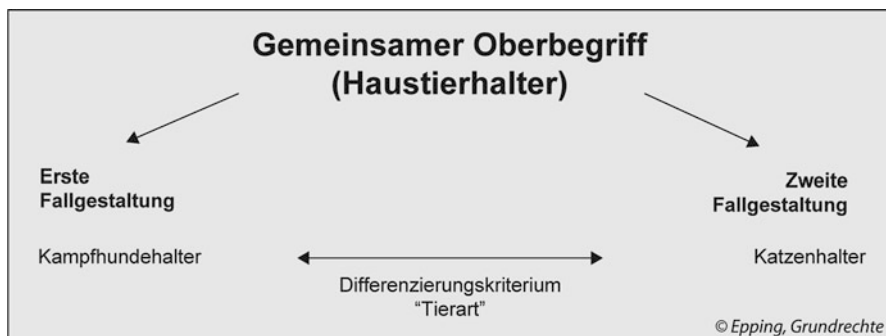
784



Beispiel 2: Beschwerdet sich ein Kampfhundehalter, dass er überhaupt Steuern zahlt, eignen sich die übrigen Hundehalter als Vergleichsgruppe nicht. Schließlich zahlen alle Hundehalter Steuern. Als Oberbegriff ist vielmehr „**Haustierhalter**“ zu wählen, unter den die Halter von steuerfreien Kaninchen, Meerschweinchen und Katzen ebenso zu fassen sind wie der besteuerte Kampfhundehalter. Die Differenzierung erfolgt anhand der Tierart. Das Regelungsziel besteht darin, die typischerweise erhöhte Leistungsfähigkeit von Hundehaltern zu erfassen und zugleich im Hinblick auf den Gesundheitsschutz und die Verringerung der Lärmbelästigung die sozial unerwünschte Hundehaltung einzudämmen.²²

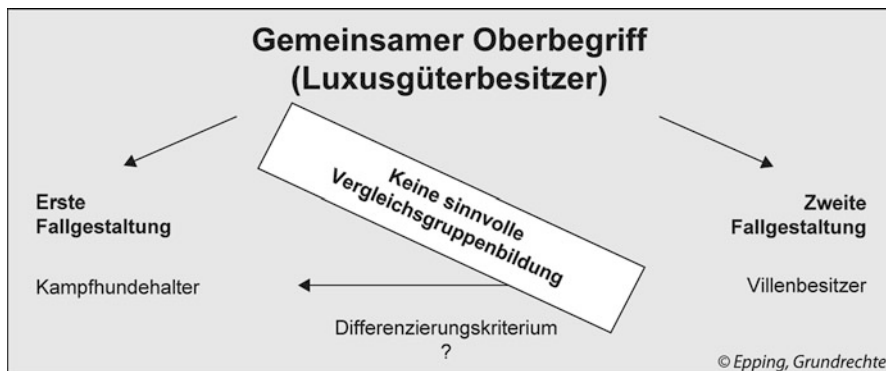
785

²² Vgl. BVerwG, NJW 1978, 1870, das von dem Ziel der Verhütung einer Hundepilg spricht.



786

Beispiel 3: Im Hinblick auf die Steuerpflicht als solche wäre es schließlich auch möglich, den Besitz von Kampfhunden mit dem Besitz von anderen Luxusgütern wie etwa einer Villa zu vergleichen. Diese Vergleichsgruppenbildung ist jedoch nicht sinnvoll. Kampfhundehalter und Villenbesitzer gehören zwar beide der Gruppe der **Luxusgüterbesitzer** im weiteren Sinne an. Es besteht aber eine solche Vielzahl von Unterschieden, dass weder das Differenzierungskriterium noch das Differenzierungsziel klar auszumachen sind. Insofern fehlt es an der Vergleichbarkeit beider Fallgestaltungen im Hinblick auf die geltend gemachte Ungleichbehandlung.



787

Das BVerfG sieht jedoch nicht lediglich in der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem einen möglichen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Vielmehr soll auch in der **Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem** eine Beeinträchtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes liegen. Art. 3 Abs. 1 GG sei verletzt, wenn der Gesetzgeber es unterlasse, tatsächliche Ungleichheiten des zu ordnenden Lebenssachverhalts zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen.²³ Art. 3 Abs. 1 GG wäre also – über seinen Wortlaut hinaus – nicht nur ein

²³ BVerfGE 98, 365 (385) (Versorgungsanwartschaften); 110, 141 (167) (Kampfhunde).

Differenzierungsverbot, sondern im Gegenteil auch ein Differenzierungsgebot zu entnehmen.

Bei manchen der als Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem betrachteten Fallgestaltungen handelt es sich indes um Ungleichbehandlungen von wesentlich Gleichem. Insofern kommt es auf die **richtige Wahl der Vergleichsgruppe** an.²⁴

788

Ein **Beispiel** dafür gibt eine Entscheidung von 1961 zum Ladenschluss.²⁵ Geklagt hatte eine Apothekerin, die ihre Apotheke im Frankfurter Hauptbahnhof betrieb. Sie wandte sich dagegen, dass auf ihre Apotheke die strengeren Ladenschlusszeiten für Apotheken und nicht diejenigen für Bahnhoferverkaufsstellen im Allgemeinen Anwendung fanden. In diesem Fall könnte man entweder eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem (Bahnhofsapothekerin $\Leftrightarrow$ sonstige Apotheken; Oberbegriff: Apotheke) bzw. eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem (Bahnhofsapothekerin $\Leftrightarrow$ sonstige Bahnhoferverkaufsstellen; Oberbegriff: Bahnhoferverkaufsstelle) annehmen. Letzteres ist vorzuzugeworden, weil es der Apothekerin im Kern darum geht, wie eine Bahnhoferverkaufsstelle behandelt zu werden.

Mit der Wahl der Vergleichsgruppe lassen sich jedoch nicht alle Fallgestaltungen bewältigen. Übrig bleiben vor allem Fälle, in denen der Gesetzgeber – zumeist aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung – **Typisierungen und Pauschalierungen** vorgenommen hat.²⁶ Während Typisierungen tatbestandliche Zusammenfassungen verschiedenartiger Sachverhalte darstellen, handelt es sich bei der Pauschalierung um eine einheitliche Bemessung von Leistungen auf Rechtsfolgenebene. In beiden Fällen setzt sich der Gesetzgeber bewusst über tatsächlich bestehende Unterschiede zwischen den von der Regelung erfassten Einzelfällen hinweg: Fälle werden gleich behandelt, obwohl sie gerade nicht gleich sind.²⁷

789

Das Bundesverfassungsgericht misst pauschalierende und typisierende Regelungen an Art. 3 Abs. 1 GG.²⁸ Fraglich ist, ob diese Rechtsprechung zu überzeugen vermag, da hierdurch die Gefahr einer **inhaltlichen Verschiebung des Gleichheitssatzes** von einem „Jedem das Gleiche“ hin zu einem „Jedem das Seine“ droht. Dieser Aspekt wird grundsätzlich nicht von den Gleichheits-, sondern von den Freiheitsrechten abgedeckt.²⁹ Auch aus praktischen Gründen erscheint es problematisch, Typisierungen und Pauschalierungen, die ausnahmslos jeder abstrakten rechtlichen Regelung zugrunde liegen, an den Gleichheitsrechten zu messen. Legt man einen zu strengen Maßstab an, schnürt man den Gesetzgeber über Gebühr ein, zumal verfassungsrechtliche Maßstäbe dafür, wann eine Gleichbehandlung nicht mehr hinzunehmen ist, schwer auszumachen sind. Bei einer nur überschlägigen Kontrolle wäre hingegen wenig gewonnen: Der entsprechende Aspekt wäre von den Freiheitsrechten, namentlich den grundrechtlichen Schutzpflichten³⁰ und dem

790

²⁴ Vgl. Ruffner, in: BK, Art. 3 Rn. 10.

²⁵ BVerfGE 13, 225 ff. (Bahnhofsapothekerin Frankfurt).

²⁶ Vgl. ausführlich Butzer/Hollo, in: Heine, 60 Jahre Sozialgerichtsbarkeit Niedersachsen und Bremen, 2014, S. 213 ff.

²⁷ Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 40.

²⁸ BVerfGE 84, 348 (359 f.) (Zweifamilienhaus); 87, 234 (255 f.) (Einkommensanrechnung); 98, 365 (385) (Versorgungsanwartschaften); 100, 138 (174) (Rentenüberleitung IV).

²⁹ Sachs, VerfR II, Kap. B 3 Rn. 53 ff.

³⁰ Vgl. Rn. 122 ff.

Recht auf Gewährleistung des Existenzminimums³¹ abgedeckt. Vor diesem Hintergrund sollte dem im Wortlaut eindeutig verankerten Verbot der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem der Vorrang zukommen, sodass eine dementsprechende Wahl der Vergleichsgruppe zu bevorzugen ist. Nur wenn sich im Einzelfall eine solche Vergleichsgruppenbildung als unmöglich erweisen sollte, besteht Anlass, über das Verbot der Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem nachzudenken.

791 Ungleichbehandlungen können **von allen drei Gewalten** ausgehen. Der Gesetzgeber kann Bürger bei der Rechtsetzung ungleich behandeln, die Verwaltung kann bei der Rechtsanwendung ungleichmäßig vorgehen und die Rechtsprechung kann bei der Rechtskontrolle Ungleichbehandlungen vornehmen. Besonderheiten gelten zunächst für die **Verwaltung**: Während die Gerichte nach Recht und Gesetz entscheiden müssen und deshalb in der Regel keinen eigenen Ermessensspielraum haben, ist dies bei der Verwaltung anders. Ihr kann nach § 40 VwVfG Ermessen eingeräumt werden. Das heißt, dass sich unter Umständen verschiedene Entscheidungen im Rahmen des Ermessensspielraums bewegen und rechtmäßig sein können. In diesen Fällen kann sich die Verwaltung mit der Betätigung des Ermessens selbst binden: Hat sie sich über längere Zeit hinweg für eine bestimmte Rechtsfolge entschieden, muss sie zukünftig bei gleichen (= vergleichbaren) Fällen die gleiche (= identische) Rechtsfolge anwenden („**Selbstbindung der Verwaltung**“).³² Tut sie dies nicht, kann der Bürger gestützt auf Art. 3 Abs. 1 GG die gleiche Behandlung verlangen. Allerdings hat dieser Anspruch sachliche Grenzen: Die Verwaltung kann in begründeten Fällen von der bisherigen Praxis abweichen. Im Übrigen gilt der Satz: **Keine Gleichheit im Unrecht**.³³ Gewährt daher die Verwaltung einem Bürger zu Unrecht eine Leistung, kann ein zweiter Bürger diese rechtswidrige Leistung nicht ebenfalls fordern. Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt kein Anspruch auf Fehlerwiederholung.³⁴

792 Besonderheiten gelten auch für die **Rechtsprechung**, hinsichtlich deren Bindung an den Gleichheitssatz nach wie vor Fragen offen sind.³⁵ Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es den Gerichten durch Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt, im Wege der Auslegung und Fortbildung gesetzlicher Vorschriften zu einer Differenzierung zu gelangen, die schon dem Gesetzgeber verboten wäre.³⁶ Nur soweit also das Auslegungsergebnis – als allgemeiner Rechtssatz formuliert – mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht in Einklang steht, gelangt das BVerfG zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit. Darüber hinaus ist das BVerfG bei der Kontrolle der Rechtsprechung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zurückhaltend. Die Gerichte sind aufgrund der aus Art. 97 Abs. 1 GG folgenden Unabhängigkeit der Richter nicht gehindert, von der ständigen Rechtsprechung anderer Gerichte abzuweichen. Die **Einheitlichkeit der**

³¹ Vgl. Rn. 597.

³² Zu dieser Selbstbindung der Verwaltung, die auch durch Verwaltungsvorschriften ausgelöst werden kann, vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG-Kommentar, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 103 ff.

³³ BVerfGE 50, 142 (166) (Unterhaltungspflichtverletzung).

³⁴ Vgl. *Jestaedt*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 11 Rn. 65.

³⁵ Vgl. *Heun*, in: Dreier, Art. 3 Rn. 62 ff. m. w. N.

³⁶ BVerfGE 98, 49 (62) (Soziätsverbot); 112, 164 (174) (Familienleistungsausgleich).

Rechtsprechung wird von Art. 3 Abs. 1 GG **nicht gefordert**.³⁷ Auch liegt eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung nicht schon dann vor, wenn ein Gericht das einfache Recht im Einzelfall falsch anwendet. Zwar liegt auch darin eine Ungleichbehandlung gegenüber den Fällen der richtigen Anwendung. Da das BVerfG jedoch keine Superrevisionsinstanz ist,³⁸ greift es in derartigen Fällen nur dann ein, wenn eine Gerichtsentscheidung **objektiv willkürlich** ist, weil sie eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder den Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet. Willkür in diesem Sinne liegt dagegen schon dann nicht vor, wenn sich das Gericht mit der Rechtslage auseinandergesetzt und einen sachlichen – wenn auch falschen – Grund für seine Auffassung angegeben hat.³⁹ Auch eine zweifelsfrei fehlerhafte Anwendung einfachen Rechts begründet allein noch keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz.

Rechtlich relevant ist eine Ungleichbehandlung (oder gegebenenfalls eine Gleichbehandlung) schließlich nur dann, wenn sie durch den **gleichen Hoheitsträger in seinem eigenen Kompetenzbereich** erfolgt.⁴⁰ Eine solche Ungleichbehandlung liegt nicht vor, wenn verschiedene Bundesländer jeweils für ihr Gebiet unterschiedliche Regelungen treffen. Dies sieht das Grundgesetz mit der Schaffung einer föderalen Ordnung gerade vor.⁴¹ Entsprechendes gilt für das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht oder nach h. M. auch für das Verhältnis von europäischem Recht und nationalem Recht. Werden also in der Bundesrepublik EU-Bürger – beispielsweise im Handwerksrecht (vgl. § 9 HandwO) – gegenüber Deutschen bevorzugt, weil dies nach Unionsrecht erforderlich ist (sog. „umgekehrte Diskriminierung“ oder „Inländerdiskriminierung“), so liegt in der Benachteiligung der Deutschen kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.⁴² Denn die Ungleichbehandlung geht in diesen Fällen von verschiedenen Hoheitsträgern aus. Die Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung im Hinblick auf die betroffenen Freiheitsrechte dürfte allerdings häufig zweifelhaft sein.⁴³

793

2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Liegt eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung vor, stellt sich die Frage nach deren Rechtfertigung im Einzelfall. Art. 3 Abs. 1 GG selbst enthält zwar keinen Hinweis dahingehend, dass eine Rechtfertigung überhaupt in Frage kommt und weist insbesondere keinen Gesetzesvorbehalt auf. Dennoch lässt sich der Systematik des Art. 3 GG ein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass Ungleichbehandlungen

794

³⁷ BVerfGE 87, 237 (278) (Erörterungsgebühr).

³⁸ Vgl. Rn. 206.

³⁹ BVerfGE 87, 237 (279) (Erörterungsgebühr); 96, 189 (203) (Fink).

⁴⁰ BVerfGE 21, 54 (68) (Lohnsummensteuer); 42, 20 (27) (Öffentliches Wegeigentum); 76, 1 (73) (Familiennachzug); 79, 127 (158) (Rastede).

⁴¹ BVerfGE 106, 62 (145) (Altenpflege); 138, 261 (288) (Ladenöffnungsgesetz Thüringen).

⁴² Ehlers, Jura 2001, 266 (269); kritisch Riese/Noll, NVwZ 2007, 516 (520 f.), und Bösch, Jura 2009, 91 ff.

⁴³ Vgl. BVerfG, JZ 2007, 354 ff.

nicht stets verfassungswidrig sein müssen: Art. 3 Abs. 3 GG verbietet explizit die Bevorzugung und Benachteiligung aus im Einzelnen genannten Gründen. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn schon nach Art. 3 Abs. 1 GG jede Ungleichbehandlung stets und ausnahmslos unzulässig wäre.

a) Historische Entwicklung: Willkürformel und Neue Formel

795 Entsprechend hat auch das BVerfG seit seiner ersten Entscheidung zu Art. 3 GG die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen für möglich gehalten und ausgeführt, der Gleichheitssatz verbiete „nur, dass wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, dass wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz sei verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lasse, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden müsse.“⁴⁴ Gerechtfertigt war nach dieser sog. **Willkürformel** des BVerfG eine Ungleichbehandlung dann, wenn ein sachlicher Grund dafür vorhanden war, die Ungleichbehandlung also nicht willkürlich erfolgte. Mit der Willkürformel ging ein weiterer Gestaltungsspielraum des Staates einher. Es war „Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse er dafür als maßgebend ansieht, sie im Recht gleich oder verschieden zu behandeln“. Das BVerfG könne „nur die Einhaltung dieser äußersten Grenzen der gesetzgeberischen Freiheit (Willkürverbot) nachprüfen, nicht aber, ob der Gesetzgeber im Einzelfall die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat.“⁴⁵

796 Seit 1980 verschärfte zunächst der erste Senat des BVerfG seine Rechtsprechung zu den Gleichheitsrechten, indem er kommentarlos auf die Anwendung der Willkürformel verzichtete und stattdessen folgende „**neue Formel**“ zur Definition eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz heranzog: Das Grundrecht sei „vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“⁴⁶ Nach dieser neuen Formel genügte also nicht mehr jeder sachliche Grund, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Abzustellen war vielmehr auf Art und Gewicht der zwischen den beiden Gruppen bestehenden Unterschiede, wobei die rechtliche Unterscheidung zwischen den beiden Gruppen in den sachlichen Unterschieden eine ausreichende Stütze finden musste.⁴⁷ Die Prüfung näherte sich damit der von den Freiheitsrechten bekannten Verhältnismäßigkeitsprüfung an, was die Kontrollrechte deutlich erhöhte und zugleich die Gestaltungsfreiheit des Staates beschnitt.⁴⁸

⁴⁴ BVerfGE 1, 14 (52) (Südweststaat).

⁴⁵ BVerfGE 50, 57 (77) (Zinsbesteuerung I); ebenso zuvor BVerfGE 4, 7 (18) (Investitionshilfe); 17, 319 (330) (Bereitschaftspolizei); 48, 346 (357) (Witwenrenten), jeweils m. w. N.

⁴⁶ BVerfGE 55, 72 (88) (Präklusion I); 132, 72 (82) (Elterngeld für Ausländer).

⁴⁷ BVerfGE 87, 234 (255) (Einkommensanrechnung).

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 88, 87 (96) (Transsexuelle II); 92, 277 (318) (DDR); 95, 39 (45) (NATO-Betriebsvertretungen); 99, 367 (388) (Montan-Mitbestimmung); 104, 126 (145) (Dienstbeschä-

BVerfGE 55, 72 (88 ff.) (Präklusion I): „Diese Verfassungsnorm [Anm.: Art. 3 Abs. 1 GG] gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Grundrecht vor allem dann verletzt, **wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.** (...) Außerhalb des Verbots einer ungerechtfertigten Verschiedenbehandlung mehrerer Personengruppen lässt der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber weit gehende Freiheit, Lebenssachverhalte und das Verhalten einer Person je nach dem Regelungszusammenhang verschieden zu behandeln. Es ist dann grundsätzlich Sache des Betroffenen, sich auf diese Regelung einzustellen und nachteiligen Auswirkungen durch eigenes Verhalten zu begegnen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erschöpft sich allerdings der Gleichheitssatz nicht in dem Verbot einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Normadressaten. Vielmehr kommt in ihm ein Willkürverbot als fundamentales Rechtsprinzip zum Ausdruck, das nicht nur der Rechtsprechung, sondern auch der Gesetzgebung gewisse äußerste Grenzen setzt. Diese Grenze wird dann überschritten, wenn eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Gerichte bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Der Gesetzgeber seinerseits handelt nicht schon dann willkürlich, wenn er unter mehreren Lösungen nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste gewählt hat, vielmehr nur dann, wenn sich ein sachgerechter Grund für eine gesetzliche Bestimmung nicht finden lässt; dabei genügt Willkür im objektiven Sinn, d. h. die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der Regelung in Bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand.“

Willkürformel und neue Formel standen in der Rechtsprechung des BVerfG lange Zeit **nebeneinander**; es galt ein zweigeteilter Prüfungsmaßstab.⁴⁹ Welche Formel zur Anwendung gelangte, richtete sich nach der Intensität der Ungleichbehandlung im Einzelfall, wobei das BVerfG eine typisierende Betrachtung zugrunde legte: Ungleichbehandlungen von Personen und Personengruppen, die typischerweise schwerer wiegen, waren nach der neuen Formel einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen. Eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten unterlag hingegen einer bloßen Willkürkontrolle, wenn sie sich im Einzelfall nicht gleichwohl als besonders intensiv darstellte.⁵⁰ Welche Grenzen für den Gesetzgeber galten, war nicht in jedem Fall leicht auszumachen.

797

b) Aktueller Rechtsstand: Neue Formel in neuem Gewand

Im Jahr 2010 modifizierte das BVerfG seine Rechtsprechung erneut. **Ungleichbehandlungen** sind nunmehr **stets am Maßstab der neuen Formel** zu messen, wobei Elemente der Willkürformel in die erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung integriert werden. Damit tritt ein einheitlicher Prüfungsmaßstab an die Stelle der überkommenen Zweiteilung. Mit den Worten des BVerfG ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das

798

digtenrente); 105, 73 (110) (Pensionsbesteuerung); 107, 27 (46) (Doppelte Haushaltsführung); 110, 141 (167) (Kampfhunde); 117, 272 (300 f.) (Beschäftigungsförderungsgesetz); 126, 400 (418) (Besteuerung eingetragener Lebenspartnerschaften).

⁴⁹ Vgl. *Britz*, NJW 2014, 346 (347).

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 88, 87 (96) (Transsexuelle II). Vgl. zur alten Rechtsprechung die 5. Aufl. Rn. 804 ff.

Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein **stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab**, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.⁵¹

799

Diese neue Rechtsprechung nähert die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen weiter an die Rechtfertigung von Eingriffen in Freiheitsgrundrechte an. Sämtliche Ungleichbehandlungen sind auf der Ebene der Rechtfertigungsprüfung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen. Zu untersuchen sind mithin der legitime Zweck der Ungleichbehandlung, die Eignung, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit. Die **Intensität der Ungleichbehandlung** ist demgegenüber – wie auch bei Eingriffen in Freiheitsgrundrechte – erst **bei der Prüfung der Angemessenheit von Bedeutung**. Von dieser Intensität hängt es ab, wie streng der anzuwendende Maßstab ausfällt. Dieser Maßstab kann dann stufenlos von einer bloßen Willkürkontrolle bei geringfügigen Ungleichbehandlungen bis hin zu strengsten Anforderungen bei einer die Menschenwürde berührenden Diskriminierung von Personengruppen reichen. Erst an dieser Stelle behält mithin die alte Willkürformel eine gewisse Bedeutung.

BVerfGE 129, 49 (68 f.) (BAföG-Teilerlass): „Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Er gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Ausschluss, bei dem eine Begünstigung dem einen Personenkreis gewährt, dem anderen aber vorenthalten wird. **Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können.** Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht nur, dass die Ungleichbehandlung an ein der Art nach sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium anknüpft, sondern verlangt auch für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist. **Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können.** Dabei gilt ein **stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab**, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen

⁵¹ BVerfGE 129, 49 (68) (BAföG-Teilerlass); 132, 72 (81) (Elterngeld für Ausländer); 132, 179 (188 f.) (Grunderwerbsteuer Lebenspartnerschaft); 139, 285 (309) (Grunderwerbssteuer).

verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Im Übrigen hängt das Maß der Bindung unter anderem davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird.“

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Die neue Rechtsprechung des BVerfG hat erhebliche Konsequenzen für die Fallbearbeitung: Die Prüfung der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sollte damit eingeleitet werden, dass nach der neuen Formel des BVerfG jede Ungleichbehandlung einer Rechtfertigung durch Sachgründe bedarf, die sich im Hinblick auf Ziel und Ausmaß der Ungleichbehandlung als verhältnismäßig erweisen. An diesen Obersatz schließt sich dann eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung an, die allerdings bei der Prüfung des legitimen Zwecks und der Angemessenheit Besonderheiten aufweist.

800

c) Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Ungleichbehandlungen

Auch wenn sich die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen stark an die Rechtfertigung von Eingriffen in Freiheitsgrundrechte⁵² annähert, bestehen dennoch **Besonderheiten**, die sich insbesondere bei der Prüfung des legitimen Zwecks und der Angemessenheit zeigen.

801

aa) Legitimer Zweck einer Ungleichbehandlung

Ungleichbehandlungen können zwei grundlegend verschiedenen Zwecken dienen. Sie können darauf abzielen, bestehenden Unterschieden zwischen zwei Gruppen Rechnung zu tragen.⁵³ Der Staat verfolgt mit der Ungleichbehandlung dann einen in den vorgefundenen Unterschieden begründeten **internen Zweck**.⁵⁴ Ein Beispiel dafür ist etwa die Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit. Hier begründet der Staat die Ungleichbehandlung mit den von ihm vorgefundenen Unterschieden, sodass eine Verfolgung interner Zwecke vorliegt. Dementsprechend kommt es für die weitere Prüfung der Verhältnismäßigkeit maßgeblich darauf an, ob die vorhandenen Unterschiede tatsächlich von einer Art und einem Gewicht sind, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.

802

Dem stehen die Fälle gegenüber, in denen der Staat Ungleichbehandlungen als Instrumente zur Verfolgung sonstiger **externer Zwecke**⁵⁵ des Allgemeinwohls ein-

803

⁵² Vgl. Rn. 41 ff.

⁵³ Beispiele aus der Verfassungsrechtsprechung sind etwa BVerfGE 82, 126 ff. (Kündigungsfristen für Arbeiter); 85, 191 ff. (Nachtarbeitsverbot).

⁵⁴ Begriff nach *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 164 ff. Der darauf aufbauenden Konzeption von *Huster*, der bei internen Zwecken eine Willkürprüfung und bei externen Zwecken eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführen will, wird allerdings nicht gefolgt. Gegen diese Konzeption spricht u. a., dass in der Praxis kaum allein interne bzw. externe Zwecke vorkommen, sondern regelmäßig mit einem Bündel an Zwecken zu rechnen ist. Vgl. zur Kritik *Bryde/Kleindiek*, Jura 1999, 36 (39).

⁵⁵ Begriff nach *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 164 ff.

setzt. Dies ist etwa der Fall, wenn der Staat zur Förderung der Baukonjunktur den steuerlichen Abzug der Baukosten ermöglicht.⁵⁶ Gleich leistungsfähige Steuerzahler werden hier insoweit ungleich behandelt, als derjenige, der ein Haus gebaut hat, weniger Steuern zahlt, als derjenige, der dies nicht getan hat. Hier ist das staatlicherseits verfolgte Ziel nicht die Berücksichtigung der sicherlich vorhandenen Unterschiede zwischen Bauherren und sonstigen Steuerzahlern. Vielmehr verfolgt der Staat das externe Ziel der Schaffung von Nachfrage am Bau und knüpft aus diesem Grund an die Bauherreneigenschaft als Differenzierungskriterium an. Ein anderes Beispiel sind Stichtagsregelungen. Hier hängt eine Begünstigung bzw. Belastung davon ab, dass ein bestimmtes Ereignis vor einem festgesetzten Stichtag eingetreten ist. In derartigen Fällen hängt die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung maßgeblich von Art und Gewicht des Differenzierungsziels, also des Sachgrundes für die Ungleichbehandlung, ab, wobei das Differenzierungskriterium selbst gleichwohl sachlich vertretbar sein muss.

804 In der Rechtsprechung des BVerfG spielt die vorstehende Unterscheidung bislang keine Rolle, auch wenn die verwendeten Begrifflichkeiten das Gegenteil nahelegen. Vielmehr fragt das BVerfG ohne erkennbare Systematik danach, ob „Unterschiede“ bzw. „Gründe“ von solcher Art und solchem Gewicht vorliegen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.⁵⁷ Die Begriffe werden häufig synonym gebraucht⁵⁸; in jüngeren Entscheidungen ist oftmals nur noch von „Sachgründen“ die Rede.⁵⁹ In der Praxis dienen Ungleichbehandlungen häufig gleichermaßen internen wie externen Zwecken. Es bietet sich daher an, im Rahmen der Prüfung des legitimen Zwecks **stets nach den die Ungleichbehandlung rechtfertigenden Gründen zu fragen**. Liegen die Gründe in vorhandenen Unterschieden und sind somit Gründe und Unterschiede deckungsgleich, können auch diese Fälle problemlos erfasst werden.

805

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Zweckmäßig ist es, sich bereits an dieser Stelle den Unterschied zwischen internen und externen Zwecken zu vergegenwärtigen: Verfolgt der Staat interne Zwecke, d. h. will er vorhandenen Unterschieden Rechnung tragen, ist

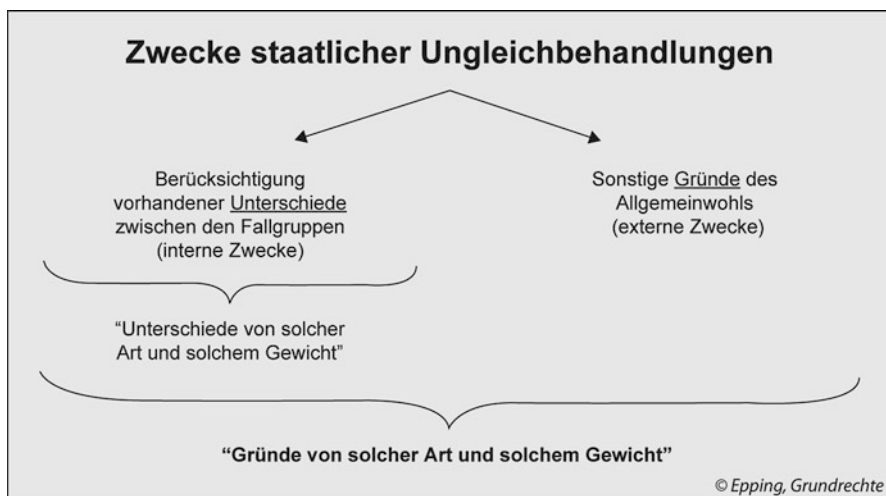
⁵⁶ Beispiel nach Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 166.

⁵⁷ Auf die „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht“ stellen etwa BVerfGE 82, 126 (146) (Kündigungsfristen für Arbeiter); 85, 191 (210) (Nachtarbeitsverbot); 100, 59 (90) (DDR-Zusatzversorgung); 102, 41 (54) (Beschäftigtengrundrente); 107, 27 (46) (Doppelte Haushaltsführung); 110, 141 (167) (Kampfhunde); 117, 272 (300 f.) (Beschäftigungsförderungsgesetz); 126, 400 (418) (Besteuerung eingetragener Lebenspartnerschaften) ab; um „Gründe von solcher Art und solchem Gewicht“ geht es etwa in BVerfGE 88, 87 (97) (Transsexuelle II); 95, 267 (317) (Alt-schulden); 99, 367 (389) (Montan-Mitbestimmung); 111, 160 (170) (Kindergeld für Ausländer); 117, 79 (100) (Treibhausgas-Emissionsberechtigungen).

⁵⁸ BVerfGE 82, 126 (146) (Kündigungsfristen für Arbeiter); 85, 191 (210) (Nachtarbeitsverbot); 117, 272 (300 f.) (Beschäftigungsförderungsgesetz); 121, 317 (369 f.) (Rauchverbot); 129, 49 (68 f.) (BAföG-Teilerlass).

⁵⁹ BVerfGE 138, 136 (180) (Erbschaftssteuer); 139, 285 (309) (Grunderwerbssteuer).

bei der folgenden Prüfung darauf abzustellen, ob die Unterschiede tatsächlich bestehen und hinreichend gewichtig sind, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Verfolgt der Gesetzgeber externe, von den vorhandenen Unterschieden unabhängige Zwecke, kommt es maßgeblich auf den Stellenwert dieser Zwecke an.



806

bb) Eignung, Erforderlichkeit

Auf der zweiten Stufe stellt sich wie sonst auch die Frage nach der **Eignung**. Die Ungleichbehandlung muss der Zweckerreichung dienen.⁶⁰ Dies setzt voraus, dass sich die Wahl des Differenzierungskriteriums im Hinblick auf den Zweck sachlich begründen lässt. Tendenziell ungeeignet wäre daher etwa ein Steuergesetz, das Einkommensschwache schonen will und zu diesem Zweck zwischen Niedersachsen und Bremen differenziert.

807

Auf der dritten Stufe erfolgt die Prüfung der **Erforderlichkeit**. Die durch die Ungleichbehandlung bewirkte Belastung darf nicht weiter reichen, als es der die Verschiedenbehandlung tragende Differenzierungsgrund rechtfertigt.⁶¹ Entscheidend ist, ob eine treffsicherere, weniger belastende Unterscheidung – also ein milderes Mittel mindestens gleicher Effektivität – in Betracht kommt. Hier ist das BVerfG vor allem im Bereich der Leistungsverwaltung großzügig; es weist dem Gesetzgeber einen **weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum** zu. Der Grund liegt darin, dass es bei staatlichen Fördermaßnahmen eine Vielzahl von Möglichkeiten gibt. Das BVerfG will hier seine Einschätzung nicht an die Stelle des dazu berufenen Gesetzgebers bzw. der Verwaltung setzen. Erforderlich ist deshalb eine

808

⁶⁰ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 3 Rn. 28.

⁶¹ BVerfGE 85, 238 (245) (Mietwagenbesteuerung).

Maßnahme schon dann, wenn keine Alternative vorliegt, die den Förderungszweck mindestens ebenso gut verfolgt und zugleich die benachteiligte Personengruppe milder und schonender behandelt. Dabei kann dem Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität vor allem bei der Regelung von Massenerscheinungen besondere Bedeutung zukommen, wenn bei einer Gleichbehandlung erhebliche verwaltungstechnische Schwierigkeiten entstehen würden, die nicht durch einfachere, die Betroffenen weniger belastende Regelungen behoben werden können.⁶² Ist eine Sachlage nicht eindeutig geklärt und auch nicht ohne Weiteres aufzuklären, darf der Gesetzgeber seinen Entscheidungen über zu ergreifende Maßnahmen eine Gefährdungsprognose zugrunde zu legen, die verfassungsrechtlich sogar dann Bestand haben kann, wenn gute Gegenargumente vorliegen.⁶³

cc) Angemessenheit

809 Auf der vierten Stufe erfolgt die **Angemessenheitsprüfung**, bei der Zweck und Mittel gegeneinander abgewogen werden. Die Bedeutung des Zwecks ist der Intensität der Ungleichbehandlung gegenüber zu stellen. Bei der **Bewertung des Zwecks** gewinnt die Unterscheidung von internen und externen Zwecken eine gewisse Bedeutung:⁶⁴ Verfolgt der Staat interne Zwecke und liegt der Zweck demnach in der Berücksichtigung vorgefundener Unterschiede wie etwa der unterschiedlichen finanziellen Leistungsfähigkeit, ist allein nach Art und Gewicht der bestehende Unterschiede zwischen den verschiedenen behandelten Gruppen, denen das staatliche Handeln Rechnung tragen will, zu fragen. Je größer die Unterschiede sind, umso unabweisbarer ist das Bedürfnis nach einer Differenzierung und umso wertvoller ist deshalb der staatlicherseits verfolgte Zweck. Verfolgt der Gesetzgeber hingegen externe Zwecke wie etwa die Wirtschaftsförderung, müssen diese Zwecke möglichst unter Heranziehung sonstiger Verfassungsnormen nach Art und Gewicht bewertet werden. Wie bei den Freiheitsrechten muss die **Maßstabsbildung** aus der Verfassung heraus erfolgen. Die Zwecke sind also etwa danach zu bewerten, ob der Staat grundrechtliche Schutzpflichten verfolgt oder aber in Übereinstimmung mit den Staatsstruktur- und Staatszielbestimmungen der Art. 20 Abs. 1, Art. 20a GG handelt. Auf Art und Gewicht der Unterschiede zwischen den Gruppen kommt es bei externen Zielen nur insofern an, als das Differenzierungskriterium vertretbar sein muss.

810 Hat man die Bedeutung des Differenzierungsziels herausgearbeitet, richten sich die Bindungen des Gesetzgebers und damit der Prüfungsmaßstab nach der **Intensität der Ungleichbehandlung**. Während intensive Ungleichbehandlungen einer

⁶² BVerfGE 100, 195 (205) (Einheitswert).

⁶³ BVerfGE 138, 136 (190 ff.) (Erbsteuern).

⁶⁴ Diese Unterscheidung nimmt das BVerfG zwar nicht ausdrücklich vor. Der Sache nach findet sich aber jedenfalls in einigen Entscheidungen ein entsprechendes Vorgehen. Externe Zwecke stehen etwa in BVerfGE 88, 87 (98 f.) (Transsexuelle II); 96, 330 (341 f.) (BaföG als Darlehen); 98, 365 (391 f.) (Versorgungsanwartschaften) im Vordergrund; hier wird jeweils eine Bewertung von Gründen des Allgemeinwohls vorgenommen. Um interne Zwecke geht es dagegen beispielsweise in BVerfGE 82, 126 (148 ff.) (Kündigungsfristen für Arbeiter); 92, 26 (52) (Zweitregister); in beiden Entscheidungen sind Art und Gewicht der bestehenden Unterschiede maßgeblich.

strengen Angemessenheitsprüfung zu unterziehen sind, ist bei Ungleichbehandlungen von geringem Gewicht nur eine Willkürkontrolle vorzunehmen. Die verfassungsrechtliche Kontrollsdichte nimmt also mit zunehmendem Gewicht der Ungleichbehandlung zu. Dabei geht das BVerfG davon aus, dass ein **stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab** gilt, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.⁶⁵

(1) Kriterien für eine gesteigerte Kontrolle

Der Rechtsprechung des BVerfG lassen sich einige – nicht als abschließend zu verstehende – Kriterien entnehmen, deren Vorliegen auf eine intensiv wirkende Ungleichbehandlung hinweist und die deshalb eine zunehmend **strengere Angemessenheitskontrolle** erfordern:

811

- Von besonderer Intensität sind zunächst **personenbezogene Ungleichbehandlungen**.⁶⁶ Das sind solche, bei denen als Differenzierungskriterium personenbezogene Merkmale gewählt werden bzw. die an Persönlichkeitsmerkmale anknüpfen. Beispiele für solche personenbezogene Differenzierungskriterien sind etwa das Lebensalter, der Ausbildungs- oder Familienstand, die Religionszugehörigkeit oder die sexuelle Identität. Hier wird zur Unterscheidung unmittelbar an persönliche Eigenschaften angeknüpft, sodass im Ergebnis Personen mit diesen Eigenschaften anders behandelt werden als Personen ohne diese Eigenschaften.
- Ein gleichermaßen strenger Maßstab ist zu wählen, wenn **eine sach- bzw. verhaltensbezogene Differenzierung mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen** bewirkt.⁶⁷ Derartige Differenzierungen wirken im Ergebnis nicht anders als unmittelbar personenbezogene Ungleichbehandlungen, sodass ein identischer Prüfungsmaßstab geboten ist.
- Verschärfend wirkt sich eine Differenzierung auch dann aus, **wenn sich das verwendete Differenzierungskriterium den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen annähert**.⁶⁸ Hier lässt bereits die Verfassung selbst erkennen, dass sie die Ungleichbehandlung in besonderer Weise missbilligt. Zugleich besteht in besonderer Weise die Gefahr, dass eine Ungleichbehandlung – wie beispielsweise bei einer Differenzierung nach der sexuellen Identität⁶⁹ – zur Diskriminierung einer Minderheit führt.⁷⁰

⁶⁵ BVerfGE 129, 49 (69) (BAföG-Teilerlass); 132, 179 (188) (Grunderwerbsteuer Lebenspartnerschaft); 139, 285 (309) (Grunderwerbssteuer).

⁶⁶ BVerfGE 88, 87 (96) (Transsexuelle II); 126, 400 (417) (Steuerliche Diskriminierung eingetragener Lebenspartnerschaften); 129, 49 (69) (BAföG-Teilerlass); 131, 239 (256) (Lebenspartnerschaft von Beamten); ablehnend aber *Britz*, NJW 2014, 346 (348).

⁶⁷ BVerfGE 88, 87 (96) (Transsexuelle II).

⁶⁸ BVerfGE 88, 87 (96) (Transsexuelle II); 129, 49 (69) (BAföG-Teilerlass); 130, 240 (254) (Bayrisches Landeserziehungsgeldgesetz).

⁶⁹ BVerfGE 131, 239 (256 f.) (Lebenspartnerschaft von Beamten); 132, 179 (189) (Grunderwerbsteuer Lebenspartnerschaft).

⁷⁰ BVerfGE 99, 367 (388) (Montan-Mitbestimmung); 101, 275 (291) (Fahnenflucht).

- Eine zunehmend strengere Prüfung ist geboten, **je weniger die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen**, nach denen unterschieden wird.⁷¹ Der Grund liegt hier auf der Hand: Können die Betroffenen der Ungleichbehandlung nicht mit zumutbarem Aufwand ausweichen, sind sie gezwungen, sie mehr oder weniger wehrlos hinzunehmen. Das gilt insbesondere für sach- und verhaltensbezogene Differenzierungen, aber auch für eine Differenzierung nach grundsätzlich verfügbaren Persönlichkeitsmerkmalen wie beispielsweise dem Familienstand oder der Religionszugehörigkeit.
- Zu einer Verschärfung des Prüfungsmaßstabs führt es auch, wenn eine Ungleichbehandlung **negative Auswirkungen auf den Gebrauch von Freiheitsrechten** hat.⁷² Hier ist allerdings eine gewisse Zurückhaltung geboten, weil Ungleichbehandlungen in den allermeisten Fällen auch Rückwirkungen auf Freiheitsrechte haben.⁷³ Zu einer verschärften Prüfung sollte man daher vor allem dann gelangen, wenn nicht bloß die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern besondere Freiheitsrechte und namentlich grundrechtliche Schutz- und Leistungspflichten durch eine Ungleichbehandlung betroffen werden. Das ist beispielsweise bei einer ungleichen Förderung von Eltern abhängig von der Staatsangehörigkeit der Fall.⁷⁴
- In der Leistungsverwaltung und insbesondere im Steuerrecht wirkt sich eine Ungleichbehandlung umso intensiver aus, je stärker der Gesetzgeber das „**Gebot der Folgerichtigkeit**“ („Systemgerechtigkeit“) missachtet. Das BVerfG misst beispielsweise Steuergesetze daran, ob sie die mit der Wahl des Steuergegenstandes einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig umsetzen. Das Gericht prüft mithin die Ausgestaltung des Gesetzes am Maßstab der eigenen Grundentscheidung.⁷⁵ Ausnahmen von einer solchen folgerichtigen Umsetzung bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes. Dieser kann bei Steuergesetzen etwa in einem Förderungs- oder Lenkungsziel liegen, nicht aber in dem bloßen Interesse der Einnahmenerzielung.⁷⁶

(2) Kriterien für eine gelockerte Kontrolle

- 812** Umgekehrt gibt es Kriterien, die eine Ungleichbehandlung als weniger schwerwiegend erscheinen lassen und die deshalb für einen gesteigerten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sprechen. Das hat eine **gelockerte verfassungsrechtliche Kontrolle bis hin zu einer bloßen Willkürkontrolle** zur Folge:

⁷¹ BVerfGE 88, 87 (96) (Transsexuelle II); 129, 49 (69) (BAföG-Teilerlass); 130, 240 (254) (Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz).

⁷² BVerfGE 82, 126 (146) (Kündigungsfristen für Arbeiter); 88, 87 (96) (Transsexuelle II); 121, 317 (370) (Rauchverbot); 129, 49 (69) (BAföG-Teilerlass); 130, 240 (254) (Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz).

⁷³ Vgl. Britz, NJW 2014, 346 (349).

⁷⁴ BVerfGE 130, 240 (254 f.) (Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz).

⁷⁵ BVerfGE 66, 214 (223 f.) (EStG 1961); 122, 210 (230 ff.) (Pendlerpauschale).

⁷⁶ BVerfGE 117, 1 (31) (Erbschaftssteuer); 122, 210 (230 f.) (Pendlerpauschale).

- Typischerweise weniger intensiv wirken sich **bloß sach- bzw. verhaltensbezogene Ungleichbehandlungen** aus. Solche Ungleichbehandlungen knüpfen zu-
meist an Merkmale an, über die der Einzelne in zumutbarer Weise verfügen kann.
Mit anderen Worten kann er sein Verhalten auf die rechtliche Regelung einstellen,
um der Ungleichbehandlung auszuweichen.⁷⁷ Je eher das den Betroffenen
möglich und zumutbar ist, umso geringere Anforderungen sind im Rahmen der
Angemessenheitsprüfung zu stellen. Eine bloß sachbezogene Unterscheidung
sah das BVerfG etwa darin, dass die ZPO für zivilgerichtliche Urteile keine
Rechtsbehelfsbelehrung vorsah, während dies etwa in der Verwaltungsgerichts-
barkeit seit langem erforderlich war und ist.⁷⁸ Dieser Ungleichbehandlung kann
der Einzelne durch zumutbare Sorgfalt – etwa durch das Einholen von Rechts-
rat – Rechnung tragen, sodass eine bloße Willkürkontrolle ausreicht. 813
- Weniger strengen Bindungen unterliegt der Gesetzgeber auch bei der **Gewäh-
rung von freiwilligen staatlichen Leistungen**. In der Entscheidung darüber,
welche Personen oder Unternehmen gefördert werden sollen, ist er weitgehend
frei. Zwar darf der Staat seine Leistungen nicht nach unsachlichen Gesicht-
spunkten verteilen. Subventionen müssen sich gemeinwohlbezogen rechtfertigen
lassen, damit sie vor dem Gleichheitssatz Bestand haben. Sachbezogene Ge-
sichtspunkte stehen dem Gesetzgeber jedoch in sehr weitem Umfang zu Gebote;
solange die Regelung sich auf eine der Lebenserfahrung nicht geradezu wider-
sprechende Würdigung der jeweiligen Lebensverhältnisse stützt, insbesondere
der Kreis der von der Maßnahme Begünstigten sachgerecht abgegrenzt ist, kann
sie verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden.⁷⁹ 814
- Eine tendenziell gelockerte Kontrolle ist auch dann ausreichend, wenn der Ge-
setzgeber **Massenerscheinungen** gesetzlich regelt; hier sind Verallgemeinerun-
gen aus Praktikabilitätsgründen unumgänglich. Der Gesetzgeber darf sich grund-
sätzlich am Regelfall orientieren und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten
jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen.⁸⁰ Ihm kommt vielmehr
ein Spielraum für generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelun-
gen zu. Eine gesetzliche Typisierung darf allerdings keinen atypischen Fall als
Leitbild wählen, sondern muss sich realitätsgerecht an einem typischen Fall ori-
entieren.⁸¹ 815
- Das Gleiche gilt, wenn der Gesetzgeber **komplexe Lebenssachverhalte** regelt, 816
bei denen Zusammenhänge und Wechselwirkungen schwer absehbar sind. Das
BVerfG schraubt in diesen Fällen seine Anforderungen zurück und nimmt je
nach der Komplexität der Materie zuweilen eine Einschätzungsprärogative des
Gesetzgebers an.⁸² Gelockert ist der Kontrollmaßstab auch dann, wenn der Ge-
setzgeber einen Sachverhalt regelt, bei dem Erfahrungen bislang fehlen. Hier

⁷⁷ BVerfGE 55, 72 (89) (Präklusion I).

⁷⁸ BVerfGE 93, 99 (111) (Rechtsbehelfsbelehrung).

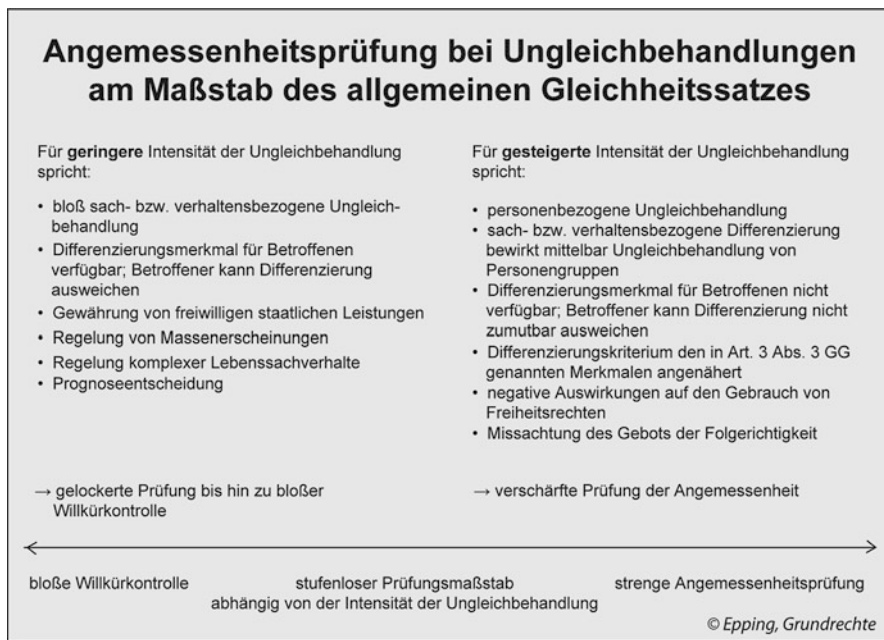
⁷⁹ BVerfG, NVwZ 2002, 197 (198); ebenso BVerfGE 111, 176 (184) (Erziehungsgeld für Auslän-
der); 130, 240 (254) (Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz).

⁸⁰ BVerfGE 96, 1 (6) (Weihnachtsfreibetrag); 120, 1 (30) (Abfärberegung).

⁸¹ BVerfGE 112, 268 (280 f.) (Kinderbetreuungskosten); 120, 1 (30) (Abfärberegung).

⁸² BVerfGE 99, 367 (389 f.) (Montan-Mitbestimmung).

hängt ein möglicher **Prognosespielraum** auch von der Möglichkeit ab, sich im Zeitpunkt der Entscheidung ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden.⁸³



(3) Abwägung

817 Die Angemessenheitsprüfung endet mit einer Abwägung von Art und Gewicht der Unterschiede (interne Zwecke) bzw. Gründe (externe Zwecke) und der Intensität der Ungleichbehandlung. Dabei steigen die Anforderungen an die Zwecke mit steigender Intensität der Ungleichbehandlung stufenlos an.⁸⁴ Beschränkt sich die Prüfung bei geringfügigen Ungleichbehandlungen hingegen auf eine bloße Willkürkontrolle, liegt ein Gleichheitsverstoß erst vor, „wenn sich für eine gesetzliche Regelung kein sachlicher Grund finden lässt und sie deshalb als willkürlich zu bezeichnen ist“. Die Unsachlichkeit einer Regelung muss „evident“ sein.⁸⁵

⁸³ BVerfGE 88, 87 (97) (Transsexuelle II).

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 129, 49 (69) (BAföG-Teilerlass); 130, 131 (142) (Hamburgisches Passivraucher-schutzgesetz).

⁸⁵ BVerfGE 89, 132 (141) (Konkursausfallgeld). Speziell zur Willkür bei Gerichtsentscheidungen BVerfGE 89, 1 (13 f.) (Besitzrecht des Mieters) und Rn. 817.

818

**Hinweis zur Fallbearbeitung:**

Auch in einer sehr guten Klausur ist es nicht erforderlich, die gesammelten Ergebnisse aus 60 Jahren Verfassungsrechtsprechung aus dem Gedächtnis zu präsentieren. Es empfiehlt sich aber, im Rahmen der Angemessenheitsprüfung zunächst unter gründlicher Auswertung des Sachverhalts den staatlicherseits verfolgten Zweck zu bewerten und an dieser Stelle bei internen Zwecken auf Art und Gewicht der Unterschiede bzw. bei externen Zwecken auf Art und Gewicht der Gründe einzugehen. In einem zweiten Schritt sollte die Intensität der Ungleichbehandlung festgestellt werden, wobei insbesondere die Unterscheidung zwischen personen- und sachbezogenen Differenzierungskriterium, die Nähe des Kriteriums zu Art. 3 Abs. 3 GG, die individuelle Verfügbarkeit des Merkmals und die Freiheitsrechte Anhaltspunkte liefern. Die aufgezählten Details sind als typische Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG zu verstehen. Die Angemessenheitsprüfung sollte schließlich mit einer Abwägung enden; an dieser Stelle ist eigene Argumentation gefragt.

819

f) Rechtfertigung einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem

Sieht man auch eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem als von Art. 3 Abs. 1 GG erfasst an,⁸⁶ stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung. Im Unterschied zu der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem hat der Gesetzgeber hier nicht zu viel, sondern zu wenig differenziert.⁸⁷ Es gilt mit anderen Worten nicht das Übermaß-, sondern das **Untermaßverbot**. Eine unzulässige Gleichbehandlung

820

⁸⁶ Vgl. Rn. 787.

⁸⁷ Vgl. Butzer/Hollo, in: Heine, 60 Jahre Sozialgerichtsbarkeit Niedersachsen und Bremen, 2014, S. 215 ff.

von wesentlich Ungleichem liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor, wenn es der Gesetzgeber unterlässt, tatsächliche Ungleichheiten des zu ordnenden Lebenssachverhalts zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen. Auch dabei kommt es darauf an, in welchem Maße sich die Gleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann und welche Prognosespielräume des Gesetzgebers bestehen.⁸⁸ Das legt es nahe, die für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen geltenden Maßstäbe weitmöglichst zu übertragen.

III. Die besonderen Differenzierungsverbote (Art. 3 Abs. 2, 3 GG)

821

Fall 25: Nachtarbeitsverbot

Im Betrieb der P wurden nachts vier Arbeiterinnen von der Gewerbeaufsicht angetroffen. Daraufhin verhängte die Gewerbeaufsicht wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 Arbeitszeitordnung (AZO) in nach einfachem Recht nicht zu beanstandender Weise ein Bußgeld i. H. v. 1000,- Euro. Die dagegen eingelegten Rechtsmittel blieben bis in die letzte Instanz erfolglos. In den Gründen des letztinstanzlichen Urteils wird ausgeführt, alleiniger Zweck des Nachtarbeitsverbotes sei es, die schweren gesundheitlichen Schäden, die bei einer über längere Zeit ausgeübten Nachtarbeit entstünden, bei Frauen zu verhindern. Frauen würden dadurch insgesamt gesehen gegenüber den männlichen Arbeitern nicht benachteiligt, sondern begünstigt. Zwar verwehrten der Gleichberechtigungsgrundsatz und das Benachteiligungsverbot es dem Gesetzgeber, Regelungen aufrechtzuerhalten, die der Frau die überkommene Hausfrauenrolle zuwiesen. Der Gesetzgeber könne aber an biologische Unterschiede anknüpfen und demgemäß Mann und Frau unterschiedlich behandeln. Die Frau sei wegen biologisch-konstitutioneller Besonderheiten durch Nachtarbeit stärker als der Mann gefährdet. Es sei nicht Sinn der Gleichberechtigung, Frauen neuen Gefahren für ihre Gesundheit auszusetzen. Mit einer Verfassungsbeschwerde rügt P nun eine Verletzung ihrer Grundrechte. Sie trägt vor, § 19 Abs. 1 AZO verstoße gegen Art. 3 Abs. 3 GG, indem nur Frauen von der Nachtarbeit ausgeschlossen würden. Das Rollenverständnis der Frau habe sich geändert. Die traditionelle Doppelbelastung der berufstätigen Frau sei nicht mehr als funktionales Unterscheidungsmerkmal anzusehen, das eine Ungleichbehandlung der Frau im Hinblick auf Nachtarbeit rechtfertigen könne. Die biologisch-konstitutionellen Besonderheiten der Frau rechtfertigten die Ungleichbehandlung ebenso wenig. Frauen seien nicht stärker als Männer durch Nachtarbeit gesundheitlich gefährdet. Nachtarbeit sei für jeden menschlichen Organismus schädlich.

⁸⁸ BVerfGE 98, 365 (385 f.) (Versorgungsanwartschaft); 110, 141 (167 f.) (Kampfhunde).

Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde der P gegen den Bußgeldbescheid und das letztinstanzliche Urteil begründet? Freiheitsrechte sind nicht zu prüfen.

§ 19 AZO (a. F.): Arbeiterinnen dürfen nicht in der Nachtzeit von zwanzig bis sechs Uhr und an den Tagen vor Sonn- und Feiertagen nicht nach siebzehn Uhr beschäftigt werden.

Fall nach BVerfGE 85, 191 ff. (Nachtarbeitsverbot)

Während Art. 3 Abs. 1 GG ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen generell verbietet, untersagt Art. 3 Abs. 3 GG die Ungleichbehandlung eines Menschen „wegen“ seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen und politischen Anschauungen und seiner Behinderung. Hinsichtlich der Gleichbehandlung von Frauen und Männern findet sich in Art. 3 Abs. 2 GG zudem eine Sonderregelung.

Dem **Wortlaut** nach stellt sich Art. 3 Abs. 3 GG damit als **besonderes Differenzierungsverbot** dar; an die genannten Kriterien darf eine Unterscheidung nicht geknüpft werden. Insofern verstärkt Art. 3 Abs. 3 GG den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.⁸⁹ Ebenso wie auf Art. 3 Abs. 1 GG kann sich jedermann auf Art. 3 Abs. 3 GG berufen.

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung ist Art. 3 Abs. 3 GG als selbstständiges, gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG spezielles Grundrecht vor diesem zu prüfen. Der Prüfungsaufbau ähnelt dabei dem Aufbau beim allgemeinen Gleichheitssatz. In einem ersten Schritt ist eine Ungleichbehandlung „wegen“ eines genannten Kriteriums festzustellen und in einem zweiten Schritt deren mögliche Rechtfertigung zu überprüfen.

1. Ungleichbehandlung „wegen“ eines verbotenen Kriteriums

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbietet jede Bevorzugung oder Benachteiligung wegen eines der genannten Kriterien, enthält insofern also ein umfassendes Unterscheidungsverbot. Zudem ist eine Benachteiligung, nicht aber eine Bevorzugung, wegen einer Behinderung verboten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG).

Allerdings greift das Unterscheidungsverbot nur dann ein, wenn die Unterscheidung „wegen“ eines der genannten Kriterien erfolgt. Dieser relativ offene Wortlaut

⁸⁹ BVerfGE 85, 191 (206) (Nachtarbeitsverbot); 114, 357 (364) (Aufenthaltsurlaubnis).

hat zu einer lange Zeit unübersichtlichen Verfassungsrechtsprechung geführt. So hat das BVerfG eine Ungleichbehandlung „wegen“ eines bestimmten Merkmals zunächst nur dann angenommen, wenn die Benachteiligung gerade bezweckt war.⁹⁰ Dies führte beispielsweise in der Entscheidung zum sog. Radikalerlass, der politisch „Radikalen“ den Zugang zum öffentlichen Dienst verwehrte, dazu, dass das BVerfG eine Ungleichbehandlung auf Grund der politischen Anschauungen verneinte, obgleich die politischen Anschauungen der „Radikalen“ eindeutig Anknüpfungspunkt und Grund für den Ausschluss waren.⁹¹ Das BVerfG argumentierte aber, das Ziel der Regelung sei der Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung und nicht die Ungleichbehandlung selbst. Art. 3 Abs. 3 GG wäre in dieser Auslegung folglich auf Fallgestaltungen beschränkt, in denen die Unterscheidung zum Selbstzweck erhoben ist. Derartige Fälle kommen in der Praxis jedoch kaum vor, sodass Art. 3 Abs. 3 GG seine praktische Wirksamkeit nahezu völlig verlieren würde.

BVerfGE 75, 40 (69 f.) (Privatschulfinanzierung I): „Der besondere Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 GG enthält Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes. Er verbietet es, die in ihm genannten Merkmale und Eigenschaften als Anknüpfungspunkt für eine Diskriminierung oder Privilegierung zu wählen. Die Differenzierungsverbote dieses Grundrechts haben allerdings nur die Bedeutung, dass die aufgeführten faktischen Verschiedenheiten keine rechtlichen Wirkungen haben dürfen; sie sind ferner beschränkt auf die in den Vergleichstatbeständen benannten unterschiedlichen Eigenschaften, hingegen bleiben Differenzierungen, die auf anderen Unterschiedlichkeiten der Personen oder der Lebensumstände beruhen, unberührt. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG liegt mithin nur dann vor, wenn eine Sonderbehandlung ihre Ursache in den durch dieses besondere Grundrecht bezeichneten Gründen hat, wenn also ein kausaler Zusammenhang zwischen einem der aufgeführten Gründe und der Benachteiligung oder Bevorzugung besteht. Das Verbot des Art. 3 Abs. 3 GG gilt mithin nicht absolut; es verbietet, wie sich schon aus seinem Wortlaut ergibt („wegen“), nur die bezweckte Benachteiligung oder Bevorzugung, nicht aber einen Nachteil oder einen Vorteil, der die Folge einer ganz anders intendierten Regelung ist.“

827

Diese Gefahr des Wirkungsverlustes hat später auch das BVerfG gesehen. In seiner Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot für Frauen distanzierte sich das BVerfG schließlich eindeutig von seiner früheren Auffassung. Nunmehr gilt, dass die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale **in keiner Weise als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung** herangezogen werden dürfen. Dies – so das BVerfG – gelte auch dann, wenn die Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt sei, sondern in erste Linie andere Ziele verfolge.⁹² „Wegen“ ist nach dieser neuen Rechtsprechung als „anhand“ zu verstehen. Erforderlich ist allerdings, dass die Ungleichbehandlung eine Folge der Verwendung der genannten Merkmale ist, also eine Kausalität zwischen der Ungleichbehandlung und der Verwendung eines verbotenen Differenzierungskriteriums besteht.⁹³

⁹⁰ BVerfGE 75, 40 (70) (Privatschulfinanzierung I).

⁹¹ BVerfGE 39, 334 (368) (Extremistenbeschluss).

⁹² BVerfGE 85, 191 (206) (Nachtarbeitsverbot); 89, 276 (288) (§ 611a BGB); 97, 35 (43) (Hamburger Ruhelgeldgesetz); 114, 357 (364) (Aufenthaltserlaubnis).

⁹³ Vgl. Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 3 Rn. 130 f.

BVerfGE 85, 191 (206) (Nachtarbeitsverbot): „Nach dieser Verfassungsnorm darf niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden. Sie verstärkt den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, indem sie der dem Gesetzgeber darin eingeräumten Gestaltungsfreiheit engere Grenzen zieht. **Das Geschlecht darf grundsätzlich – ebenso wie die anderen in Abs. 3 genannten Merkmale – nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden.** Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (Klarstellung von BVerfGE 75, 40 [70]).“

Eine Ungleichbehandlung „wegen“ eines genannten Merkmals liegt schließlich nicht nur dann vor, wenn rechtlich unmittelbar an ein solches Merkmal angeknüpft wird (direkte Ungleichbehandlungen). Auch **faktische und mittelbare (indirekte) Ungleichbehandlungen**, die an den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG festzumachen sind, sind verboten.⁹⁴ Eine verbotene Diskriminierung kann daher beispielsweise in einem Gesetz liegen, das Kenntnisse des plattdeutschen Dialekts zur generellen Voraussetzung der Einstellung als Lehrer macht. Zwar spielt hier die Heimat unmittelbar keine Rolle; auch ein Bayer kann immer noch Lehrer werden. Da sich aber kaum ein süddeutscher Bewerber mit entsprechenden Plattdeutschkenntnissen finden wird, liegt eine faktische Diskriminierung auf Grund der Heimat vor, die ebenfalls von Art. 3 Abs. 3 GG erfasst ist. Das Gleiche gilt für Regelungen, die geschlechtsneutral formuliert sind, faktisch aber überwiegend ein Geschlecht betreffen.⁹⁵ Das gilt zum Beispiel für Regelungen, die Teilzeitbeschäftigte benachteiligen, weil Teilzeitbeschäftigung überwiegend von Frauen ausgeübt wird.⁹⁶ Die **verbotenen Kriterien** werden in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführt:

- Das Kriterium „**Geschlecht**“ verbietet die Anknüpfung an die Eigenschaft als Mann oder Frau. Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG weist gegenüber Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG keinen eigenständigen Regelungsgehalt auf.⁹⁷
- Unter „**Abstammung**“ ist die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren nach den Regeln des Familienrechts zu verstehen.⁹⁸ Insbesondere im Hinblick auf die im Nationalsozialismus praktizierte „Sippenhaft“ ist die Regelung von Bedeutung; die „Sippenhaft“ ist unter dem Grundgesetz ausnahmslos unzulässig. Eine Ungleichbehandlung anhand der Abstammung liegt aber auch dann vor, wenn es etwa bei Bewerbungen für öffentliche Stellen oder bei öffentlichen Ausschreibungen zu „Vetternwirtschaft“ im Wortsinn kommt. Für den Gesetzgeber gilt das Verbot der Ungleichbehandlung anhand der Abstammung nur sehr eingeschränkt. Insbesondere die Institutsgarantien des Familienrechts und des Erbrechts setzen im Gegenteil die Zulässigkeit der Unterscheidung nach der Abstammung gerade voraus.

⁹⁴ BVerfGE 97, 35 (43) (Hamburger Ruhegeldgesetz); 104, 373 (393) (Ausschluss von Doppelnamen); 121, 241 (254 f.) (Versorgungsabschlag); 138, 296 (354) (Kopftuch II).

⁹⁵ BVerfGE 113, 1 (15) (Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung).

⁹⁶ BVerfGE 121, 241 (254 f.) (Versorgungsabschlag). Vgl. auch BVerfGE 132, 172 (97 f.) (Elterngeld für Ausländer).

⁹⁷ BVerfGE 85, 191 (206 f.) (Nachtarbeitsverbot).

⁹⁸ BVerfGE 5, 17 (22) (Volljährigkeit bei Flüchtlingen); 9, 124 (128) (Armenrecht).

828

829

830

- 831 • Das Unterscheidungsverbot anhand der „**Rasse**“ knüpft ebenfalls an die Erfahrungen des Nationalsozialismus an. Eine „Rasse“ i. S. v. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist eine Menschengruppe, die – zumindest vermeintlich – nach biologischen, vererbaren Kriterien definiert werden kann.⁹⁹ Zwar ist der Begriff der „Rasse“ biologisch-wissenschaftlich nicht tragfähig. Für das Unterscheidungsverbot des Grundgesetzes genügt aber auch eine angenommene Zusammenfassung als „Rasse“.
- 832 • Das Merkmal der „**Sprache**“ soll insbesondere sprachliche Minderheiten wie etwa die Sorben und die Dänen schützen. Ihnen soll die Möglichkeit zum Gebrauch ihrer Muttersprache und zum Erhalt ihrer kulturellen Institutionen gegeben sein. Sprache ist insofern als „Muttersprache“ zu verstehen.¹⁰⁰
- 833 • Unter „**Heimat**“ ist die geografische Herkunft zu verstehen. Was aber im Einzelnen als „geografische Herkunft“ gilt, ist weithin unklar. Nicht gemeint ist jedenfalls der konkrete Wohnsitz bzw. der aktuelle Aufenthaltsort,¹⁰¹ sondern eher das (Bundes-)Land bzw. die Region der Geburt. Die sog. Landeskinderregelungen, die an den gegenwärtigen Wohnsitz anknüpfen, sind damit nicht am Verbot der Differenzierung nach der Heimat zu messen.¹⁰² Umstritten ist, ob unter „Heimat“ auch die Nationalität bzw. die Staatsangehörigkeit zu verstehen ist.¹⁰³
- 834 • „**Herkunft**“ meint im Gegensatz zu „Heimat“ die „sozial-standesmäßige Verwurzelung“.¹⁰⁴ Darunter fällt die geburtsmäßige Zugehörigkeit zu einer sozialen Schicht. Eine Bevorzugung oder Benachteiligung von Arbeiter- oder Unternehmerkindern ist daher verboten.
- 835 • Unter den Begriff des „**Glaubens**“ fallen – wie auch bei Art. 4 Abs. 1 GG¹⁰⁵ – religiöse und weltanschauliche Ansichten gleichermaßen.¹⁰⁶ Mit dem folgenden Merkmal der „religiösen Anschauungen“ besteht daher eine teilweise Übereinstimmung. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG stellt sich damit als Ausprägung der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates dar.
- 836 • Nicht abschließend geklärt ist der Begriff der „**politischen Anschauungen**“. Der Begriff erfasst jedenfalls das Haben einer politischen Überzeugung. Umstritten ist aber, ob darüber hinaus auch an das Äußern und Umsetzen einer politischen Anschauung keine Vor- oder Nachteile geknüpft werden dürfen. Das BVerfG hat dies in der Entscheidung zum Radikalenerlass verneint,¹⁰⁷ diese Ansicht allerdings seitdem nicht wiederholt. Dass nur das Haben einer politischen Anschauung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erfasst sein soll, kann auch nicht recht überzeugen: Denn bloß innere Einstellungen, die niemandem bekannt sind, kön-

⁹⁹ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 3 Rn. 122.

¹⁰⁰ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 3 Rn. 123.

¹⁰¹ BVerfGE 92, 26 (50) (Zweitregister).

¹⁰² BVerfG, NVwZ 1983, 243 (244).

¹⁰³ H. M.: nein, vgl. etwa Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 Rn. 395.

¹⁰⁴ BVerfGE 9, 124 (128) (Armenrecht); 48, 281 (288) (Spanischer Bürgerkrieg).

¹⁰⁵ Vgl. Rn. 308.

¹⁰⁶ Gubelt, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 101.

¹⁰⁷ BVerfGE 39, 334 (368) (Extremistenbeschluss).

nen schon aus praktischen Gründen nicht Anknüpfungspunkt einer Regelung sein.¹⁰⁸ Zudem gewinnen politische Anschauungen in der Demokratie vor allem dadurch Bedeutung, dass sie als Teil des „Meinungskampfs“ geäußert werden. Entsprechend unterfällt auch das Äußern und Umsetzen einer politischen Anschauung Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.¹⁰⁹ Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn es jemand unternimmt, die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.¹¹⁰ Diese Einschränkung vollzieht das Grundgesetz etwa in Art. 18 GG selbst nach.

- Verboten ist schließlich die Benachteiligung auf Grund einer „**Behinderung**“ (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG). Behinderung ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.¹¹¹ Nach der erst 1994 neu eingefügten Vorschrift darf der Gesetzgeber keine nachteiligen Rechtsfolgen an eine Behinderung knüpfen. Eine Benachteiligung liegt nicht nur bei Regelungen und Maßnahmen vor, die die Situation des Behinderten wegen seiner Behinderung verschlechtern, indem ihm etwa der tatsächlich mögliche Zutritt zu öffentlichen Einrichtungen verwehrt wird oder Leistungen, die grundsätzlich jedermann zustehen, verweigert werden. Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird.¹¹² Einer Bevorzugung zum Ausgleich bestehender Nachteile steht Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht entgegen; er erlaubt diese Bevorzugung im Umkehrschluss sogar.¹¹³ Verfassungsrechtlich geboten ist eine solche Bevorzugung allerdings grundsätzlich nicht.

837

2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Betrachtet man allein den **Wortlaut** des Art. 3 Abs. 3 GG, stellt sich die Frage der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung eigentlich nicht. Denn jede Bevorzugung oder Benachteiligung ist verboten, ohne dass unmittelbar Ausnahmen ersichtlich wären. Wie bei den vorbehaltlosen Freiheitsrechten geht das BVerfG jedoch auch hier über den Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG hinaus, indem es Ungleichbehandlungen unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.

838

¹⁰⁸ Zutreffend *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 3 Rn. 129.

¹⁰⁹ BVerfGE 63, 266 (304) (Verfassungsfeindlicher Rechtsanwalt, abw. Meinung *Simon*).

¹¹⁰ BVerfGE 13, 46 (49) (Kein Entschädigungsausschluss vor Parteiverbot).

¹¹¹ BVerfGE 96, 288 (301) (Integrative Beschulung).

¹¹² BVerfGE 96, 288 (303) (Integrative Beschulung); 99, 341 (357) (Testierausschluss Taubstummer).

¹¹³ BVerfGE 96, 288 (302 f.) (Integrative Beschulung).

839 Eine Rechtfertigung ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ausschließlich auf Grund **kollidierenden Verfassungsrechts** möglich.¹¹⁴ Erforderlich ist also, dass dem Differenzierungsverbot, d. h. der Pflicht zur Gleichbehandlung, eine konkrete Pflicht bzw. Erlaubnis zur Ungleichbehandlung aus der Verfassung entgegensteht.¹¹⁵ Als kollidierendes Verfassungsrecht kommen daher vor allem **Normen** in Betracht, **die Ungleichbehandlungen** auf Grund bestimmter Kriterien unmittelbar **zulassen** oder wenigstens nahe legen. Ein Beispiel ist Art. 12a Abs. 1 GG, der den Wehrdienst nur für Männer vorsieht.¹¹⁶ Auch Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 ff. WRV enthält Durchbrechungen des Art. 3 Abs. 3 GG, indem er gewisse Bevorzugungen von Religionsgesellschaften vorsieht bzw. erlaubt. Im Einzelfall können auch Schutzpflichten, etwa aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG,¹¹⁷ als kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht kommen. Staatsstruktur- und Staatszielbestimmungen (vgl. Art. 20, 20a GG) enthalten demgegenüber keine Pflicht oder Erlaubnis zur Ungleichbehandlung wegen eines in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kriteriums, sodass sie nicht als kollidierendes Verfassungsrecht herangezogen werden können.¹¹⁸

840 Erlaubt das Grundgesetz eine Ungleichbehandlung nicht ausdrücklich, wie etwa in Art. 12a Abs. 1 GG, ist stets eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** vorzunehmen, wobei im Einzelfall ein schonender Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz zu suchen ist. Besonders **hohe Anforderungen** sind an die Rechtfertigung von direkten Ungleichbehandlungen zu stellen, bei denen das verbotene Differenzierungskriterium rechtlich unmittelbar den Anknüpfungspunkt darstellt. Denn das Grundgesetz gibt für diese Fälle mit Art. 3 Abs. 3 GG unmissverständlich vor, dass Ungleichbehandlungen eben nicht vorkommen sollen. Daher muss es die absolute Ausnahme bleiben, dass sich der Staat unmittelbar über den eigentlich eindeutigen Wortlaut hinwegsetzt.¹¹⁹ **Geringeren Anforderungen** unterliegt staatliches Handeln, das nur indirekt (faktisch-mittelbar) an ein verbotenes Differenzierungskriterium anknüpft. Zwar hat sich das BVerfG zu derartigen Konstellationen noch nicht eindeutig geäußert. In der Literatur hat sich jedoch die Ansicht durchgesetzt, dass eine derartige Ungleichbehandlung ebenfalls durch kollidierendes Verfassungsrecht gedeckt sein muss. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sei jedoch ein weniger strenger Maßstab zu Grunde zu legen.¹²⁰ Diese Ansicht lässt sich damit begründen, dass sich indirekte Ungleichbehandlungen häufig weniger intensiv auswirken als direkte. Zudem ist der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG insofern weniger eindeutig, als er indirekte Ungleichbehandlungen nicht ausdrücklich umfasst. Solange der Gesetzgeber bei indirekten Ungleichbehandlungen überzeugende Gründe anführt, wird die Ungleichbehandlung daher zumeist zulässig sein.

¹¹⁴ BVerfGE 92, 91 (109) (Feuerwehrrabgabe); 114, 357 (364) (Aufenthaltserlaubnis); 121, 241 (257) (Versorgungsabschlag).

¹¹⁵ Vgl. Rn. 79 ff.

¹¹⁶ BVerfGE 92, 91 (112) (Feuerwehrrabgabe).

¹¹⁷ Vgl. Rn. 848 ff.

¹¹⁸ Boysen, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 132, 165.

¹¹⁹ Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 254.

¹²⁰ Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 254; Boysen, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 168.

Eine **Schlechterstellung Behinderter** ist schließlich dann gerechtfertigt, wenn das behinderungsbedingte Fehlen bestimmter Fähigkeiten die Schlechterstellung zwingend erfordert.¹²¹ Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ähnelt insofern der bei einer Ungleichbehandlung von Männern und Frauen.¹²²

841

3. Insbesondere: Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 GG)

Besondere Schwierigkeiten bereitet in der Praxis die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen von Männern und Frauen. Probleme bereiten zumeist drei Fallgruppen:

842

- Ungleichbehandlungen von Sachverhalten, die nur ein Geschlecht verwirklichen kann (etwa Schwangerschaft, Geburt etc.).
- Direkte oder indirekte Ungleichbehandlungen, die (vermeintlichen) geschlechtsspezifischen Unterschieden Rechnung tragen wollen, indem sie etwa Frauen von körperlich schwerer Arbeit ausnehmen.
- Ungleichbehandlungen zur Förderung von Frauen, um bestehende Nachteile zu überwinden. Hierzu zählen etwa Frauenquoten.

All diesen Fällen ist gemein, dass direkt oder indirekt zwischen Frauen und Männern unterschieden wird, obwohl dies nach Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG eigentlich unzulässig ist. Gleichzeitig zeigen aber tatsächlich bestehende geschlechtsspezifische Unterschiede, dass Frauen und Männer nicht absolut gleich behandelt werden können, ohne dass die entsprechenden Regelungen selbst zum Problem werden würden. Das BVerfG erlaubt daher eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts unter gegenüber den sonst bei Art. 3 Abs. 3 GG geltenden Regeln leicht modifizierten Voraussetzungen.

843

Das Problem der Rechtfertigung stellt sich allerdings nur dann, wenn überhaupt eine Ungleichbehandlung „wegen“ des Geschlechts vorliegt. An dieser Stelle ist umstritten, ob Ungleichbehandlungen von **Sachverhalten** auszuschneiden sind, **die nur ein Geschlecht verwirklichen kann**. Denn hier – so wird argumentiert – knüpft die Ungleichbehandlung nicht an die Eigenschaft als Frau, sondern an die als (werdende) Mutter an.¹²³ Auch wenn dies sicherlich zutrifft, bleibt dennoch zumindest eine indirekte Ungleichbehandlung von Frauen bestehen: Denn eine Regelung, die etwa an die Schwangerschaft anknüpft, trennt zuverlässig Frauen von Männern, auch wenn dies rechtlich nicht gesagt wird. Daher erscheint es eher zutreffend, derartige Ungleichbehandlungen – wie alle anderen indirekten Ungleichbehandlungen auch – den Rechtfertigungsanforderungen zu unterwerfen.¹²⁴

844

¹²¹ BVerfGE 99, 341 (357) (Testierausschluss Taubstummer); BVerfGK 3, 74 (76).

¹²² Vgl. Rn. 842 ff.

¹²³ Boysen, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 164 m. w. N.

¹²⁴ Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 275.

845 Gerechtfertigt sind Ungleichbehandlungen, die „zur Lösung von Problemen, die **ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen** auftreten können, zwingend erforderlich sind.“¹²⁵ Erforderlich sind also in der „Natur“ von Frauen und Männern liegende biologische Unterschiede, die eine Differenzierung zwingend erfordern. Zudem ist eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. In der Frühzeit seiner Rechtsprechung war das BVerfG hier sehr großzügig und erkannte „objektive biologische oder funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede“¹²⁶ etwa darin, dass die Frau „durch Haushaltsführung und Sorge für die Kinder“ zum Unterhalt der Familie beitrage, was der Staat entsprechend bei den Unterhaltsregelungen berücksichtigen dürfe. Der „funktionale (arbeitsteilige) Unterschied“ lag hier wohl in der traditionellen Aufgabenverteilung – der Mann bei der (Erwerbs-)Arbeit, die Frau am Herd.

846 Später hat das BVerfG seine Rechtsprechung jedoch deutlich verschärft und ausgeführt, dass überkommene Rollenverteilungen nicht verfestigt werden dürfen.¹²⁷ Entsprechend sind „funktionale“ Unterschiede überhaupt nicht und **biologische Unterschiede nur in seltenen Ausnahmefällen** anzuerkennen. So hielt das BVerfG in jüngerer Zeit sowohl das Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen als auch die Befreiung der Frauen vom Feuerwehrdienst nicht für zulässig.¹²⁸ In beiden Fällen seien Frauen weder natürlicherweise besonders schutzwürdig, noch erfordere die Nachtarbeit oder der Feuerwehrdienst generell körperliche Kräfte, über die Frauen naturgemäß nicht verfügen könnten. Die Bereitschaft des BVerfG, biologische Unterschiede zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen genügen zu lassen, ist daher heute als gering anzusehen.

BVerfGE 92, 91 (109) (Feuerwehrrabgabe): „Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind an das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen mit Art. 3 Abs. 3 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind. Art. 3 Abs. 2 GG enthält daneben keine weiter gehenden oder speziellen Anforderungen. Sein über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichender Regelungsgehalt besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Das ist inzwischen durch die Anfügung von S. 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ausdrücklich klargestellt worden. Fehlt es an zwingenden Gründen für eine Ungleichbehandlung, lässt sich diese nur noch im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht legitimieren. Insoweit kommt vor allem das erwähnte Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht, das den Gesetzgeber berechtigt, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen.“

847 Kommt eine Rechtfertigung auf Grund biologischer Unterschiede nicht in Betracht, verbleibt die Möglichkeit einer **Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht**. Gegenüber Art. 3 Abs. 3 GG gelten hier grundsätzlich keine Be-

¹²⁵ BVerfGE 85, 191 (207) (Nachtarbeitsverbot); 92, 91 (109) (Feuerwehrrabgabe); 114, 357 (364) (Aufenthaltsurlaubnis).

¹²⁶ BVerfGE 3, 225 (242) (Gleichberechtigung).

¹²⁷ BVerfGE 85, 191 (207) (Nachtarbeitsverbot).

¹²⁸ BVerfGE 85, 191 (207 ff.) (Nachtarbeitsverbot); 92, 91 (109 ff.) (Feuerwehrrabgabe).

sonderheiten. Allerdings kann die Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG als kollidierende Verfassungsrechtsnorm zur Rechtfertigung bestimmter Bevorzugungen von Frauen führen.

Die erst 1994 neu eingefügte Bestimmung des **Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG** enthält ihrem Wortlaut nach eine **Förderungspflicht des Staates**. Der Staat soll die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirken. Gelegentlich wird Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG auch als Staatszielbestimmung bezeichnet.¹²⁹

848

BVerfGE 85, 191 (206 f.) (Nachtarbeitsverbot): „Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von **Art. 3 Abs. 2 GG** besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. **Er zielt auf die Angleichung der Lebensverhältnisse. So müssen Frauen die gleichen Erwerbschancen haben wie Männer. Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.** Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen wegen des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.“

Den Staat treffen aus dieser Verfassungsnorm durchaus konkrete Pflichten, etwa durch Bereitstellung von Kindergartenplätzen dafür zu sorgen, dass Familienentätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt.¹³⁰ Verletzt der Staat seine Förderungspflicht, bei deren Verwirklichung ihm allerdings wie auch sonst bei Schutz- und Förderungspflichten ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt,¹³¹ hat der Einzelne ein **subjektives Recht** darauf, dass der Staat seiner Pflicht nachkommt.

849

Problematisch ist allerdings, wie weit der Staat im Rahmen seiner Förderungspflicht gehen darf. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber jedenfalls, **individuelle Chancengleichheit** herzustellen.¹³² Darf er aber darüber hinaus auch eine (gewisse) „**Ergebnisgleichheit**“ dadurch herstellen, dass er etwa mittels Frauenquoten bei Einstellungen in den öffentlichen Dienst oder mittels der Bevorzugung Frauen fördernder Unternehmen bei der öffentlichen Auftragsvergabe der Gleichstellung im Ergebnis zum Erfolg verhilft, obwohl dies Männer im Einzelfall benachteiligt? Steht einer Frauenquote im öffentlichen Dienst nicht zudem die Vorschrift des **Art. 33 Abs. 2 GG** entgegen, die lediglich Eignung, Befähigung und fachliche Leistung als Gründe für eine Einstellung gelten lässt? Diese Frage ist seit Jahren äußerst umstritten und in ihren dogmatischen Einzelheiten kaum mehr überschau-

850

¹²⁹ Gubelt, in: v. Münch/Kunig, Art. 3 Rn. 93b.

¹³⁰ BVerfGE 97, 332 (348) (Kindergartenbeiträge).

¹³¹ Vgl. Rn. 16, 126 f.

¹³² Sachs, VerfR II, Kap. B 3 Rn. 139.

bar; eine Vielzahl von Monografien widmet sich ihr bis ins letzte Detail.¹³³ Für die Verpflichtung des Staates zur Herstellung einer „Ergebnisgleichheit“ wird jedenfalls häufig angeführt, Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG enthalte ein „Gruppengrundrecht“ der Frauen, welches ihnen eine gleichmäßige Beteiligung in allen Lebensbereichen garantiere.¹³⁴ Die Existenz von Gruppengrundrechten (= kollektiven Grundrechten) wird man dem Grundgesetz jedoch mit keiner anerkannten Auslegungsmethode entnehmen können. Jedenfalls auf generelle „Ergebnisgleichheit“ zielt das Grundgesetz daher nicht.

851 Frauenquoten können dennoch als **Ultima Ratio** dann zulässig sein, wenn man sie im Einzelfall zur Herstellung „individueller Chancengleichheit“ für notwendig erachtet.¹³⁵ Denkbar ist dies etwa dann, wenn man in von Männern dominierten Verwaltungen sachlich unbegründete Vorbehalte gegen Frauen vermutet. In jedem Fall muss allerdings ein schonender Ausgleich zwischen der Förderungspflicht aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und dem Grundrecht des im Einzelfall benachteiligten Mannes aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gefunden werden. In Rechtsprechung und Literatur kristallisiert sich unterdessen langsam ein Mittelweg heraus. Maßgeblichen Einfluss hierauf hat die Rechtsprechung des EuGH zur Vereinbarkeit von Frauenquoten mit Art. 157 AEUV, der in Verbindung mit sekundärrechtlichen Regelungen¹³⁶ ein striktes Gleichbehandlungsgebot enthält. Der **EuGH** hält eine Bevorzugung von Frauen bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst dann für zulässig, wenn

- die weibliche Bewerberin mindestens ebenso qualifiziert ist wie der männliche Bewerber,
- in einer Funktions- oder Vergütungsgruppe nicht mindestens 50 % Frauenanteil erreicht sind und
- nicht in der Person des männlichen Mitbewerbers Gründe liegen, die dessen Einstellung erfordern (sog. Öffnungsklausel).¹³⁷

852 Diese – vollkommen unabhängig von deutschem Verfassungsrecht entwickelten – Maßgaben werden zunehmend auch für mit nationalem Verfassungsrecht vereinbar gehalten. Insbesondere Art. 33 Abs. 2 GG steht dem nicht entgegen. Denn Art. 33 Abs. 2 GG sagt nur, dass der qualifizierteste Bewerber einzustellen ist. Er trifft aber keine Aussage darüber, welcher Bewerber aus einer Gruppe gleich qualifizierter Bewerber auszuwählen ist.¹³⁸

¹³³ Nachweise bei *Heun*, in: Dreier, Art. 3 Rn. 101 f.; *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996.

¹³⁴ *Slupik*, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, 1988, S. 85 ff.

¹³⁵ *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 286 ff.

¹³⁶ Insbesondere die RL 76/207/EWG.

¹³⁷ EuGH, Slg. 1995, I-3051 (Rn. 16 ff.) (Kalanke); Slg. 1997, I-6363 (Rn. 23 ff.) (Marshall).

¹³⁸ *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 287 mit Nachweisen auch zur Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte in den Fn. 619–622. Der Rechtsprechung des EuGH haben sich die deutschen Gerichte angeschlossen, vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2000, 176 (177 ff.); BVerwG, NVwZ 2003, 92 (94 f.).

Kommt schließlich eine Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG nicht in Betracht, ist, wie sonst bei Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG auch, nach sonstigem kollidierendem Verfassungsrecht zu suchen.¹³⁹

853

IV. Weitere besondere Gleichheitssätze

Das Grundgesetz enthält schließlich einige weitere Normen, denen unmittelbar oder im Wege der Auslegung Gleichbehandlungsgebote bzw. Differenzierungsverbote zu entnehmen sind. Zu nennen sind hier **Art. 6 Abs. 1 GG** (Verbot der Benachteiligung von Ehe und Familie),¹⁴⁰ **Art. 21 GG** i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG, (Chancengleichheit der Parteien), **Art. 33 Abs. 1–3 GG** (gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern [I], Vergabe öffentlicher Ämter nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung [II], Unabhängigkeit staatsbürgerlicher Rechte von Glauben und Bekenntnis [III]) und **Art. 38 Abs. 1 GG** (Wahlrechtsgleichheit, Gleichheit der Abgeordneten). Zu beachten ist, dass die Rechte aus Art. 33, 38 GG gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG als sog. grundrechtsgleiche Rechte¹⁴¹ ebenfalls **verfassungsbeschwerdefähig** sind. Sämtliche besonderen Gleichheitssätze gehen Art. 3 Abs. 1 GG als speziellere Normen vor. Die Prüfung in der Fallbearbeitung erfolgt ähnlich wie bei Art. 3 Abs. 1 GG: Liegt eine Ungleichbehandlung vor, ist deren Rechtfertigung zu prüfen, wobei allerdings eine gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG erhöhte Rechtfertigungslast besteht.

854

Näherer Erörterung bedürfen an dieser Stelle lediglich die **Rechte aus Art. 33 Abs. 1–3 GG**. Art. 33 Abs. 1 GG beginnt mit der Feststellung, dass jeder Deutsche in jedem Bundesland die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten hat. Art. 33 Abs. 2 GG trifft demgegenüber eine Spezialregelung für den Zugang zum öffentlichen Dienst. Unter den Begriff Zugang fallen neben der Einstellung auch die Beförderung und der Aufstieg.¹⁴² Zulässige Kriterien sind hier (zunächst) nur Eignung, Befähigung und fachliche Leistung („Prinzip der Bestenauslese“). Dabei dürfen allerdings durchaus körperliche, psychische oder charakterliche Merkmale in der Person des Bewerbers als Merkmale der „Eignung“ berücksichtigt werden,¹⁴³ solange keine nach Art. 33 Abs. 3, 3 Abs. 3 GG verbotenen Merkmale herangezogen werden. Art. 33 Abs. 3 GG verbietet jede Benachteiligung aus Gründen des Glaubens. Diese Vorschrift ist gegenüber Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eigentlich überflüssig. Hinsichtlich staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten ist sie gleichwohl lex specialis gegenüber Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und daher vorrangig zu prüfen.¹⁴⁴ Liegt eine Ungleichbehandlung i. S. v. Art. 33 Abs. 1–3 GG vor, kann diese ausnahmsweise durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden, wobei das zu Art. 3 Abs. 3 GG Gesagte entsprechend gilt.¹⁴⁵

855

¹³⁹ BVerfGE 92, 91 (109) (Feuerwehrrabgabe); 114, 357 (364) (Aufenthaltsurlaubnis).

¹⁴⁰ Dies ist umstritten, vgl. Rn. 511.

¹⁴¹ Als grundrechtsgleiche Rechte werden die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG neben den Grundrechten ausdrücklich benannten Rechte bezeichnet.

¹⁴² Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 33 Rn. 10.

¹⁴³ BVerfGE 92, 140 (151) (Sonderkündigung).

¹⁴⁴ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 33 Rn. 8.

¹⁴⁵ BVerwGE 122, 237 (239).

V. Folgen eines Gleichheitsverstoßes

856 Ein wesentlicher Unterschied zu den Freiheitsrechten besteht bei den Folgen eines Verfassungsverstoßes. Greift der Staat ungerechtfertigt in ein Freiheitsrecht ein, ist der eingreifende Rechtsakt verfassungswidrig und zugleich nichtig. Der Bürger gewinnt in diesen Fällen unmittelbar durch das Verfassungsgerichtsurteil, das die Nichtigkeitserklärung enthält (vgl. nur § 82 Abs. 1, § 88 i. V. m. § 78 S. 1, § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG), seine Freiheit wieder. Liegt jedoch ein ungerechtfertigter Verstoß gegen ein Gleichheitsrecht vor, gibt es eine derart eindeutige Rechtsfolge nicht. Wendet sich also ein Bürger erfolgreich gegen eine ihn treffende Belastung, der andere Bürger nicht unterliegen, kann Gleichheit dadurch hergestellt werden, dass entweder niemand oder aber alle zukünftig der Belastung unterfallen. Erstrebt der Bürger hingegen umgekehrt die Teilhabe an einer Begünstigung, die andere Bürger bereits erhalten, kann auch hier der Staat die Begünstigung insgesamt streichen oder aber alle Bürger daran teilhaben lassen. Die bei Ungleichbehandlungen fällige Entscheidung darüber, auf welche Art und Weise Gleichheit im Einzelfall hergestellt wird, obliegt jedoch nicht dem BVerfG. Dessen Aufgabe ist die Rechtsprechung (Art. 92 GG), nicht aber die Gestaltung des Rechts. Letzteres ist vielmehr Aufgabe der Legislative bzw. gegebenenfalls der Exekutive.¹⁴⁶ Das BVerfG ist daher sehr zurückhaltend und erklärt Regelungen, die ungleich Belastungen auferlegen bzw. ungleich Begünstigungen gewähren, grundsätzlich lediglich für **mit dem Grundgesetz unvereinbar**, nicht aber für nichtig (vgl. § 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG).¹⁴⁷ Die Regelung gilt zunächst fort, wobei das BVerfG im Einzelnen bestimmt, in welchem Umfang sie weiter angewandt werden kann.¹⁴⁸ Zudem setzt das BVerfG regelmäßig eine Frist zur Beseitigung der Ungleichbehandlung.¹⁴⁹

BVerfGE 22, 349 (360 ff.) (Armenrecht II): „Das Begehren der Verfassungsbeschwerde ist also nicht auf die Nichtigkeit der genannten Vorschrift im Ganzen gerichtet – damit würde jede Grundlage für den Klageanspruch entfallen –, sondern (positiv ausgedrückt) auf die Ausdehnung der Regelung auf die Waisen oder (negativ ausgedrückt) auf die Nichtigkeitserklärung des Ausschlusses der Waisen von der gesetzlichen Vergünstigung oder jedenfalls auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit dieses Ausschlusses mit dem Ziel ihrer nachfolgenden Einbeziehung durch den Gesetzgeber.

(...) **In den bezeichneten Fällen kann ein Verstoß des Gesetzgebers gegen Art. 3 Abs. 1 GG regelmäßig auf verschiedene Weise geheilt werden: Entweder wird die übergangene Gruppe in die gesetzliche Vergünstigung einbezogen, oder die Vergünstigung wird überhaupt beseitigt, oder der Kreis der Begünstigten wird nach anderen, dem Art. 3 Abs. 1 GG entsprechenden Merkmalen abgegrenzt.** Welche dieser Möglichkeiten im konkreten Fall gewählt werden soll, muss grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben, zumal ihm bei begünstigenden Regelungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG ein weiter Ermessensspielraum zusteht. Das Bundesverfassungsgericht darf daher bei Feststellung des Verfassungsverstoßes nicht selbst die verletzte Gleichheit wiederherstellen, indem es die gesetzliche Vergünstigung auf die übergangene Personengruppe ausdehnt, weil es damit der Entscheidung des Gesetzgebers vorgreifen

¹⁴⁶ BVerfGE 22, 349 (361) (Armenrecht II); 100, 195 (208) (Einheitswert).

¹⁴⁷ Vgl. BVerfGE 117, 163 (199) (Anwaltliche Erfolgshonorare); 121, 317 (373) (Rauchverbot).

¹⁴⁸ Vgl. BVerfGE 84, 9 (22) (Ehenamen); 121, 317 (376) (Rauchverbot).

¹⁴⁹ Vgl. BVerfGE 84, 239 (285) (Kapitalertragsteuer); BVerfGE 129, 49 (77) (BAföG-Teilerlass).

würde. Etwas anderes gilt nur, wenn mit Rücksicht auf einen zwingenden Verfassungsauftrag oder nach den sonstigen Umständen des Einzelfalles nur diese eine Möglichkeit zur Beseitigung des Verfassungsverstoßes in Betracht kommt.“

Von dieser Rechtsprechung, die die Beseitigung von Gleichheitsverstößen grundsätzlich dem Gesetzgeber überlässt, gibt es jedoch **Ausnahmen**:

857

- Verlangt der Bürger die **Teilhabe an einer Begünstigung**, die ihm nach dem Gesetz nicht zusteht, müsste das insofern „lückenhafte“ Gesetz entsprechend ergänzt werden. Diese Ergänzung ist eine originäre Aufgabe des Gesetzgebers. Das BVerfG dehnt Begünstigungen daher nur in den seltenen Fällen unmittelbar auf die benachteiligte Gruppe aus, in denen dies der einzige Weg zur Beseitigung des Verfassungsverstoßes ist. Dies kommt dann in Frage, wenn entweder ein Verfassungsauftrag zur Ausweitung der Begünstigung zwingt¹⁵⁰ (z. B. aus Art. 6 Abs. 1 GG), oder aber der Gesetzgeber erkennbar selbst die Ausweitung der Begünstigung beabsichtigt.¹⁵¹
- Verlangt der Bürger die **Befreiung von einer Belastung**, erklärt das BVerfG die belastende Vorschrift nur für nichtig, wenn klar ist, dass der Gesetzgeber das Gesetz auch ohne die belastende Vorschrift aufrechterhalten hätte.¹⁵²
- Gelegentlich trifft das BVerfG selbst **Übergangsregelungen** bzw. regelt ganze Rechtsbereiche für den Fall neu, dass der Gesetzgeber bis zum Ablauf einer Frist untätig bleibt.¹⁵³ Für dieses Vorgehen fehlt im BVerfGG jedoch jede Ermächtigung, weshalb der Erlass von Übergangsregelungen durch das BVerfG rechtlich angreifbar, praktisch aber wohl unvermeidlich ist.¹⁵⁴

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Auch wenn die Tenorierung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung i. d. R. nicht verlangt wird, sollte das Problem der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit jedoch zumindest bei Arbeiten mit gleichheitsrechtlichem Schwerpunkt angerissen werden. Eine „Falle“ ist allerdings zu vermeiden: Liegt neben einer Verletzung des Gleichheitssatzes eine Verletzung von Freiheitsrechten vor – das ist in der Fallbearbeitung eher die Regel als die Ausnahme –, stellt sich die Problematik von vornherein nicht: Wegen der Verletzung des Freiheitsrechts ist die ganze Regelung nichtig.

858

¹⁵⁰ BVerfGE 22, 349 (362) (Armenrecht II).

¹⁵¹ BVerfGE 8, 28 (379) (Besoldungsrecht).

¹⁵² BVerfGE 4, 219 (250) (Junktimklausel).

¹⁵³ Vgl. etwa BVerfGE 99, 216 (244 f.) (Familienlastenausgleich).

¹⁵⁴ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 453 f.

859

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Prüfungsmaßstab beim allg. Gleichheitssatz (Rn. 794 ff.).
- Gleichheit im Steuer- und Abgabenrecht (Rn. 802 ff.).
- (Un-)Gleichbehandlung bei verschiedenen Hoheitsträgern (z. B. Inländerdiskriminierung) (Rn. 793).
- Frauenquoten/Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG (Rn. 850 ff.).
- Art. 3 Abs. 1 GG als „Nebenproblem“ in primär freiheitsrechtlichen Klausuren (Vorsicht, der Sachverhalt weist nicht immer auf das Gleichheitsproblem hin!).

860

Prüfungsaufbau: Gleichheitsrechte - Teil I -

A. Verstoß gegen einen besonderen Gleichheitssatz (z.B. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG)

I. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

- 1) **Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem?**
- 2) **Anknüpfung an ein verbotenes Kriterium**
 - direkt/indirekt
- 3) **Kausalität zwischen Anknüpfung und Ungleichbehandlung**
- 4) **Rechtliche Relevanz der Ungleichbehandlung**
 - gleicher Hoheitsträger?

II. Rechtfertigung

- 1) **Bei Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG ("Männer und Frauen")**
 - Zwingende biologische Unterschiede (Ausnahme!)?
- 2) **Kollidierendes Verfassungsrecht**
 - a) Ausdrücklich erlaubte Ungleichbehandlung, etwa Art. 12a Abs. 1 GG; dann keine Verhältnismäßigkeitsprüfung
 - b) Sonstiges "Kollidierendes Verfassungsrecht"
 - aa) Kollidierende Normen etwa Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG
 - bb) Verhältnismäßigkeit: Strenge Prüfung, Rechtfertigung nur ausnahmsweise

Anmerkung: Die Verletzung besonderer Gleichheitssätze ist nur zu prüfen, wenn dies ernstlich in Betracht kommt.

Prüfungsaufbau: Gleichheitsrechte - Teil II -

B. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

I. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung

- 1) **Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem?**
 - ggf. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem?
- 2) **Rechtliche Relevanz der Ungleichbehandlung**

II. Rechtfertigung

Verhältnismäßigkeitsprüfung

- 1) Legitimes Ziel der Ungleichbehandlung (interne/externe Zwecke)
- 2) Eignung
- 3) Erforderlichkeit
- 4) Angemessenheit

Stufenloser Prüfungsmaßstab, der von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reicht.

Abwägung:

Art und Gewicht des Zwecks sowie Intensität der Ungleichbehandlung

© Epping, Grundrechte

Kapitel 17: Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG)

Literatur:

v. *Mutius, Albert*, Die Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG, Jura 1984, 193 ff.; *Neumann, Dirk*, Der Schutz der negativen Koalitionsfreiheit, RdA 1989, 243 ff.; *Nolte, Norbert/Planker, Markus*, Vereinigungsfreiheit und Vereinsbetätigung, Jura 1993, 635 ff.; *Schwarze, Roland*, Die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes – BVerfGE 84, 212, JuS 1994, 653 ff.

Fallbearbeitungen:

Aust, Helmut Philipp/Gutmann, Chris, Streikrecht aus Straßburg? Das beamtenrechtliche Streikverbot unter Anpassungsdruck, Jura 2015, 282 ff. Brinktrine, Ralf/Sarčević, Edin, Klausur Nr. 1 (S. 1 ff.); *Günther, Thomas/Franz, Einiko B.*, Grundfälle zu Art. 9 GG, JuS 2006, 787 ff., 873 ff.; *Höfling, Wolfram*, Fall 11 (S. 123 ff.); *Pieroth, Bodo/Görisch, Christoph/Hartmann, Bernd J.*, Fall Nr. 5 (S. 121 ff.); *Pollmann, Holger*, Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Grundrechts- und grundfreiheitenkonforme Zwangsmitgliedschaft – Strategische Erdgasreserven, JuS 2010, 626 ff.; *Schleusener, Arno*, Arbeitsrecht: Die Gewerkschaft in der Gewerkschaft, JuS 2001, 471 ff.; *Volkman, Uwe*, Fall 10 (S. 284 ff.).

Leitentscheidungen:

BVerfGE 2, 1 ff. (SRP-Verbot); 15, 235 ff. (Zwangsmitgliedschaft); 50, 290 ff. (Mitbestimmung); 93, 352 ff. (Mitgliederwerbung II); 116, 202 ff. (Tariftreueerklärung); 124, 25 ff. (Kontrahierungszwang für Krankenversicherungen); BVerwG, NVwZ 2014, 736 ff. (Streikrecht für Beamte).

I. Hintergrund

Art. 9 GG verbürgt zwei Grundrechte, nämlich in Abs. 1 die allgemeine Vereinigungsfreiheit und in Abs. 3 die Koalitionsfreiheit. Die Vereinigungsfreiheit wurde bereits in Art. 162 der Paulskirchenverfassung genannt und in Art. 124 WRV geschützt. Bei Art. 9 Abs. 3 GG handelt es sich demgegenüber nicht um ein klassisches Grundrecht. Auch wenn die historische Betrachtung bis zu den Gesellenbünden des frühen Mittelalters zurückreicht,¹ hat sich die Koalitionsfreiheit erst im

862

¹ Vgl. die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Koalitionsfreiheit bei *Kittner*, Geschichte des Arbeitskampfes, 2005, S. 18 ff., 47 ff.; nach *Ritscher*, Koalitionen und Koalitionsrecht, 1992 (Nachdruck), S. 4, lässt sich eine solche Koalition erstmals 1329 in Breslau nachweisen (vgl. die auf S. 269 abgedruckte Ratsurkunde).

Zuge der Industrialisierung im 19. Jahrhundert herausgebildet. In der Paulskirchenverfassung wurde die Koalitionsfreiheit nicht ausdrücklich geschützt. Allenfalls könnte man sie unter die „Vereinigungsfreiheit“ fassen. Art. 9 Abs. 3 GG geht auf den fast wortgleichen Art. 159 WRV zurück. Aus diesem Grund ist die sozial- und dogmengeschichtliche Entwicklung der Koalitionsfreiheit bei der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG besonders zu berücksichtigen.² Die besondere Bedeutung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit wird daran deutlich, dass zahlreiche europäische und internationale Vorschriften zu ihrem Schutz bestehen. Zu nennen sind insbesondere Art. 11 EMRK und Art. 12, 28 GR-Charta sowie Art. 20 und Art. 23 Nr. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.

863 In einem demokratisch verfassten Gemeinwesen kommt den Vereinigungen eine große Bedeutung bei der politischen Willensbildung zu. Art. 9 GG ist aus diesem Grund ebenso wie Art. 8 GG eine Komplementärgarantie zur Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG).³ Systematisch lässt sich Art. 9 GG demnach nicht nur als Wirtschaftsgrundrecht, sondern auch als Kommunikationsgrundrecht einordnen, da Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit der „kommunikativen Verfolgung politischer, sozialer und privater Zwecke“⁴ dienen.

II. Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)

864 Fall 26: Missliebige Zwangsmitgliedschaft

Die Versicherungsmaklerin V betätigt sich im Bezirk der Industrie- und Handelskammer B (IHK B). Bereits in der Vergangenheit hat V sich über diese „antiquierte Organisation“ geärgert, die doch nur von ihren Beiträgen lebe, ohne irgendeinen Nutzen für ihre Mitglieder zu bringen. Wegen der Weite des Gewerbebegriffs und der damit einhergehenden Vielfalt der Mitglieder fühle sie sich sowieso nicht richtig repräsentiert. Als im Vorfeld einer Bundestagswahl die IHK B ganzseitige Zeitungsanzeigen unter der Überschrift „Ein wirtschaftlich denkender Mensch kann nicht die S-Partei wählen“ veranlasst, reicht es der V, die sich der S-Partei zugehörig fühlt. Der kurz nach der Anzeigenveröffentlichung bei ihr eintreffende Beitragsbescheid regt die V derartig auf, dass sie – weil sie sich nicht anders zu helfen weiß – direkt an das BVerfG schreibt und Verfassungsbeschwerde gegen die Pflichtmitgliedschaft in der IHK B nach dem IHK-G einlegt.

1. Ist die Verfassungsbeschwerde der V zulässig und begründet? Nehmen Sie zu den aufgeworfenen Fragen – gegebenenfalls hilfsgutachterlich – Stellung.
2. Kann sich die V dagegen wehren, dass sich die IHK B allgemeinpolitisch äußert?

² BVerfGE 38, 386 (394) (Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern); 44, 322 (347 f.) (Allgemeinverbindlicherklärung I); 50, 290 (366 f.) (Mitbestimmung).

³ Murswiek, JuS 1992, 116 (117).

⁴ Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 340.

§ 1 Abs. 1 IHK-G: Die Industrie- und Handelskammern haben (...) die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirkes wahrzunehmen, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbezweige oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen; dabei obliegt es ihnen insbesondere, durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden zu unterstützen und zu beraten sowie für Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken.

§ 2 Abs. 1 IHK-G: Zur Industrie- und Handelskammer gehören (...) natürliche Personen, (...) welche im Bezirk der Industrie- und Handelskammer entweder eine gewerbliche Niederlassung oder eine Betriebsstätte oder Verkaufsstelle unterhalten.

§ 3 IHK-G

(1) Die Industrie- und Handelskammer ist Körperschaft des öffentlichen Rechts.

(2) Die Kosten der Errichtung und Tätigkeit der Industrie- und Handelskammer werden (...) durch Beiträge der Kammerzugehörigen (...) aufgebracht.

Fall nachgebildet BVerwGE 107, 169 ff.

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

aa) Individuelle Vereinigungsfreiheit

Bei der Vereinigungsfreiheit handelt es sich nach Art. 9 Abs. 1 GG um ein sog. Deutschen-Grundrecht. Ausländern ist die Vereinsbildung bzw. die entsprechende Betätigung nicht untersagt; sie können sich nur nicht auf ein spezielles Grundrecht zu ihrem Schutze berufen, sondern sind auf das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG verwiesen.⁵

865

bb) Kollektive Vereinigungsfreiheit

Personenmehrheiten können sich grundsätzlich nur nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG⁶ auf die Grundrechte berufen. Bei der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG ebenso wie bei der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG gehen indes sowohl Rechtsprechung als auch weite Teile der Literatur davon aus, dass die Vereinigungen bzw. Koalitionen unmittelbar aus dem entsprechenden Grundrecht be-

866

⁵ Zu Art. 2 Abs. 1 GG und zum Grundrechtsschutz für EU-Ausländer vgl. Rn. 583 ff.

⁶ Vgl. Rn. 156 ff.

rechtigt sind.⁷ Deshalb wird Art. 9 GG auch als **Doppelgrundrecht** bezeichnet. Die Gegenauffassung⁸ möchte auch bei der Vereinigungsfreiheit keine Ausnahme von der üblichen Grundrechtsdogmatik machen und zieht deshalb Art. 19 Abs. 3 GG heran. Für den Grundrechtsschutz ergeben sich aber im Ergebnis keine Unterschiede, zumal auch die erstgenannte Ansicht in Anlehnung an Art. 19 Abs. 3 GG den Grundrechtsschutz der Vereinigungsfreiheit auf solche Vereinigungen beschränkt, die ihren Sitz in der Bundesrepublik haben.⁹

867

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In einer Klausur kann der überwiegenden Ansicht, die die Grundrechtsberechtigung von Personenmehrheiten unmittelbar aus Art. 9 GG herleitet, gefolgt werden. Ein kurzer Hinweis darauf, dass auch die Gegenauffassung über Art. 19 Abs. 3 GG den persönlichen Schutzbereich eröffnet sieht, reicht aus.

868

Da es sich bei der Vereinigungsfreiheit um ein so genanntes Deutsches-Grundrecht handelt, werden auch Vereine, deren Mitglieder oder Leiter sämtlich oder überwiegend Ausländer sind (sog. **Ausländervereine**) nicht durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützt.¹⁰ In diesen Fällen erfolgt – wie auch bei der individuellen Koalitionsfreiheit – ein grundrechtlicher Schutz allein nach Maßgabe von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG.

b) Sachlicher Schutzbereich

aa) Positive Vereinigungsfreiheit

(1) Begriff der Vereinigung

869

Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden; Oberbegriff hierfür ist die „Vereinigung“. Die verfassungsrechtliche Definition der Vereinigung stimmt mit der Legaldefinition des Vereins in § 2 Abs. 1 VereinsG überein: „Verein im Sinne dieses Gesetzes ist ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat.“

⁷ BVerfGE 13, 174 (175) (DFD-Verbot); 80, 244 (253) (Vereinsverbot); Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 11. Vgl. allgemein zu diesem Streit Murswiek, JuS 1992, 116 (118). Vgl. zur ähnlichen Problematik bei Art. 4 GG Rn. 303 ff.

⁸ Höfling, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 25 f.; Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 9 Rn. 23 ff.

⁹ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 11.

¹⁰ BVerfG, NVwZ 2000, 1281 ff.; a. A. Sachs, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 56.

Hinweis zur Fallbearbeitung:

Der Verweis auf § 2 Abs. 1 VereinsG ist nur als eine Merkhilfe zu verstehen, da unter Beachtung der Normenhierarchie eine einfachrechtliche Definition nicht den Inhalt des Verfassungsrechts bestimmen kann.¹¹ Der Begriff der Vereinigung ist eigenständig aus der Verfassung zu gewinnen. Aus diesem Grund darf in einer Klausur zur Definition der Vereinigung nicht auf § 2 Abs. 1 VereinsG abgestellt werden.

870

Der Hinweis auf die „Rechtsform“ deutet auf eine Besonderheit des Art. 9 Abs. 1 GG hin: Wie Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG ist auch Art. 9 Abs. 1 GG ein – wenn auch nur teilweise – **normgeprägtes Grundrecht**.¹² Denn ein Zusammenschluss von Menschen in einer Vereinigung ist zwar auch ohne Zutun des Staates auf Grund freier Willensübereinkunft möglich. Eine *rechtliche* Vereinigung ist hingegen nur dann möglich, wenn die Rechtsordnung dazu entsprechende Möglichkeiten bereitstellt. Auf diesen Aspekt bezieht sich die in Art. 9 Abs. 1 GG enthaltene **Einrichtungsgarantie**¹³ zunächst, wenn sie vom Staat die Bereitstellung einer hinreichenden Vielfalt dieser Möglichkeiten verlangt. Dies ist etwa durch das BGB-Vereinsrecht, das Recht der Personengesellschaften (§§ 705 ff. BGB, §§ 105 ff. HGB) und das Recht der Kapitalgesellschaften (u. a. AktG, GmbHG) geschehen. Darüber hinaus werden die Vereinigungen erst durch die **Ausgestaltung** ihrer rechtlichen Möglichkeiten in die Lage versetzt, am Rechtsverkehr teilzunehmen und sich rechtlich zu binden. Auch insoweit muss der Staat folglich Regelungen schaffen.

871

Nach umstrittener Ansicht reichen bereits **zwei Personen** aus, um eine Vereinigung zu gründen;¹⁴ die Ein-Mann-GmbH (vgl. § 1 GmbHG) ist jedenfalls keine Vereinigung. Kennzeichnendes Merkmal der Vereinigung ist zunächst die **Freiwilligkeit** des Zusammenschlusses; Zwangsverbände¹⁵ öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Natur werden vom Schutzbereich des Art. 9 GG nicht erfasst. An den **gemeinsamen Zweck** werden keine besonderen Anforderungen gestellt. Der Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG bezieht sich nicht nur auf politische Vereine. Erfasst werden sämtliche Zusammenschlüsse, seien sie wirtschaftlicher, politischer oder rein ideeller Natur. Bestimmte Beschränkungen werden – im Gegensatz zu den Koalitionen nach Abs. 3 – nicht aufgestellt. Die Rechtsform ist ebenfalls nicht entscheidend, sodass die lose verbundene Bürgerinitiative genauso als Vereinigung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 GG anzusehen ist wie die Aktiengesellschaft. Allein maßgeblich ist, ob eine **gewisse organisatorische Festigkeit** besteht, die sich z. B. in einer gemeinsamen Willensbildung äußert. Öffentlich-rechtliche Vereinigungen

872

¹¹ Zum Sonderfall der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber vgl. Rn. 433.

¹² Vgl. Rn. 433 ff.

¹³ Vgl. Rn. 430 ff.

¹⁴ *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 Rn. 39; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 Rn. 13; für drei Mitglieder *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, Art. 9 Rn. 36.

¹⁵ Vgl. zur Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Vereinigungen Rn. 884 ff.

können nicht von Privatpersonen gebildet werden, da sie auf einem staatlichen Hoheitsakt beruhen. Einen Anspruch auf deren Erlass gewährt Art. 9 GG nicht.

873

Nach verbreiteter, allerdings wohl nicht vom BVerfG geteilter Ansicht handelt es sich bei **Art. 9 Abs. 2 GG** nicht um eine Schutzbereichsbegrenzung, sondern um einen **qualifizierten Gesetzesvorbehalt**.¹⁶ Diese dogmatische Einordnung hat zur Folge, dass auch eine gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtete Vereinigung bis zu einem Verbot von Art. 9 Abs. 1 GG geschützt wird. Insoweit besteht ein Unterschied zur Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG, deren Schutzbereich sich nur auf friedliche und ohne Waffen durchgeführte Versammlungen erstreckt.¹⁷ Letztlich soll das Verständnis von Art. 9 Abs. 2 GG als Schranke der Vereinigungsfreiheit der Rechtssicherheit dienen. Eine Vereinigung soll nicht bereits nach Art. 9 Abs. 2 GG, sondern erst aufgrund eines (konstitutiven) Verbots nach § 3 Abs. 1 VereinsG als verboten angesehen werden. Diese Argumentation ist allerdings fragwürdig. Rechtsunsicherheit entsteht allein dann, wenn Art. 9 Abs. 2 GG als verfassungsunmittelbares Verbot verstanden wird, dessen Vollzug keiner weiteren Exekutivmaßnahmen bedarf. In diesem Fall bestünde die Schwierigkeit festzustellen, ob im Einzelfall eine Vereinigung als verboten anzusehen ist oder noch nicht den Tatbestand des Art. 9 Abs. 2 GG erfüllt. Soweit Abs. 2 kein so weitgehender Bedeutungsgehalt beigemessen wird, bleibt bei einer entsprechenden Schutzbereichsbegrenzung immer noch der Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG, bei dessen Auslegung der Art. 9 Abs. 1 GG zu berücksichtigen ist. Damit ist gewährleistet, dass ein Vereinsverbot nur auf einer gesetzlichen Grundlage erfolgt und damit der Rechtssicherheit genügt. Auf einen das Verbot konkretisierenden Verwaltungsakt kann nicht verzichtet werden.¹⁸

874

Gegenüber **spezielleren grundrechtlichen Gewährleistungen** tritt Art. 9 GG zurück: Nach Ansicht des BVerfG ist die religiöse Vereinigungsfreiheit durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG i. V. m. Art. 140 GG und Art. 137 WRV gewährleistet.¹⁹ Entsprechendes gilt für die politischen Parteien; für diese ist Art. 21 GG *lex specialis*.²⁰ Da Stiftungen als rechtliche Verselbstständigung von Vermögensmassen ein personeller Zusammenschluss fehlt, findet Art. 9 Abs. 1 GG keine Anwendung. Ein Schutz erfolgt im Wesentlichen durch Art. 14 GG.

BVerwGE 106, 177 (180 f.): „Denn anders als bei einer Vereinigung, bei der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen oder Personenvereinigungen für längere Zeit zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes auf freiwilliger Basis zusammenschließt und einer einheitlichen Willensbildung unterwirft, fehlt es bei einer Stiftung (...) an einer verbandsmäßigen Organisation. Sie weist keinen personellen Zusammenschluss auf, sondern ist eine auf Ausstattung mit einem Vermögen angelegte, nicht in einem Personenverband bestehende selbstständige juristische Person zur Erreichung eines dauernden Zwecks. Schon wegen des bei einer Stiftung fehlenden personalen Bezugs, wie er für Vereinigungen prägend ist, erstreckt sich der Schutzbereich des Art. 9 GG nicht auf Stiftungen.“

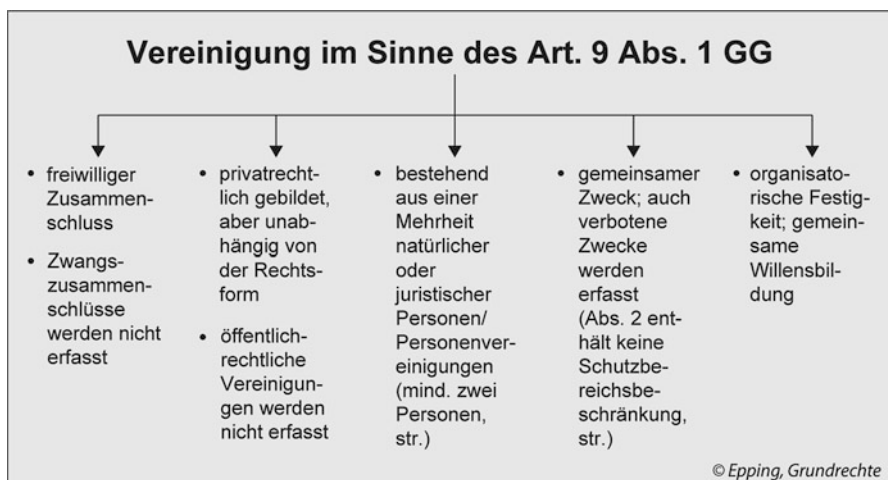
¹⁶ Murswiek, JuS 1992, 116 (121); Höfling, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 38 f.; a. A. BVerfGE 80, 244 (253) (Vereinsverbot); Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 Rn. 70; Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 42 ff.

¹⁷ Vgl. Rn. 36.

¹⁸ Ebenso Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 Rn. 69.

¹⁹ BVerfGE 83, 341 (354 ff.) (Bahá'í).

²⁰ BVerfGE 25, 69 (78) (Meinungsäußerung); Hesse, Rn. 411.



875

(2) Geschütztes Verhalten

Nach seinem Wortlaut schützt Art. 9 Abs. 1 GG als **individuelle Vereinigungsfreiheit** die **Bildung** von Vereinen und Gesellschaften und damit das „Prinzip freier sozialer Gruppenbildung“.²¹ Hierunter ist die Entscheidung über den Zeitpunkt der Gründung, den Zweck, die Rechtsform, den Namen, die Satzung und den Sitz der Vereinigung zu verstehen (sog. Vereinsautonomie). Eine Vereinigungsfreiheit, die sich hierauf beschränken würde, wäre relativ wirkungslos. Deshalb werden durch Art. 9 Abs. 1 GG über den Wortlaut hinausgehend auch der **Beitritt** zu einer bestehenden Vereinigung, der **Verbleib** in einer Vereinigung und die auf die Verwirklichung des Vereinszwecks gerichtete vereinspezifische **Betätigung** (Einberufen und Abhalten von Vereinssitzungen, Wahl eines Vereinsvorstandes etc.) umfassend geschützt.

876

Da Art. 9 Abs. 1 GG – im Gegensatz zu Abs. 3 – **keine unmittelbare Drittwirkung** aufweist, kann sich der Einzelne nicht auf die Vereinigungsfreiheit berufen, soweit er in eine Vereinigung aufgenommen werden möchte bzw. aus einer Vereinigung ausgeschlossen werden soll. Art. 9 Abs. 1 GG findet dagegen vermittelt durch das Privatrecht Eingang in die Beziehungen Privater. So kann sich ein Aufnahmeanspruch aus §§ 242, 286 BGB ergeben, wenn die Vereinigung eine Monopolstellung oder „wenn ein Verein oder Verband im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich eine überragende Machtstellung innehat und ein schwer wiegendes Interesse von Beitrittswilligen am Erwerb der Mitgliedschaft besteht“.²²

877

Art. 9 Abs. 1 GG umfasst zudem die **kollektive Vereinigungsfreiheit**. Geschützt wird zunächst die interne Struktur der Vereinigung, ihre „Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer

878

²¹ BVerfGE 38, 281 (302 f.) (Arbeitnehmerkammern); 50, 290 (353) (Mitbestimmung); 80, 244 (252) (Vereinsverbot).

²² BGHZ 93, 151 ff. Vgl. zu Monopolvereinigungen BGHZ 63, 282 (284). Allgemein zum Beitrittsanspruch *Murswiek*, JuS 1991, 116 (121); *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 16.

Geschäfte“.²³ Wieweit die Betätigung der Vereinigung – also ihre Außenwirkung – geschützt wird, ist umstritten. Nach Ansicht des BVerfG wird jedenfalls ein **Kernbereich** des Vereinsbestandes und der Vereinsbetätigung von Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet. Dieser Kernbereich erfasst die Existenz und die Funktionsfähigkeit der Vereinigung. Entschieden hat das BVerfG beispielsweise, dass die Namensführung²⁴ sowie die für die Existenz bedeutsame werbewirksame Selbstdarstellung²⁵ geschützt werden.

879 Zu beachten ist, dass die Betätigungen der Vereine, mit denen sie nach außen treten und mit dem Staat und Dritten in Konflikt kommen können, vielfach dem Schutzbereich anderer Grundrechte als Art. 9 GG unterfallen, ohne dass sie einen Bezug zur vereinsmäßigen Struktur aufweisen. Ein entsprechendes Verhalten, das genauso von Einzelpersonen oder von Zusammenschlüssen ohne organisatorische Willensbildung in gleicher Weise vorgenommen werden könnte, ist nicht von Art. 9 Abs. 1 GG geschützt.²⁶ Begründet wird dieses Verständnis damit, dass die **gemeinschaftliche Zweckverfolgung** (der Vereinigung) **keinen größeren Schutz** erhalten soll **als die individuelle Zweckverfolgung**.²⁷ So ist für die Frage, ob eine Bürgerinitiative eine Demonstration veranstalten darf, Art. 8 GG maßgebend. Bestimmte behördliche Auflagen für technische Anlagen berühren die den betroffenen Betrieb leitende Gesellschaft in Art. 12 GG und gegebenenfalls in Art. 14 GG, nicht jedoch in Art. 9 Abs. 1 GG. Ein Rauchverbot in für die öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten eines als Verein organisierten „Raucherclubs“ ist an der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zu messen, nicht hingegen an der Vereinigungsfreiheit.²⁸ Auch soweit der Gesetzgeber Versicherungsunternehmen bestimmte Tarife vorschreibt, wird nur die Vertrags- und Kalkulationsfreiheit eines Versicherungsunternehmens berührt, hingegen nicht der spezielle, auf das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung bezogene Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit.²⁹

bb) Negative Vereinigungsfreiheit

(1) Schutz der negativen Vereinigungsfreiheit

880 Art. 9 Abs. 1 GG schützt nach seinem Wortlaut das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Ganz überwiegend geht man aber noch einen Schritt weiter und sieht auch den Schutz *vor* der Vereinigung als mitumfasst an (sog. negative Vereinigungsfreiheit).³⁰ Die negative Vereinigungsfreiheit schützt die Freiheit, einer Vereinigung nicht beizutreten sowie die Freiheit, aus einer Vereinigung auszutreten. Dem Wort-

²³ BVerfGE 50, 290 (354) (Mitbestimmung).

²⁴ BVerfGE 30, 227 (241) (Vereinsname).

²⁵ BVerfGE 84, 372 (378) (Lohnsteuerhilfverein).

²⁶ BVerfGE 70, 1 (25) (Orthopädietechniker-Innungen); *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 20; *Murswiek*, JuS 1992, 116 (117); a. A. *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 9 Rn. 86, 111.

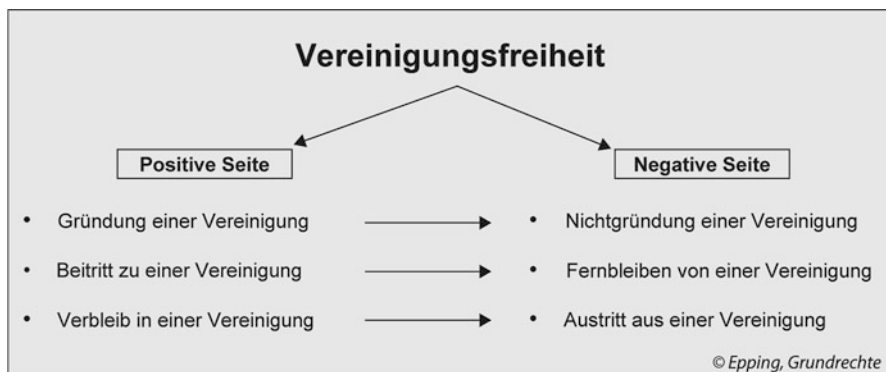
²⁷ BVerfG, NJW 1996, 1203.

²⁸ BVerfG, NJW 2015, 612 (613); *Muckel*, JA 2015, 394 ff.

²⁹ BVerfGE 123, 186 (224) (Gesundheitsreform); anders aber bei der Verpflichtung zur Aufnahme neuer Mitglieder bei kleinen Versicherungsvereinen BVerfGE 124, 25 (34 f.) (Kontrahierungszwang für Krankenversicherungen).

³⁰ BVerfGE 50, 290 (354) (Mitbestimmung); *Bauer*, in: Dreier, Art. 9 Rn. 41; *Bethge*, JA 1979, 281 (284). Vgl. zur negativen Koalitionsfreiheit bei Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 901.

laut des Art. 9 Abs. 1 GG lässt sich dieses Recht nicht entnehmen. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich zumeist auf **logische Erwägungen**. Demnach sei der Beitritt zu einer Vereinigung nur dann wirklich frei, wenn der Einzelne genauso die Möglichkeit habe, einer Vereinigung fernzubleiben. Freiheit zum Handeln bestehe nur, wenn es auch die Freiheit zum Unterlassen gebe; bildlich gesprochen wird das auf der positiven Seite geschützte Verhalten gespiegelt.



881

Gegen die Herleitung der negativen Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG wird eingewandt, dass der eindeutige Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 GG nur vom „Bildn“ einer Vereinigung spricht und damit ein aktives Verhalten meint. Bei einigen Grundrechten wird dagegen im Grundgesetz explizit eine negative Komponente genannt. So enthält Art. 12 Abs. 2 und 3 GG das Verbot von Arbeitszwang und Zwangsarbeit. Durch Art. 136 Abs. 3 WRV i. V. m. Art. 140 GG wird dem Einzelnen das Recht verbürgt, seine religiöse Überzeugung nicht mitteilen zu müssen. Gleiches gilt für die von Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 4 WRV erfasste Freiheit, nicht an religiösen Veranstaltungen teilnehmen zu müssen.³¹ Weiterhin wird kritisiert, dass die spiegelbildliche Ableitung der negativen Freiheit beim Schutz vor öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden versagt.³² Für die Freiheit des Einzelnen ergebe es jedoch keinen Unterschied, welcher Rechtsnatur die Vereinigung sei, in die er gezwungen werde. Die negative Vereinigungsfreiheit versage ihren Schutz dann, wenn er am dringendsten benötigt werde.³³

882

Gegen das Argument, wirkliche Freiheit bestehe nur dann, wenn neben der Freiheit zum Handeln die Freiheit zum Unterlassen gleichermaßen geschützt sei,³⁴ lässt sich einwenden, dass die Freiheit zum Unterlassen auch dann besteht, wenn sie grundrechtlich nicht geschützt ist. Der Mensch bedarf keiner staatlichen Ermächtigung, um etwas zu tun oder nicht zu tun. Etwas anderes wäre dann gegeben, wenn es eine Pflicht gäbe, Vereinigungen zu gründen oder ihnen beizutreten. Nur in diesen

883

³¹ BVerfGE 52, 223 (239) (Schulgebet); BVerfGE 73, 247 (249); *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 24 m. w. N. in Fn. 19.

³² Vgl. Rn. 884 ff.

³³ *Friauf*, in: FS für Reinhardt, 1972, S. 395.

³⁴ BAG GrS, SAE 1969, 246 (260); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Art. 9 Rn. 88.

Fällen bedürfte das Unterlassen einer besonderen „Erlaubnis“. Eine solche Pflicht kann Art. 9 Abs. 1 GG nicht entnommen werden. Schließlich erfährt die negative Vereinigungsfreiheit grundrechtlichen Schutz im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit des **Art. 2 Abs. 1 GG**.³⁵

(2) Schutz vor öffentlich-rechtlichen Vereinigungen

884 Soweit davon ausgegangen wird, dass Art. 9 Abs. 1 GG die negative Vereinigungsfreiheit umfasst, ist umstritten, ob dieser Schutz auch im Hinblick auf **Zwangsmitgliedschaften** in öffentlich-rechtlichen Vereinigungen Anwendung findet. Zweck dieser Vereinigungen ist es, den Bürger in eigener Verantwortung an der Staatsverwaltung zu beteiligen; insofern wird auch von mittelbarer Staatsverwaltung gesprochen. Als Beispiele sind zu nennen: Bundesrechtsanwaltskammer, Industrie- und Handelskammer, verfasste Studentenschaft (der AStA ist ihr Organ), Handwerkskammer.

885 Wenn die negative Seite dogmatisch als Spiegelbild der positiven Seite begründet wird, wird es nachvollziehbar, dass sich die negative Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG **nicht** auf den **Schutz vor öffentlich-rechtlichen Zwangsvereinigungen** erstreckt.³⁶ Dem Bürger kommt nicht das Recht zu, eine öffentlich-rechtliche Vereinigung zu bilden. Folglich besteht auch kein spiegelbildliches Recht einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung fernzubleiben („wo nichts ist, kann auch nichts gespiegelt werden“). Ausgehend von dieser Prämisse wird der Zwang zum Beitritt zu öffentlich-rechtlichen Vereinigungen allein von Art. 2 Abs. 1 GG erfasst.

886 Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung³⁷ soll die sich aus Art. 9 Abs. 1 GG ergebende negative Vereinigungsfreiheit **auch vor öffentlich-rechtlichen Vereinigungen schützen**. Denn für den Bürger mache es keinen Unterschied, ob die Vereinigung, in die er gezwungen wird, öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist. Schließlich habe die Vereinigungsfreiheit historisch gerade gegen hoheitliche Zwangszusammenschlüsse wie beispielsweise Zünfte gedient. Außerdem stelle das bloße Fernbleiben von einem öffentlich-rechtlichen Verband keine Inanspruchnahme öffentlich-rechtlicher Handlungsformen dar und könne deshalb nicht mit der Gründung eines öffentlich-rechtlichen Verbandes verglichen werden. Diese Ansicht hat jedoch Schwierigkeiten zu begründen, wie sich die bestehenden öffentlich-rechtlichen Zwangsverbände, die teilweise schon vor Inkrafttreten des GG gegründet wurden, unter grundrechtsdogmatischen Gesichtspunkten rechtfertigen lassen.

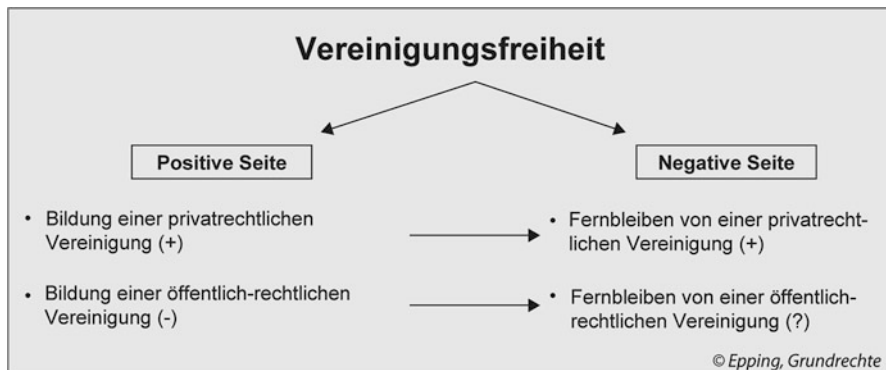
887 Sieht man indes die negative Vereinigungsfreiheit nicht durch Art. 9 GG geschützt,³⁸ ist ein **Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG** gegeben, unabhängig davon, ob es um eine Vereinigung des privaten oder des öffentlichen Rechts geht.

³⁵ *Friauf*, in: FS für Reinhardt, 1972, S. 396 f.; *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 250 f.; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 108 ff.

³⁶ BVerfGE 10, 89 (102) ([Großer] Erftverband); BVerfGK 10, 66 (75); *Jahn*, JuS, 2002, 434 (435); *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 93 ff.; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, Art. 9 Rn. 19 f.; kritisch zu dieser Argumentation *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 22.

³⁷ *Bethge*, JA 1979, 281 (284 f.); *Hesse*, Rn. 414; *Murswiek*, JuS 1992, 116 (118 f.).

³⁸ Vgl. Rn. 883.



BVerfG, NVwZ 2002, 335 (336): „1. Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 GG ist nicht berührt. Art. 9 Abs. 1 GG schützt nicht vor einer gesetzlich angeordneten Eingliederung in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft.

a) Der Schutz der Vereinigungsfreiheit greift ein, wenn es um einen **privatrechtlichen Zusammenschluss** natürlicher oder juristischer Personen geht, der auf Dauer angelegt ist, auf der Basis der Freiwilligkeit erfolgt, zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks konstituiert ist und eine organisierte Willensbildung aufweist (...). Damit ist das Element der Freiwilligkeit für den in Art. 9 Abs. 1 GG verwandten Vereinsbegriff konstituierend. Vereinigungen, die ihre Entstehung und ihren Bestand nicht grundrechtsinitiiert Freiwilligkeit verdanken – wie hier die Industrie- und Handelskammer –, unterfallen daher von vornherein nicht dem Vereinsbegriff des Art. 9 Abs. 1 GG.

b) Auch aus der **Entstehungsgeschichte** folgt, dass Art. 9 Abs. 1 GG nicht i. S. eines umfassenden Fernbleiberechts gegenüber öffentlich-rechtlichen Verbänden verstanden werden kann. Schon im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee wurde der Vorschlag der Ergänzung der Vereinigungsfreiheit um eine Regelung, dass niemand solle gezwungen werden dürfen, sich einer Vereinigung anzuschließen, abgelehnt. Die Ablehnung gründete sich auf die möglicherweise bestehende Notwendigkeit, auch künftig Angehörige bestimmter Berufe in öffentlich-rechtlichen Organisationen verpflichtend zusammenzufassen. Auf dieser eindeutigen Stellungnahme bauen die Beratungen des Parlamentarischen Rats auf. Dieser trennte die allgemeine Vereinigungsfreiheit von den arbeitsverfassungsrechtlichen Problemen, fasste aber beide Aspekte der Vereinigungsfreiheit in einen Artikel, wobei nur für die Koalitionsfreiheit ein ausdrückliches Fernbleiberecht diskutiert wurde. Den Mitgliedern des Parlamentarischen Rats war in dieser Diskussion die Existenz berufsständischer Zwangszusammenschlüsse bewusst. Diesen alten Traditionszusammenhang wollten sie weder unterbrechen noch aufheben, sonst hätte dies besonders zum Ausdruck gebracht werden müssen.

c) Wenn vom BVerfG der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG in ständiger Rspr. auf das Recht ausgedehnt wird, einer Vereinigung fernzubleiben, **so reicht dieser Schutz der negativen Vereinigungsfreiheit daher nicht weiter als der Schutzbereich der positiven Gewährleistung**. Den Bürgerinnen und Bürgern ist die Freiheit garantiert, sich auf freiwilliger Basis zusammenzuschließen, und der Staat darf nicht andere Bürger zwingen, sich diesem freiwilligen Zusammenschluss anzuschließen.

2. Prüfungsmaßstab für den Schutz gegen die Inanspruchnahme als Mitglied einer Zwangskorporation ist nach ständiger Rspr. des BVerfG **Art. 2 Abs. 1 GG**. Diese Vorschrift stellt ein hinreichendes Instrument zur Abwehr unnötiger Pflichtverbände dar und erlaubt damit auch, dem Prinzip der freien sozialen Gruppenbildung, das Art. 9 Abs. 1 GG nach der Rspr. des BVerfG zu Grunde liegt, gerecht zu werden. Zugleich lässt dieser Prüfungsmaßstab aber dem Staat genügende Gestaltungsfreiheit, damit er seine Aufgaben angemessen wahrnehmen kann.“

889

Hinweis zur Fallbearbeitung:

- Negative Vereinigungsfreiheit: In einer Klausur kann der Schutz der negativen Vereinigungsfreiheit durch Art. 9 Abs. 1 GG bejaht werden, ohne sich weiter mit dem Streit auseinanderzusetzen. In einer Hausarbeit kann es hingegen geboten sein, auf die Problematik näher einzugehen.
- Schutz vor öffentlich-rechtlichen Zwangsvereinigungen: Mit der Frage nach dem Bestehen einer negativen Vereinigungsfreiheit ist die Frage verknüpft, ob der Schutzbereich auch den Zwang zum Beitritt zu öffentlich-rechtlichen Vereinigungen umfasst. Da hier einer der Schwerpunkte der Klausur liegen wird, ist auf den Streit detailliert einzugehen.

2. Eingriffe

890

Eingriffe in Art. 9 Abs. 1 GG sind alle Regelungen, die die Ausübung der Vereinigungsfreiheit behindern. Die schwerste Form des Eingriffs ist das Verbot, wobei zu berücksichtigen ist, dass nach einem Verbot der Verein im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes noch prozessfähig und grundrechtsfähig ist.³⁹ Aber auch gesetzliche Anforderungen an eine Vereinsgründung, wie z. B. die präventive Kontrolle durch ein Konzessionssystem, beeinträchtigen den Schutzbereich. Darüber hinaus können faktische Beeinträchtigungen von einigem Gewicht wie etwa die nachrichtendienstliche Unterwanderung als Eingriffe zu werten sein.⁴⁰ In der Pflicht zur Aufnahme neuer Mitglieder kann ebenfalls ein Eingriff in Art. 9 Abs. 1 GG zu sehen sein.⁴¹

891

Abzugrenzen sind Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit von **Ausgestaltungen**.⁴² Soweit die Normprägung des Art. 9 Abs. 1 GG reicht, ist der Staat berechtigt und verpflichtet, Regelungen über das Vereinswesen zu treffen, die trotz beschränkender Wirkungen keine Grundrechtseingriffe darstellen. Dazu gehören vor allem Regelungen, die die unterschiedlichen Vereins- und Gesellschaftsformen und ihre Teilnahme am Rechtsverkehr zum Gegenstand haben. Auch die Veränderung bereits bestehender Vereinigungstypen stellt keinen Eingriff dar, weil bestehende Ausgestaltungen keinen Verfassungsrang haben.⁴³ Gleichwohl ist der Gesetzgeber im Rahmen der Ausgestaltung nicht völlig frei. Sein Handeln muss auf einen Ausgleich gerichtet sein, der geeignet ist, die freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigung unter Berücksichtigung der Notwendigkeiten eines geordneten Vereinslebens und der schutzbedürftigen sonstigen Belange zu ermöglichen und zu

³⁹ BVerfGE 13, 174 (175) (DFD-Verbot); Murswiek, JuS 1992, 116 (122).

⁴⁰ Höfling, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 36.

⁴¹ BVerfGE 123, 186 (236 f.) (Gesundheitsreform).

⁴² Zur Abgrenzung von Eingriff und Ausgestaltung allgemein vgl. Rn. 435 ff.

⁴³ BVerfGE 50, 290 (354 f.) (Mitbestimmung).

erhalten. Er hat die Grundlagen des Vereinsrechts so zu gestalten, dass seine Regelung die Funktionsfähigkeit der Vereinigungen gewährleistet.⁴⁴

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a) Schranken

Die Vereinigungsfreiheit steht nicht ausdrücklich unter einem Gesetzesvorbehalt, sofern man nicht Art. 9 Abs. 2 GG als solchen ansieht.⁴⁵ Die genannten Verbotsgründe sind abschließend. Sie gelten auch für Religionsgemeinschaften.⁴⁶ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der Einschränkung auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts.

892

b) Schranken-Schranken

Das Verbot einer Vereinigung ist nur bei Vorliegen der in Art. 9 Abs. 2 GG genannten Voraussetzungen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes möglich. „**Strafgesetze**“ sind nur die allgemeinen Strafgesetze, die kein gegen die Vereinigungsfreiheit gerichtetes Sonderstrafrecht darstellen. Andernfalls stünde die Vereinigungsfreiheit zur Disposition des Gesetzgebers.⁴⁷ Insofern besteht eine Parallele zur Sonderrechtslehre, die die Einschränkung der Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG betrifft.⁴⁸ Gegen den **Gedanken der Völkerverständigung** verstößt eine Vereinigung dann, wenn sie die rassistische oder nationale Minderwertigkeit bestimmter Gruppen propagiert. Bloße Kritik an fremden Staaten oder die Ablehnung politischer Kontakte zu bestimmten Staaten ist nicht ausreichend; ein Verhalten nach Art. 26 GG (Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker) genügt aber in jedem Fall.⁴⁹ Die „**verfassungsmäßige Ordnung**“ ist nicht wie bei Art. 2 Abs. 1 GG umfassend zu verstehen. Ansonsten hätte Art. 9 Abs. 1 GG neben Art. 2 Abs. 1 GG keine eigene Bedeutung. Vielmehr ist die verfassungsmäßige Ordnung entsprechend Art. 18 S. 1 GG und Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG als „freiheitlich demokratische Grundordnung“ auszulegen.⁵⁰

893

BVerfGE 2, 1 (12 f.) (SRP-Verbot): „Die besondere Bedeutung der Parteien im demokratischen Staat rechtfertigt ihre Ausschaltung aus dem politischen Leben nicht schon dann, wenn sie einzelne Vorschriften, ja selbst ganze Institutionen der Verfassung mit legalen Mitteln bekämpfen, sondern erst dann, wenn sie **oberste Grundwerte des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates** erschüttern wollen. Diese Grundwerte bilden die freiheitliche demokratische Grundordnung, die das GG innerhalb der staatlichen Gesamtordnung – der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ – als fundamental ansieht. **Dieser Grundord-**

⁴⁴ BVerfGE 50, 290 (355) (Mitbestimmung).

⁴⁵ Vgl. Rn. 873.

⁴⁶ BVerfGE 102, 370 (391) (Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas); BVerwG, NVwZ 2006, 694 (694 f.).

⁴⁷ Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 9 Rn. 125; Höfling, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 45.

⁴⁸ Vgl. zur Sonderrechtslehre Rn. 242.

⁴⁹ BVerwG NVwZ-RR 2016, 454 (455 f.); Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 20; Murswiek, JuS 1992, 116 (121).

⁵⁰ A. A. Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 Rn. 76.

nung liegt letztlich nach der im GG getroffenen verfassungspolitischen Entscheidung die Vorstellung zu Grunde, dass der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbstständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind. Daher ist die Grundordnung eine wertgebundene Ordnung. Sie ist das Gegenteil des totalen Staates, der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde und Gleichheit ablehnt. So lässt sich die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung bestimmen, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im GG konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.“

- 894 In jedem Fall ist es erforderlich, dass sich die Vereinigung gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder die Völkerverständigung richtet, was eine „**aggressiv kämpferische Haltung**“ voraussetzt.⁵¹ Dies entspricht der Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich eines Parteiverbots nach Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG.

BVerfGE 5, 85 (141) (KPD-Verbot): „Eine Partei ist auch nicht schon dann verfassungswidrig, wenn sie diese obersten Prinzipien einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung nicht anerkennt, sie ablehnt, ihnen andere entgegensetzt. Es muss vielmehr eine **aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung** hinzukommen; sie muss planvoll das Funktionieren dieser Ordnung beeinträchtigen, im weiteren Verlauf diese Ordnung selbst beseitigen wollen. Das bedeutet, dass der freiheitlich-demokratische Staat gegen Parteien mit einer ihm feindlichen Zielrichtung nicht von sich aus vorgeht; er verhält sich vielmehr defensiv, er wehrt lediglich Angriffe auf seine Grundordnung ab. Schon diese gesetzliche Konstruktion des Tatbestandes schließt einen Missbrauch der Bestimmung im Dienste eifernder Verfolgung unbequemer Oppositionsparteien aus.“

III. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

895 Fall 27: 5000 Plus

Die Polizeigewerkschaft P möchte in Nordrhein-Westfalen eine Kampagne durchführen, um die Neueinstellung von Polizeibediensteten zu erreichen. Durch die Neueinstellungen sollen die Beschäftigten entlastet werden. Aus diesem Grund veranstaltet sie eine landesweite Unterschriftenaktion. Mit einem Flugblatt wirbt sie unter Hinweis auf mehr als sieben Millionen geleisteter Überstunden für die Einstellung von 5000 neuen Polizeibediensteten. Außerdem sammelt sie Unterschriften. In einer mit dem Emblem

⁵¹ Nach BVerwG, NVwZ-RR 2016, 454 (456) ist es ausreichend, wenn die Völkerverständigungswidrigkeit den Charakter des Vereins prägt.

der P versehenen „Eintragungsliste“ heißt es: „Die unterzeichneten Eintragungsberechtigten begehren die Befassung des Landtages mit dem folgenden Gegenstand der politischen Willensbildung: Sicherung und Ausbau der inneren Sicherheit durch Einstellungen in den Polizeidienst statt Personalabbau!“ Die P führt die Aktion nicht nur auf Straßen und öffentlichen Plätzen durch, sondern legt Flugblätter und Unterschriftenlisten auch im öffentlich zugänglichen Bereich von Polizeidienststellen aus, damit sie nicht nur von den Polizeibediensteten, sondern auch von allen Bürgern gesehen und unterzeichnet werden können. Das Innenministerium sieht durch die Aktion der P die Neutralität der Verwaltung gefährdet. Durch die Wahl des Ortes der Aktion könne dem Bürger nämlich der Eindruck der staatlichen Billigung vermittelt werden. Mit dem Auslegen der Unterschriftenlisten im Dienstgebäude werde der bestimmungsgemäße Gebrauch der Polizeidienststellen überschritten. Ebenfalls falle es nicht in den Aufgabenbereich der Polizei, den Forderungen nach einer Stellenvermehrung Nachdruck zu verleihen. Hierdurch würden gewerkschaftlichen Aktivitäten und polizeiliche Dienstgeschäfte vermengt. Um dies zu unterbinden, weist das Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen mit einem Schreiben an die P und die Polizeidienststellen darauf hin, dass das Auslegen derartiger Listen und Flugblätter in Polizeidienstgebäuden zu unterlassen sei. Die P, die durch den „Erlass“ den Erfolg ihrer Kampagne gefährdet und damit ihr Recht zur gewerkschaftlichen Betätigung eingeschränkt sieht, geht dagegen gerichtlich vor und begehrt die Duldung ihrer Kampagne. Die Klage der P vor den Gerichten bleibt jedoch in allen Instanzen erfolglos. Nunmehr erhebt die P form- und fristgemäß Verfassungsbeschwerde. Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde.

Fall nach BVerfGK 10, 250 ff., und BAG AP Nr. 123 zu Art. 9 GG

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

Im Gegensatz zu der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG handelt es sich bei der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG um ein Jedermann-Grundrecht. Nach überwiegender Ansicht wird hierdurch nicht nur die **individuelle**, sondern auch die **kollektive Koalitionsfreiheit** gewährt. Insoweit wird die Koalitionsfreiheit als Doppelgrundrecht angesehen.⁵²

896

⁵² Vgl. zu diesem Streit auch die Ausführungen zu Art. 9 Abs. 1 GG (Rn. 866).

b) Sachlicher Schutzbereich

aa) Begriff der Koalition

897 Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionsfreiheit als eine besondere Form der Vereinigungsfreiheit. Deshalb müssen für die Koalitionseigenschaft die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 GG gegeben sein; vor allem müssen Vereinigungen auf **privatrechtlicher Grundlage frei gebildet** sein. Öffentlich-rechtliche Handwerkskammern sind also keine Koalitionen. Die Koalitionsfreiheit dient nach der Rechtsprechung des BVerfG der **sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens**. In diesem Bereich hat der Staat seine Regelungszuständigkeit zurückgenommen, damit die Beteiligten ihre Angelegenheiten in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme regeln können.⁵³ Konstitutiv für den Begriff der Koalition ist das in Art. 9 Abs. 3 GG genannte Ziel: Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Diese beiden Aspekte müssen **kumulativ** vorliegen. **Arbeitsbedingungen** sind die Bedingungen, die die einzelnen Arbeitsverhältnisse bestimmen, wie z. B. Lohnhöhe, Urlaubsgeld, Arbeitszeiten. Die **Wirtschaftsbedingungen** betreffen die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer bedeutsamen allgemeinen wirtschafts- und sozialpolitischen Verhältnisse wie z. B. Maßnahmen zur Verringerung der Arbeitslosigkeit oder die Einführung neuer Technologien.⁵⁴

898 Für eine Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG ist weiterhin erforderlich, dass sie **gegnerfrei** ist.⁵⁵ Das bedeutet, dass ihr der soziale Gegenspieler nicht angehören darf: In Gewerkschaften dürfen nur Arbeitnehmer und in Arbeitgeberverbänden nur Arbeitgeber Mitglied sein. Die Vereinigung muss **rechtlich und tatsächlich unabhängig** sein. Eine nicht unerhebliche finanzielle Unterstützung einer Gewerkschaft durch den Arbeitgeber ist hiermit unvereinbar. Auch eine Abhängigkeit von Dritten – wie z. B. Staat, Parteien, Kirchen – schließt die Koalitionseigenschaft aus. Eine Koalition muss **überbetrieblich** organisiert sein; dieses Merkmal soll die Gegnerunabhängigkeit gewährleisten und ein gesamtgesellschaftliches Verhalten fördern. Insofern stellt die Überbetrieblichkeit lediglich ein Indiz für die Gegnerunabhängigkeit dar.⁵⁶

899 Die Begriffe „Koalition“ und „Gewerkschaft“ bzw. „Arbeitgeberverband“ sind nicht identisch. Beide erfüllen zwar alle Merkmale der Koalition; Gewerkschaften müssen aber zusätzlich tariffähig sein.⁵⁷ Daher sind alle Gewerkschaften Koalitionen, nicht aber alle Koalitionen Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbände. Die **Tariffähigkeit**, also die Fähigkeit, die Rechtsverhältnisse der Mitglieder mittels Tarifverträgen zu regeln, setzt die **soziale Mächtigkeit** voraus, d. h. eine gewisse Durchsetzungskraft, damit Tarifverhandlungen sich nicht als „kollektives

⁵³ BVerfGE 44, 322 (340) (Allgemeinverbindlicherklärung I); 50, 290 (367) (Mitbestimmung); 58, 233 (246) (Deutscher Arbeitnehmerverband).

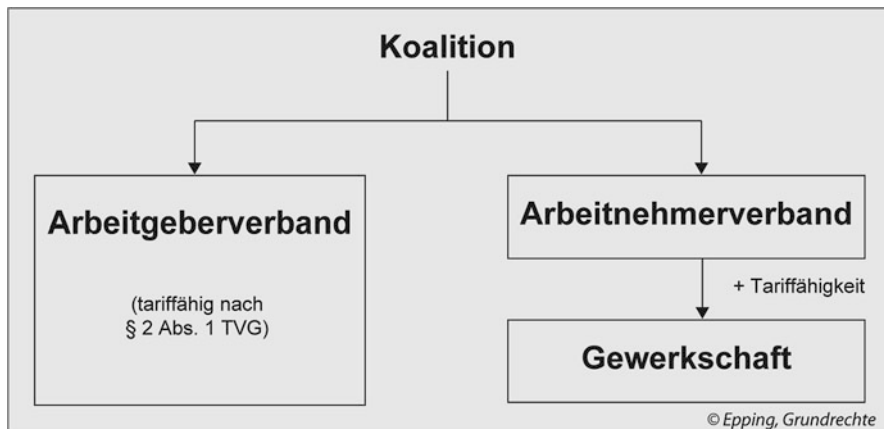
⁵⁴ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 34.

⁵⁵ Vgl. zu den einzelnen Merkmalen Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2013, § 12 Rn. 16 ff.; Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 35.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 50, 290 (368) (Mitbestimmung); Höfling, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 59.

⁵⁷ Dies ist nach § 2 Abs. 1 TVG für die Arbeitgeberseite unproblematisch gegeben.

Betteln⁵⁸ darstellen. Indizien sind z. B. Mitgliederzahl und Finanzkraft.⁵⁹ Darüber hinaus werden überwiegend Tarifwilligkeit, Arbeitskampffähigkeit und -willigkeit und die Anerkennung des geltenden Tarif-, Schlichtungs- und Arbeitskampsrechts (Anerkennung der „Spielregeln“) gefordert.⁶⁰ Ein Arbeitgeberverband, der für sich den Abschluss von Tarifverträgen ausgeschlossen hat, ist trotzdem eine Koalition; dasselbe gilt für Beamtenverbände, die keine Tarifverträge abschließen können.



900

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG spricht zwar nur von „bilden“ einer Vereinigung, jedoch geht die Gewährleistung – wie auch bei Art. 9 Abs. 1 GG – hierüber hinaus. Im Rahmen der **positiven Koalitionsfreiheit** werden der Beitritt zu einer bestehenden Koalition, der Verbleib in der Koalition sowie die koalitionsmäßige Betätigung geschützt. Auch Arbeitskampsmaßnahmen (Streik und Aussperrung⁶¹) werden vom Schutzbereich umfasst, wie der 1968 im Rahmen der Notstandsverfassung eingefügte Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG klarstellt. Das Recht zum Streik soll sogar entgegen der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich den Beamten zustehen, wenn sie nicht im Kernbereich hoheitlicher Staatsverwaltung (insb. der Eingriffsverwaltung) tätig sind.⁶² Dies wird aus Art. 11 EMRK hergeleitet, der bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 5 GG herangezogen wird. Allerdings sollen nach der Ansicht des BVerwG die hergebrachten Grundsätze des Beamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) ein Streikrecht derzeit – bis zu einer Regelung durch den Gesetzgeber – ausschließen.⁶³ Nach ganz überwiegender Ansicht wird auch die **negative Koalitionsfreiheit** geschützt, also die Freiheit einer Koali-

901

⁵⁸ BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 913).

⁵⁹ BAG, NJW 2011, 1386 ff.; Greiner, NZA 2011, 825 ff.

⁶⁰ Vgl. im Einzelnen BAG, NZA 2006, 1112 (1114); Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Bd. 2, 6. Aufl. 2014, § 12 Rn. 23 ff.

⁶¹ Hinsichtlich der Aussperrung gibt es Gegenstimmen; vgl. Kittner/Schick, in: AK, Art. 9 Abs. 3 Rn. 145 und Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 Abs. 3 Rn. 168, Fn. 466.

⁶² EGMR, NZA 2010, 1423 ff.

⁶³ BVerwG, NVwZ 2014, 736 (742); NVwZ 2015, 811 (811 f.).

tion fernzubleiben oder aus einer solchen auszutreten.⁶⁴ Umstritten ist aber, ob die negative Koalitionsfreiheit vor der Mitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Zwangsvereinigungen wie z. B. Arbeitnehmerkammern schützt.⁶⁵ Ebenso ist zweifelhaft, ob die negative Koalitionsfreiheit auf ein Fernbleiberecht beschränkt ist oder auch davor schützt, vom Wirken der Koalitionen betroffen zu werden (Stichwort: Schutz vor fremder Normwirkung).⁶⁶ Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die negative Koalitionsfreiheit allein dann betroffen ist, wenn ein (erheblicher) Druck zum Beitritt ausgeübt wird. Dementsprechend wird der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG nicht berührt, wenn ein Unternehmer verpflichtet wird, Tarifverträge unabhängig von seiner Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband anzuwenden, um öffentliche Aufträge zu erhalten wie bei der Berliner Tariftreuregelung.⁶⁷ Entsprechendes gilt auch für die Festlegung von Mindestlöhnen durch Ausdehnung von Mindestlohn tariffreuträgen auf nichtorganisierte Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemäß §§ 3 ff. AEntG.⁶⁸

902 Nach früherer Rechtsprechung war der Schutz der **kollektiven Koalitionsfreiheit** auf den Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung beschränkt. Lediglich die für den Koalitionsbestand *unerlässlichen* Betätigungen sollten von Art. 9 Abs. 3 GG umfasst werden (z. B. Abschluss von Tarifverträgen, durch die eine autonome Ordnung des Arbeitslebens ermöglicht wird [**Tarifautonomie**], Durchführung eines Streiks).⁶⁹ Für den Bestand der Gewerkschaft nicht unerlässlich ist hingegen die Werbung *während* der Arbeitszeit. Diese Kernbereichsrechtsprechung beruhte auf dem Gedanken, dass dem Gesetzgeber ein weiter Ausgestaltungsspielraum eröffnet werden sollte.⁷⁰ Später hat das BVerfG klargestellt, dass der Kernbereich lediglich ein Teil des Schutzbereichs ist, ansonsten aber die Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG umfassend geschützt wird.⁷¹ Der Begriff des Kernbereichs hat heute nur noch insoweit Bedeutung, als er ein nicht antastbares Minimum der Koalitionsfreiheit definiert.⁷² Die Koalitionsfreiheit bezieht daher alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen in den Schutzbereich ein.⁷³

⁶⁴ BVerfGE 50, 290 (367) (Mitbestimmung); Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 9 Rn. 226; a. A. Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 110. Vgl. ausführlich Rn. 880 ff.

⁶⁵ Vgl. zur ähnlichen Problematik bei der Vereinigungsfreiheit Rn. 884 ff.

⁶⁶ Ablehnend BVerfGE 64, 208 (213) (Hausbrandkohle); 116, 202 (218) (Tariftreugesetz Berlin). Vgl. die Ausführungen von Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 84 ff. m. w. N.

⁶⁷ BVerfGE 116, 202 (218) (Tariftreugesetz Berlin). Vgl. hierzu Preis/Ulber, NJW 2007, 465 (466 f.); Barczak/Pieroth, RdA 2016, 209 ff.

⁶⁸ Vgl. BVerfG, NZA 2000, 948.

⁶⁹ BVerfGE 38, 281 (305) (Arbeitnehmerkammern); 57, 220 (245 f.) (Bethel).

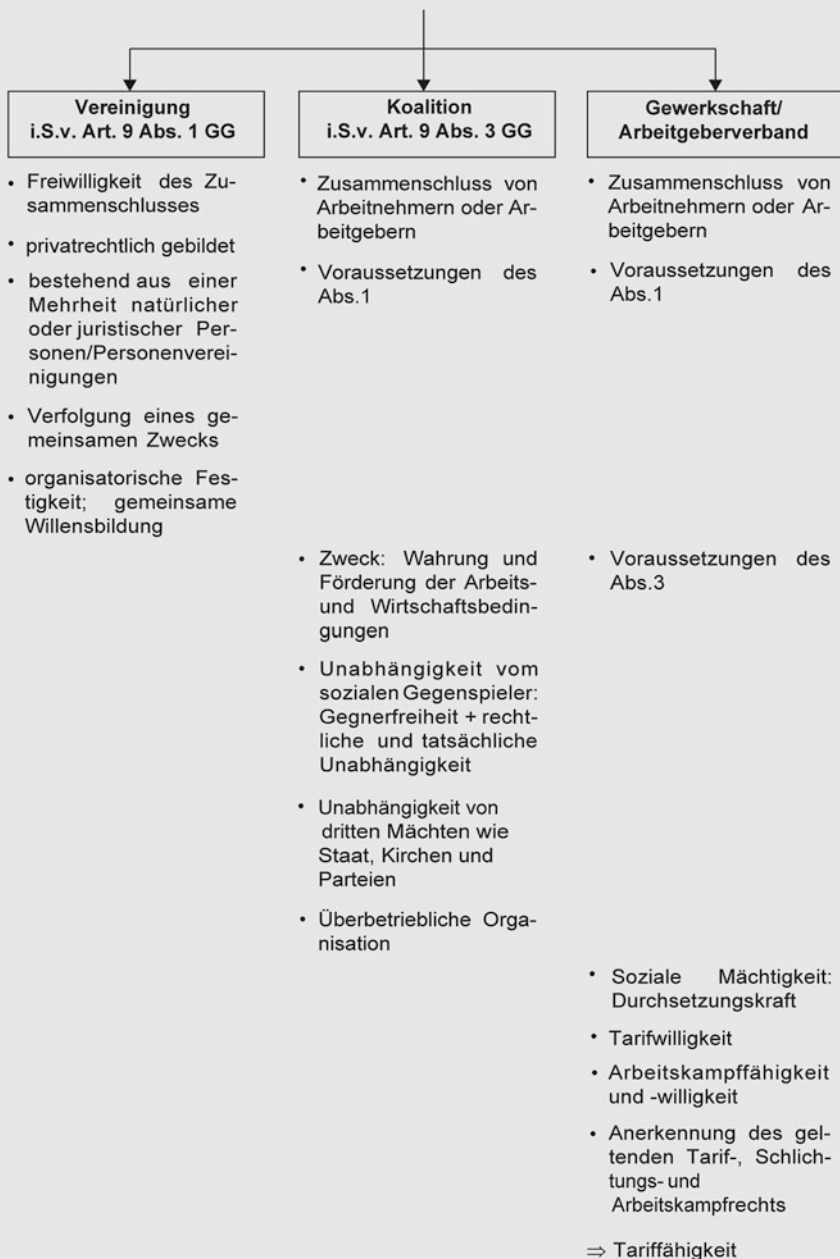
⁷⁰ Vgl. Rn. 905.

⁷¹ BVerfGE 93, 352 (359 f.) (Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung II).

⁷² Reimann/Schulz-Henze, JA 1995, 811 (813).

⁷³ Vgl. im Einzelnen Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 37 ff.; Schwarze, JuS 1994, 653 ff.

Inhalt der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG



BVerfGE 93, 352 (359 f.) (Mitgliederwerbung II): „Die Mitgliederwerbung ist auch nicht, wie das BAG meint, nur in dem Maße grundrechtlich geschützt, in dem sie für die Erhaltung und die Sicherung des Bestandes der Gewerkschaft unerlässlich ist. **Der Grundrechtsschutz erstreckt sich vielmehr auf alle Verhaltensweisen, die koalitionspezifisch sind.** Ob eine koalitionspezifische Betätigung für die Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit unerlässlich ist, kann demgegenüber erst bei Einschränkungen dieser Freiheit Bedeutung erlangen. Insoweit gilt für Art. 9 Abs. 3 GG nichts anderes als für die übrigen Grundrechte.

a) Allerdings hat das BVerfG in einer Reihe von Entscheidungen ausgeführt, Art. 9 Abs. 3 GG schütze die Koalitionsfreiheit und damit auch die Betätigung der Koalitionen lediglich in einem Kernbereich. Gewerkschaftliche Betätigung sei nur insoweit verfassungskräftig verbürgt, als diese für die Erhaltung und Sicherung der Koalition als unerlässlich betrachtet werden müsse (wird ausgeführt). Diese Formulierungen können in der Tat den Eindruck erwecken, als schütze Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls die koalitionsmäßige Betätigung von vornherein nur in einem inhaltlich eng begrenzten Umfang. Auch in der Literatur wird die Rechtsprechung des BVerfG in diesem Sinne verstanden, allerdings überwiegend kritisch gewürdigt (...).

b) Das in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelte Verständnis der Koalitionsfreiheit wird damit jedoch nur unvollständig wieder gegeben. Ausgangspunkt der Kernbereichsformel ist die Überzeugung, dass das Grundgesetz die Betätigungsfreiheit der Koalitionen nicht schrankenlos gewährleistet, sondern eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zulässt. Mit der Kernbereichsformel umschreibt das Gericht die Grenze, die dabei zu beachten ist; sie wird überschritten, soweit einschränkende Regelungen nicht zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Das BVerfG wollte damit den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG aber nicht von vornherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränken.“

2. Eingriffe

904 Eingriffe in die Koalitionsfreiheit können vielfältiger Natur sein, wobei es an einer eingriffsgleichen Wirkung einer staatlichen Maßnahme fehlt, wenn mittelbare Folgen ein bloßer Reflex einer nicht entsprechend ausgerichteten gesetzlichen Regelung sind.⁷⁴ Einerseits können Behinderungen der koalitionsmäßigen Betätigungen Art. 9 Abs. 3 GG beeinträchtigen. Eine staatliche Zwangsschlichtung würde etwa die Tarifaufonomie der am Arbeitskampf beteiligten Koalitionen einschränken. Eine Ungleichbehandlung von gewerkschaftsangehörigen und unorganisierten Arbeitnehmern führt zu einem Eingriff in die positive bzw. in die negative Koalitionsfreiheit, je nachdem, wer bevorzugt und wer benachteiligt wird. Faktische Behinderungen – wie die Errichtung einer Arbeitnehmerkammer als öffentlich-rechtliche Zwangskörperschaft – können bei einigem Gewicht einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit der mit der Kammer konkurrierenden Gewerkschaften darstellen. Ein Eingriff kann auch in der gesetzlichen Regelung von Arbeitsbedingungen zu sehen sein, da in diesem Fall den Koalitionen die durch die Tarifaufonomie geschützte Regelungsbefugnis entzogen wird.⁷⁵ Demgegenüber ist die bloße Erstreckung der

⁷⁴ BVerfGE 116, 202 (222) (Tariftreueerklärung).

⁷⁵ BVerfGE 94, 268 (283 f.) (Wissenschaftliches Personal).

Tarifgeltung nach §§ 3 ff. AEntG oder § 5 TVG auf nichtorganisierte Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht als Eingriff anzusehen.⁷⁶

Nicht als Eingriff ist die **Ausgestaltung** der Koalitionsfreiheit durch den Staat anzusehen. Wie die allgemeine Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG bedarf auch die Koalitionsfreiheit als teilweise **normgeprägtes Grundrecht** der gesetzlichen Ausgestaltung. Diese ist erforderlich, um die aufeinander treffenden individuellen und kollektiven Koalitionsfreiheiten von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihrer Koalitionen zu regeln und zu einem Ausgleich zu bringen. Auch sind die Koalitionen darauf angewiesen, dass der Staat mit dem Tarifrecht ein rechtliches Instrumentarium bereitstellt – vergleichbar dem Vertragsrecht –, um verbindlich die Arbeitsbedingungen der Mitglieder regeln zu können. An einer zulässigen Ausgestaltung fehlt es, wenn durch einen bestimmten Rechtsakt der Kernbereich der Koalitionsfreiheit beeinträchtigt wird.⁷⁷ Ob die Ausgestaltung verhältnismäßig sein muss, ist umstritten.⁷⁸ Eine zulässige gesetzliche Ausgestaltung stellt beispielsweise das Tarifvertragsgesetz dar, aufgrund dessen die Tarifvertragsparteien für ihre Mitglieder verbindlich die Arbeitsbedingungen festlegen können.⁷⁹ Auch die vom BAG aufgestellten Voraussetzungen, unter denen ein Arbeitskampf rechtmäßig ist – beispielsweise Wahrung des Ultima-Ratio-Prinzips und der Verhältnismäßigkeit zur Erreichung eines tariflich regelbaren Ziels –, sind als durch den Richter erfolgende Ausgestaltung zu klassifizieren.⁸⁰

905

BVerfGE 50, 290 (368 ff.) (Mitbestimmung): „Mehr noch als die in Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Vereinigungsfreiheit bedarf die Koalitionsfreiheit von vornherein der gesetzlichen Ausgestaltung. Diese besteht nicht nur in der **Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können.** Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten Belange namentlich im Bereich der Wirtschaftsordnung und Sozialordnung machen vielmehr vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies umso mehr, als der Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müssen. Demgemäß geht das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit nur in ihrem Kernbereich schützt: Das Grundrecht räumt den geschützten Personen und Vereinigungen nicht mit Verfassungsrang einen inhaltlich unbegrenzten und unbegrenzbaren Handlungsspielraum ein; **es ist vielmehr Sache des Gesetzgebers, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, dass er die Befugnisse der Koalitionen im Einzelnen gestaltet und näher regelt.** Dabei kann er den besonderen Erfordernissen des jeweils zu regelnden

⁷⁶ BVerfGE 55, 7 (21) (Allgemeinverbindlicherklärung II). Vgl. Rn. 901.

⁷⁷ BVerfGE 93, 352 (359) (Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung II).

⁷⁸ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 46 ff.; kritisch zur Verhältnismäßigkeitsprüfung Sachs, JuS 2002, 79 (80). Vgl. Rn. 439.

⁷⁹ Vgl. zur Frage, ob und inwieweit der Gesetzgeber die zwingende Wirkung von Tarifverträgen beseitigen darf Maschmann, Tarifaufonomie im Zugriff des Gesetzgebers, 2007, S. 175 ff.

⁸⁰ Der Beschluss BVerfGE 84, 212 (226) (Aussperrung) ist im Hinblick auf Ausgestaltung und Eingriff nicht eindeutig. Demgegenüber spricht BVerfGE 82, 365 (394) (Kurzarbeitergeld) davon, dass die „Möglichkeit des Einsatzes von Kampfmitteln rechtliche Rahmenbedingungen (voraussetzt)“; ebenso BVerfG, NJW 2014, 1874 (1875) (Flashmob). Vgl. zu den Voraussetzungen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes Höfling, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 98 ff.; Stöhr, Jura 2016, 283 ff.

Sachverhalts Rechnung tragen. Allerdings dürfen dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kerngehalt der Koalitionsbetätigung an.“

906

Bei Art. 9 Abs. 3 GG ist weiterhin als Besonderheit zu beachten, dass die Norm nicht nur als Abwehrrecht gegen staatliches Handeln wirkt, sondern auch – anders als die allgemeine Vereinigungsfreiheit – **unmittelbare Drittwirkung** entfaltet. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG formuliert, dass koalitionswidrige Abreden nichtig und entsprechende Maßnahmen rechtswidrig sind. **Abreden** sind vertragliche Vereinbarungen, wobei eine Einschränkung nur bei einer Beteiligung des Grundrechtsträgers gegeben ist. **Maßnahmen** sind sowohl einseitige Rechtsgeschäfte als auch tatsächliche Handlungen und Unterlassungen.⁸¹ Somit besteht ein Abwehrrecht der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie der Koalitionen gegenüber Beeinträchtigungen von privater Seite. Da Art. 9 Abs. 3 GG als Schutzgesetz angesehen wird, besteht bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB analog bzw. ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB. In die individuelle positive Koalitionsfreiheit eines Arbeitnehmers wird eingegriffen, wenn der Arbeitgeber nachteilige Folgen an einen Gewerkschaftsbeitritt knüpft. Andererseits wird nach der Rechtsprechung des BAG in die negative Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers eingegriffen, wenn der Arbeitgeber durch einen Tarifvertrag verpflichtet wird, den nicht der Gewerkschaft angehörenden Arbeitnehmer schlechter zu behandeln als den gewerkschaftsangehörigen (sog. Differenzierungsklauseln).⁸² Die negative Koalitionsfreiheit schützt die Arbeitgeber wiederum davor, aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung auf Dauer Mitglied eines Arbeitgeberverbandes zu bleiben.⁸³ Werden durch einen tarifgebundenen Arbeitgeber systematisch Tarifverträge gebrochen, so kann hierin eine Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft gesehen werden.⁸⁴

3. Rechtfertigung von Eingriffen

a) Schranken

907

Die Koalitionsfreiheit ist nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht. Umstritten ist, ob die **Begrenzungsregelung des Art. 9 Abs. 2 GG** anwendbar ist. Soweit Abs. 2 als Schutzbereichsbegrenzung angesehen wird, stellt sich das Problem entsprechend beim Schutzbereich der Koalitionsfreiheit.⁸⁵ Für diese Möglichkeit wird angeführt, dass die Koalitionsfreiheit

⁸¹ Löwisch/Rieble, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, Bd. 3, § 245 Rn. 86 ff.

⁸² BAGE 20, 175 (218); zuletzt BAGE 137, 231 ff.; 151, 235 ff.; a. A. Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 155 ff.; ders., ArbuR 2012, 195 ff.

⁸³ BAG, NJW 2007, 622 f.

⁸⁴ BAG, NZA 1999, 887 ff. Vgl. allgemein Dieterich, ArbuR 2005, 121 ff.

⁸⁵ Vgl. Rn. 873.

nicht stärker geschützt werden könne als die Parteienfreiheit. Letztere können aber nach Art. 21 Abs. 2 GG bei einer aggressiv kämpferischen Haltung gegenüber der freiheitlich demokratischen Grundordnung verboten werden.⁸⁶ Gegen die Anwendung von Abs. 2 sprechen systematische Erwägungen: Einerseits steht Art. 9 Abs. 2 GG nach der allgemeinen Vereinigungsfreiheit, aber vor der Koalitionsfreiheit; andererseits wird bei Art. 5 GG die Schranke der allgemeinen Gesetze (Abs. 2) nicht auf die Gewährleistung nach Art. 5 Abs. 3 GG angewendet.⁸⁷ Letztlich dürfte der Streit ohne praktische Auswirkungen sein, da eine Vereinigung mit den in Art. 9 Abs. 2 GG genannten Zielen nicht mehr als Koalition anzusehen sein wird.⁸⁸

Einschränkbar ist die Koalitionsfreiheit daher allein auf Grund **kollidierenden Verfassungsrechts**. Solches kann sich insbesondere aus der positiven Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers, keine gegnerische Koalition unterstützen zu müssen, und aus der negativen Koalitionsfreiheit der Unorganisierten, keiner Gewerkschaft beitreten zu müssen, ergeben. Ob aufgrund des durch Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV geschützten Selbstbestimmungsrechts der Religionsgemeinschaften die Koalitionsfreiheit und insbesondere das Streikrecht eingeschränkt werden kann, ist umstritten.⁸⁹ Eine Bindung der Koalitionen an das Gemeinwohl besteht nicht;⁹⁰ andernfalls bestünde die Gefahr einer inhaltlichen Kontrolle koalitionsmäßiger Betätigung (insbesondere von Tarifverträgen) anhand völlig vager Kriterien und damit der Tarifizensur.⁹¹ Gleichwohl kann die Koalitionsfreiheit zum Schutz von Gemeinwohlbelangen mit Verfassungsrang eingeschränkt werden.⁹² Beispielsweise kann der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien vorgeben, dass sie das aus der Menschenwürdegarantie abgeleitete Existenzminimum bei der Lohnfindung nicht unterschreiten dürfen.⁹³

908

b) Schranken-Schranken

Wie bei allen Grundrechtseinschränkungen auf Grund von kollidierendem Verfassungsrecht, müssen auch bei der Koalitionsfreiheit die entgegenstehenden Grundrechtspositionen zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden (**praktische Konkordanz**⁹⁴). Wenn man den Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung als unantastbares Minimum versteht, kann ein Eingriff hierin verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.⁹⁵ Für das Arbeitskampfrecht bildet Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG eine Schranken-Schranke, die nicht – auch nicht durch kollidierende Ver-

909

⁸⁶ Löwer, in: v. Münch/Kunig, Art. 9 Rn. 110; im Ergebnis ebenso Bauer, in: Dreier, Art. 9 Rn. 93. Vgl. allgemein zu dieser Problematik Reimann/Schulz-Henze, JA 1995, 811 (814 f.).

⁸⁷ Höfling, in: Sachs, GG, Art. 9 Rn. 136; Kittner/Schiek, in: AK, Art. 9 Abs. 3 Rn. 94.

⁸⁸ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 839.

⁸⁹ Vgl. BAG, NZA 2013, 448 ff.; Grzeszick, NZA 2013, 1377 ff.

⁹⁰ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 52.; Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 9 Rn. 84, 195; a. A. Scholz, in: HStR VIII, § 175 Rn. 33 ff.

⁹¹ Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 9 Rn. 55 f.

⁹² BVerfGK 10, 250 (256).

⁹³ Vgl. Sodan/Zimmermann, NJW 2009, 2001 (2003) und Rn. 597.

⁹⁴ Vgl. Rn. 91.

⁹⁵ Reimann/Schulz-Henze, JA 1995, 811 (814); in diesem Sinne wohl auch BVerfGE 4, 96 (106) (Hutfabrikant); 17, 319 (333) (Bereitschaftspolizei).

fassungsgüter – überwunden werden kann. Verfassungsrechtlich problematisch ist die Einführung von **Mindestarbeitsbedingungen**. Aufgrund des MiLoG wurde zum 1. Januar 2015 ein flächendeckender allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn für Arbeitnehmer und Praktikanten eingeführt. Durch das MiLoG wird der Gestaltungsspielraum der Tarifparteien insoweit eingeschränkt, dass sie im Regelfall keine niedrigeren Löhne vereinbaren dürfen.⁹⁶ Rechtfertigen lässt sich dieser Eingriff insbesondere mit dem kollidierenden Verfassungsrecht aus Art. 20 Abs. 1 GG (Sozialstaatsprinzip) und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG). Das Sozialstaatsprinzip schützt die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme und dient damit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit. Darin sind verfassungsrechtlich legitimierte Gemeinwohlbelange zu sehen, aufgrund derer die Tarifaufonomie grundsätzlich eingeschränkt werden kann.⁹⁷ Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht kann als Rechtfertigung für die Festsetzung einer angemessenen Entlohnung herangezogen werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG dient Arbeit der Entfaltung der Persönlichkeit. Durch Arbeit erfährt der Einzelne Achtung und Selbstachtung. Gesetzliche Entgeltvorgaben könnten damit auch dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer Rechnung tragen.⁹⁸ Durch das MiLoG wird gerade der Schutz von Beschäftigten gestärkt, die bis zur Einführung des Mindestlohns, ihren Lohn durch sog. ergänzende Grundsicherungsleistungen aufbessern mussten. Zu berücksichtigen ist auch, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG bestehende tarifvertragliche Regelungen grundsätzlich einen stärkeren Schutz genießen als die Tarifaufonomie in Bereichen, die die Koalitionen ungeregelt gelassen haben.⁹⁹ Das MiLoG zeigt gerade in den Wirtschaftszweigen besondere Wirkung, in denen den Tarifvertragsparteien eine Regelung des Arbeits- und Wirtschaftslebens nicht oder nicht umfassend gelungen ist. Unter Berücksichtigung der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers spricht dies für die Verfassungsmäßigkeit des MiLoG im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG.

910

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Verfassungsrechtlicher Schutz vor der Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Vereinigungen (Rn. 566, 884 ff.).
- Grundrechtlicher Schutz von Ausländervereinen (Rn. 865, 868).
- Zugangsrechte der Gewerkschaft zum Betrieb, um Werbemaßnahmen durchzuführen (Rn. 895, 902).
- Ausgestaltung des Vereinsrechts und des Tarifrechts (Rn. 871, 891, 905).
- Staatlich festgesetzte Mindestarbeitsbedingungen (Rn. 908 f.).
- Vereinsverbote nach den §§ 3 ff. VereinsG (Rn. 873).
- Streikrecht von Beamten und in kirchlichen Einrichtungen (Rn. 901, 908).

⁹⁶ Vgl. Barczak, RdA 2014, 290 ff.

⁹⁷ BVerfGE 103, 293 (306 f.) (Urlaubsanrechnung).

⁹⁸ BVerfG, NJW 2002, 2023 (2024).

⁹⁹ BVerfGE 94, 268 (285) (Wissenschaftliches Personal).

Kapitel 18: Justizielle Gewährleistungen

Literatur:

Augsberg, Ino/Burkiczak, Christian M., Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 I GG als Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, JA 2008, 59 ff.; *Britz, Gabriele*, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in der Rechtsprechung des BVerfG, JA 2001, 573 ff.; *Hartmann, Bernd J./Apfel, Henner*, Das Grundrecht auf ein faires Strafverfahren, Jura 2008, 495 ff.; *Kenntner, Markus*, Der deutsche Sonderweg zum Rückwirkungsverbot, NJW 1997, 2298 ff.; *Maurer, Hartmut*, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, Tübingen 2001, S. 471 ff. (Art. 19 Abs. 4 GG), S. 491 ff. (Justizgewährungsanspruch), S. 494 ff. (Art. 101 GG), S. 496 ff. (Art. 103 Abs. 1 GG); *Remmert, Barbara*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, Jura 2014, 906 ff.; *Schenke, Wolf-Rüdiger*, Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, JZ 1988, 317 ff.; *Schroeder, Friedrich-Christian*, Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“, JuS 1997, 227 ff.; *ders.*, Der BGH und der Grundsatz: nulla poena sine lege, NJW 1999, 89 ff.; *Schwarz, Kyrill-A.*, Verfassungsgewährleistungen im Strafverfahren, Jura 2007, 334 ff.

Fallbearbeitungen:

Augsberg, Ino/Burkiczak, Christian M., Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Audiatur et altera pars?, JuS 2007, 829 ff., 910 ff.; *Bickenbach, Christian*, Grundfälle zu Art. 19 IV GG, JuS 2007, 813 ff., 910 ff.; *Brodowski, Dominik*, Grundfälle zu den Justizgrundrechten – Art. 103 II, III GG – nulla poena sine lege, ne bis in idem, JuS 2012, 892 ff.; *ders.*, Grundfälle zu den Justizgrundrechten – Art. 104 GG – Freiheit der Person, Folterverbot, Benachrichtigungsgebot, JuS 2012, 980 ff.; *Degenhart, Christoph*, I, Fall 16 (S. 234 ff.); *Otto, Martin R.*, Grundfälle zu den Justizgrundrechten – Art. 103 GG – Das Recht auf den gesetzlichen Richter, JuS 2012, 21 ff.; *ders.*, Grundfälle zu den Justizgrundrechten – Art. 103 I GG – Der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht, JuS 2012, 412 ff.; *Volkman, Uwe*, Fall 5 (S. 107 ff.).

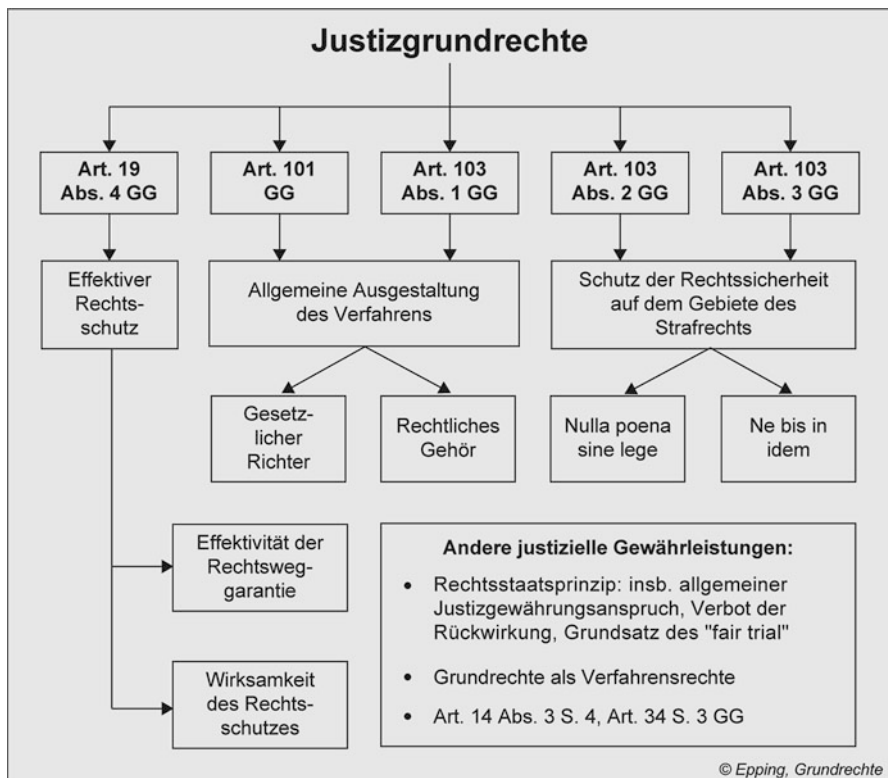
Leitentscheidungen:

Zu Art. 19 Abs. 4 GG: BVerfGE 84, 34 ff. (Gerichtliche Prüfungskontrolle); 96, 27 ff. (Durchsuchungsanordnung I); 101, 106 ff. (Aktenvorlage); 138, 33 ff. (Informationsweitergabe an Dritte); NJW 2016, 1781 ff. (BKAG); **zum allgemeinen Justizgewährungsanspruch:** BVerfGE 107, 395 ff. (Rechtsschutz gegen Gehörverletzungen); **zu Art. 101 GG:** BVerfGE 82, 159 ff. (Absatzfonds); 138, 64 ff. (Vorlagepflicht Art. 100 GG); **zu Art. 103 Abs. 1 GG:** BVerfGE 54, 117 ff. (Präklusion); EGMR, NJW 2001, 2387 ff. (Verfahren in Abwesenheit des Angeklagten); **zu Art. 103 Abs. 2 GG:** BVerfGE 25, 269 ff. (Verfolgungsverjährung); 92, 1 ff. (Sitzblockaden II); 95, 96 ff. (Mauerschützen); 128, 326 ff. (Sicherungsverwahrung), EGMR, NJW 2001, 3035 ff. (Mauerschützen/Krenz); NJW 2010, 2495 ff. (Sicherungsverwahrung), **zu Art. 103 Abs. 3 GG:** BVerfGE 23, 191 ff. (Dienstflucht); 56, 22 ff. (Kriminelle Vereinigung); 65, 377 ff. (Strafbefehl).

I. Allgemeines

- 911** Unter dem Sammelbegriff der „justiziellen Gewährleistungen“ werden die unterschiedlichen Rechte zusammengefasst, die das gerichtliche Verfahren betreffen. Art. 19 Abs. 4 GG regelt, ob überhaupt und in welchem Umfang ein gerichtlicher Rechtsschutz bestehen muss. Demgegenüber kann man Art. 101 GG und Art. 103 Abs. 1 GG als Verfahrensrechte im weitesten Sinne beschreiben. Art. 101 GG stellt Anforderungen an die Ermittlung der gerichtlichen Zuständigkeit auf, wohingegen Art. 103 Abs. 1 GG das rechtliche Gehör gewährleistet. Art. 103 Abs. 2 und Abs. 3 GG dienen der Rechtssicherheit auf dem Gebiet des Strafrechts.
- 912** Lediglich Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zählt zu den Grundrechten, wohingegen Art. 101, 103 GG als grundrechtsgleiche Rechte bezeichnet werden, da sie zwar außerhalb des Abschnitts „Grundrechte“ stehen, aber nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genauso wie Grundrechte mit der Verfassungsbeschwerde eingefordert werden können. Im Rang stehen die grundrechtsgleichen Rechte den Grundrechten nicht nach.¹

913



¹ Dreier, in: ders., Vorb. v. Art. 1 Rn. 65.

II. Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG)

1. Hintergrund

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG weist entsprechende Vorgängervorschriften in der deutschen Verfassungsgeschichte auf. Bereits § 182 der Paulskirchenverfassung von 1849 garantierte den gerichtlichen Rechtsschutz. Demgegenüber hat Art. 107 WRV nur die Einrichtung von Verwaltungsgerichten im Reich und in den Ländern zum Schutze der Einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden vorgesehen. Art. 8 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte enthält eine vergleichbare Garantie.

914

Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, der in Art. 47 GR-Charta und in Art. 13 EMRK Entsprechungen hat, ergibt sich daraus, dass dieser eine notwendige Ergänzung zu den in den Grundrechten gewährleisteten subjektiven Rechten darstellt. Ohne eine (effektive) Möglichkeit zur Klagbarkeit besteht die Gefahr, dass die Grundrechte zu bloßen Programmsätzen degradiert werden. Zwischen Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip besteht ein enger Zusammenhang, da beiden die allgemeine Gewährleistung eines umfassenden und effektiven Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte entnommen wird. Aus diesem Grund ist Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG in seinem Kernbereich über die Garantien des Art. 20 GG als verfassungsänderungsfest anzusehen,² auch wenn er keine ausdrückliche Erwähnung in Art. 79 Abs. 3 GG (Ewigkeitsgarantie) findet.³ Gegenüber den Abs. 1–3, die lediglich die Anwendung der einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen betreffen, stellt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ein eigenständiges Grundrecht dar.

915

2. Dogmatische Einordnung

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG weist keinen natürlichen Gehalt auf, sondern setzt ein Tätigwerden des Gesetzgebers voraus: Es bedarf zunächst der Errichtung eines Rechtsweges. Dementsprechend geht es bei Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zunächst um die Eröffnung und die Ausgestaltung des Rechtsweges als staatliche Leistung. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG richtet sich aber auch an die Richter: Sie müssen das Prozessrecht im Licht des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG interpretieren, um einen effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Schließlich wird die Verwaltung mittelbar verpflichtet, das Verwaltungsverfahren so durchzuführen, dass eine spätere gerichtliche Überprüfung möglich bleibt. Verlangt wird vom Staat also ein bestimmtes Handeln. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG weist deshalb keinen abwehrrechtlichen Gehalt auf, sondern ist als **Leistungsrecht** anzusehen.⁴

916

² Jarass, in: ders./Pieroth, Art. 19 Rn. 32.

³ BVerfGE 30, 1 (25) (Abhörurteil).

⁴ BVerfGE 101, 106 (123 f.) (Aktenvorlage); Maurer, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 474 f.; Sachs, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 12; a. A. Ibler, in: Friauf/Höfling, Art. 19 Abs. 4 Rn. 47 ff.; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 19 Abs. 4 Rn. 84.

3. Schutzbereich

917

Fall 28: Erledigte Beschlagnahme

F hatte von einem Versandhaus einen Allbereichsempfänger erworben, der es ihm ermöglichen sollte, umfassend den Funkverkehr von Feuerwehr, Polizei etc. abzuhören. Nachdem dies im Rahmen von Ermittlungen gegen das Versandhaus bekannt geworden war, erließ das Amtsgericht wegen „Verstoßes gegen das Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen (FTEG)“ einen auf die Wohnung bezogenen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss. Danach war „ein betriebsbereit gehaltener Funkempfänger Albrecht Commander 6100“ sicherzustellen. Ein solches Gerät – jedoch in nicht betriebsfähigem Zustand – wurde bei der folgenden Durchsuchung beschlagnahmt. Noch am selben Tag legte der F Beschwerde gegen den Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss ein. Wenig später wurde das Gerät an ihn zurückgegeben. Seine Beschwerde erklärte das zuständige Landgericht wegen der Rückgabe für „gegenstandslos“. Es bestehe kein Rechtsschutzinteresse seitens des F an einer weiteren Klärung. Eine Gegenvorstellung blieb erfolglos. Nunmehr erhebt F unverzüglich Verfassungsbeschwerde, da er der Ansicht ist, dass er sonst keine Möglichkeit habe, gegen die diversen Grundrechtsverletzungen vorzugehen. Wie sind seine Erfolgsaussichten?

§ 304 Abs. 1 StPO: „Die Beschwerde ist gegen alle von den Gerichten im ersten Rechtszug oder im Berufungsverfahren erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden, des Richters im Vorverfahren und eines beauftragten oder ersuchten Richters zulässig, soweit sie das Gesetz nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht.“

Fall nachgebildet BVerfGE 96, 27 ff. (Durchsuchungsanordnung I)

a) Persönlicher Schutzbereich

918

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG stellt ein Jedermann-Grundrecht dar, d. h. es gelten für natürliche Personen keine Einschränkungen. Darüber hinaus können sich auch juristische Personen des Privatrechts nach Art. 19 Abs. 3 GG auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG berufen. Dies soll nach überwiegender Ansicht ebenso für ausländische juristische Personen gelten.⁵ Auch wenn für die justiziellen Gewährleistungen der Art. 101 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 1 GG eine Ausnahme gemacht wird,⁶ findet Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auf juristische Personen des öffentlichen Rechts keine Anwen-

⁵ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rn. 40; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 19 Rn. 82; a. A. Sachs, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 52 f.; Krebs, in: v. Münch/Kunig, Art. 19 Rn. 51.

⁶ BVerfGE 138, 64 (Rn. 83) (Vorlagepflicht Art. 100 GG). Vgl. Rn. 931, 946.

dung.⁷ Entsprechendes gilt für im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen bzw. von der öffentlichen Hand beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform.⁸ Etwas anderes kann allein dann angenommen werden, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts Träger von Grundrechten ist, wie dies bei dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) und den Universitäten (Art. 5 Abs. 3 GG) der Fall ist.⁹

b) Sachlicher Schutzbereich

aa) Inhalt der Rechtsschutzgarantie

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantiert demjenigen, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, den Rechtsweg. Das bedeutet, dass bei einer möglichen Rechtsverletzung der **Zugang zu den Gerichten** offen stehen, also ein gerichtlicher Rechtsschutz überhaupt möglich sein muss. Das setzt das Bestehen staatlicher Gerichte sowie entsprechender Verfahrensordnungen voraus.

Über den Wortlaut hinaus verlangt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, dass der Rechtsschutz effektiv sein muss. Dieses Ergebnis folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die darauf abzielt, dem Bürger die Verteidigung seiner Rechte tatsächlich zu ermöglichen.¹⁰ Der **Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes** lässt sich systematisch aufgliedern in die Effektivität der Rechtsweggarantie und die Wirksamkeit des Rechtsschutzes.¹¹ Die **Effektivität der Rechtsweggarantie** besagt, dass nicht nur die rein theoretische Möglichkeit gegeben sein muss, Rechtsschutz zu erlangen. Vielmehr muss der Weg zum Gericht auch tatsächlich gangbar sein. Unvereinbar mit dieser Garantie wäre beispielsweise ein übermäßiges Kostenrisiko.¹² Darüber hinaus besteht eine Verpflichtung für den Gesetzgeber, in bestimmten Fällen Prozesskostenhilfe zu gewähren, um nicht einkommensschwache soziale Schichten von einer wirksamen Rechtsverfolgung auszuschließen. Insofern stellt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ein (originäres) Leistungsrecht dar. Entsprechend folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 bzw. Abs. 3 GG ein Anspruch auf **Rechtsschutzgleichheit** im gerichtlichen Bereich und auf **Rechtswahrnehmungsgleichheit** im außergerichtlichen Bereich.¹³ Der Grundsatz der Effektivität der Rechtsweggarantie hat auch zur Folge, dass der Richter gehalten ist, das Prozessrecht so auszulegen und anzuwenden, dass der Rechtsweg nicht unzulässig verengt wird.¹⁴ Geboten ist mithin eine rechtsschutzfreundliche Handhabung.

Weiterhin muss der **Rechtsschutz selbst wirksam** sein. Die Gerichte müssen in der Lage sein, einer Rechtsverletzung wirksam zu begegnen. Art. 19 Abs. 4

919

920

921

⁷ Sachs, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 114; Schenke, JZ 1988, 317 (318); a. A. Maurer, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 485.

⁸ BVerfG v. 6.9.2016 – 1 BvR 1305/13 – Rn. 19 (Abweichung von EuGH-Rechtsprechung).

⁹ BVerfGE 107, 299 (310 f.) (Journalisten-Abhörung); Sachs, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 108.

¹⁰ BVerfGE 40, 272 (275) (Außerprozessuale Bedingung); 129, 1 (20) (Verweis auf Verwaltungsvorschrift).

¹¹ Vgl. zu dieser Terminologie Lorenz, Jura 1983, 393 (394).

¹² BVerfGE 11, 139 (143) (Rückwirkung bei Gerichtskosten).

¹³ BVerfGK 15, 438 (440).

¹⁴ BVerfG, NJW 2015, 3432 (3432 f.).

S. 1 GG bestimmt deshalb die **Reichweite der gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns**. Nur wenn dem Gericht die umfassende Nachprüfung des Verwaltungshandelns in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht obliegt, kann ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden. Das schließt eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen oder Wertungen seitens anderer Gewalten im Grundsatz aus.¹⁵ In diesem Zusammenhang ist es problematisch, wenn der Verwaltung auf Tatbestandsebene ein vom Gericht nicht nachprüfbarer **Beurteilungsspielraum** eröffnet ist. Das kommt grundsätzlich nur auf gesetzlicher Grundlage und beim Vorliegen besonderer Sachgründe in Betracht.¹⁶ Anerkannte Anwendungsfälle sind beispielsweise die persönlichen Wertungen eines weisungsfreien, pluralistisch besetzten Gremiums wie der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften (§ 19 Abs. 2, 4 JuSchG) sowie Risikoprognosen im Umwelt- und Technikrecht. Eine Entscheidung muss zudem innerhalb einer **angemessenen Verfahrensdauer** erfolgen.¹⁷ Um einem Rechtsverlust vorzubeugen, ist ein vorläufiger Rechtsschutz bereitzustellen (z. B. § 80 Abs. 5, § 123 VwGO, § 935 ZPO), durch den ein bestehender Rechtszustand gesichert werden kann.¹⁸

BVerfGE 129, 1 (20 f.) (Verweis auf Verwaltungsvorschrift): „Das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantiert jedem den Rechtsweg, der geltend macht, durch die öffentliche Gewalt in eigenen Rechten verletzt zu sein. Damit wird sowohl der Zugang zu den Gerichten als auch die Wirksamkeit des Rechtsschutzes gewährleistet. Der Bürger hat einen **Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle** in allen ihm von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen, wobei es keinen Unterschied macht, ob es sich um Eingriffe in geschützte Rechtspositionen oder die Versagung gesetzlich eingeräumter Leistungsansprüche handelt. Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen. Das schließt eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen und Wertungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens ist, im Grundsatz aus. Die materiell geschützte Rechtsposition ergibt sich allerdings nicht aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG selbst, sondern wird darin vorausgesetzt. Neben den verfassungsmäßigen Rechten bestimmt das einfache Recht, welche Rechte der Einzelne geltend machen kann. Der Gesetzgeber befindet unter Beachtung der Grundrechte darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zustehen und welchen Inhalt es haben soll.“

922 Neben dem gerichtlichen Verfahren ergeben sich aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG auch Vorwirkungen für das **Verwaltungsverfahren**. Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG hat die Exekutive die Schutzwirkung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zu beachten. Folge hiervon ist, dass das Verwaltungsverfahren nicht so ausgestaltet sein darf, dass der gerichtliche Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert wird.¹⁹ Beispielsweise sind bei einem Stellenbesetzungsverfahren im öffentlichen Dienst nach Art. 33 Abs. 2 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG die wesentlichen Auswahlentscheidungen schriftlich zu fixieren, um dem unterlegenen Bewerber durch Akteneinsicht die Prüfung zu

¹⁵ BVerfGE 101, 106 (123) (Aktenvorlage); 129, 1 (20) (Verweis auf Verwaltungsvorschrift).

¹⁶ BVerfGE 129, 1 (22 f.) (Verweis auf Verwaltungsvorschrift).

¹⁷ Vgl. EGMR, NJW 2010, 3355 ff. (Überlange Gerichtsverfahren).

¹⁸ Vgl. Lorenz, Jura 1983, 393 (399 f.).

¹⁹ BVerfGE 61, 82 (110) (Sasbach).

ermöglichen, ob ein Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung besteht. Erst durch die Dokumentation können die Gerichte die angegriffene Entscheidung eigenständig nachvollziehen.²⁰

BVerfGE 129, 1 (21) (Verweis auf Verwaltungsvorschrift): „Beruht die angefochtene Entscheidung auf der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, so ist deren Konkretisierung grundsätzlich Sache der Gerichte, die die Rechtsanwendung der Verwaltungsbehörden uneingeschränkt nachzuprüfen haben. Die Regeln über die eingeschränkte Kontrolle des Verwaltungsermessens gelten nicht ohne weiteres auch für die Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Dies schließt nicht aus, dass bei der Kontrolle der Verwaltung deren Eigenverantwortung Rechnung getragen und die gerichtliche Kontrolle – wie etwa im Planungsrecht – als eine nachvollziehende Kontrolle ausgestaltet wird.“

bb) Verletzung in eigenen Rechten

Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG setzt die Verletzung in eigenen Rechten voraus, begründet aber keine – über den eigentlichen Rechtsschutz hinausgehenden – eigenen Rechte.²¹ Als verletzte Rechte kommen nur **subjektive Rechte** in Frage, d. h. solche, die nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit, sondern auch dem Schutz des Betroffenen zu dienen bestimmt sind.²² Problematisch ist dieser Punkt insbesondere bei Verfahrensvorschriften, da diese häufig allein einem geordneten Verwaltungsverfahren dienen. Die Verletzung bloßer Interessen reicht genauso wenig wie die Verletzung von Vorschriften, die rein im öffentlichen Interesse stehen. Zunächst sind hier als verletzte Rechte die Grundrechte zu nennen, die in der Regel subjektive Rechte²³ darstellen. Jedoch bleibt die Gewährleistung der Durchsetzbarkeit nicht auf diese beschränkt. Auch bei lediglich einfachgesetzlich gewährten Positionen entfaltet das Gebot des effektiven Rechtsschutzes seine Wirkung, was daran deutlich wird, dass die Abs. 1–3 des Art. 19 GG auf „Grundrechte“ beschränkt sind, wohingegen in Abs. 4 nur allgemein von „Rechten“ gesprochen wird. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sind dementsprechend keine Einschränkungen zu entnehmen.

923

cc) Öffentliche Gewalt

Der Begriff der öffentlichen Gewalt wird vom BVerfG sehr einschränkend ausgelegt. Öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist die **gesamte vollziehende Gewalt**, unabhängig davon, ob sie als Verwaltung oder als Regierung zu qualifizieren ist.²⁴ Nicht hierunter fällt nach Auffassung des BVerfG die **Gesetzgebung**, weil Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Art. 100 Abs. 1 GG insofern abschließend sind.²⁵

924

²⁰ BVerfG, NJW 2016, 309 (310).

²¹ BVerfGE 83, 182 (194 f.) (Pensionistenprivileg).

²² Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rn. 116 ff. (insbesondere Rn. 127 ff.). Vgl. zur Schutznormlehre Rn. 137.

²³ Vgl. Rn. 12.

²⁴ Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Rn. 419 f.

²⁵ BVerfGE 24, 33 (49) (AKU-Beschluss); 31, 364 (368) (Auslegungsfrist); Sachs, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 122 f.; a. A. Maurer, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 479 ff.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rn. 93 ff. Ausdrücklich offen gelassen für materielle Gesetze in BVerfGE 31, 364 (368) (Auslegungsfrist).

Dementsprechend ist es mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vereinbar, dass es keinen fachgerichtlichen Rechtsschutz in Gestalt einer Normenkontrolle gegen Gesetze gibt. Diesem Verständnis folgend ist die Möglichkeit, nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Normenkontrollklage gegen Verordnungen und Satzungen zu erheben, nicht Teil der Gewährleistung von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Also besteht keine Verpflichtung der Länder, von der Option des § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch zu machen. Auch die **Judikative** ist – obwohl dritte Staatsgewalt – im originären Bereich der Rechtsprechung nicht als öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG anzusehen.²⁶ Begründet wird dies mit Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Dem Bürger soll Rechtsschutz *durch* die Gerichte und nicht *gegen* die Gerichte garantiert werden.²⁷ Kennzeichen rechtsprechender Tätigkeit ist typischerweise die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren. Die Erteilung von Auskünften an eine Behörde im Rahmen von Art. 35 Abs. 1 GG gehört nicht hierzu.²⁸ Die Gerichte üben auch dann „öffentliche Gewalt aus“, wenn sie außerhalb ihrer spruchrichterlichen Tätigkeit auf Grund eines ausdrücklich normierten Richtervorbehalts tätig werden.²⁹ Dementsprechend besteht kein subjektives Recht des Einzelnen auf einen Instanzenzug. Folglich stellt die gesetzliche Beschränkung der Möglichkeit Berufung oder Revision einzulegen, keinen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG dar. Hat der Gesetzgeber jedoch mehrere Instanzen geschaffen, darf der Zugang zu ihnen nicht in unzumutbarer und durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden.³⁰

dd) Abgrenzung zum Rechtsstaatsprinzip und zu anderen Grundrechten

925

Nicht allein Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG trifft eine Aussage darüber, wie das gerichtliche Verfahren auszugestalten ist. Das BVerfG entnimmt in ständiger Rechtsprechung den Grundrechten eine verfahrensrechtliche Komponente.³¹ Zwischen Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und den **grundrechtlichen Verfahrensrechten** besteht aber der grundlegende Unterschied, dass ersterer auf den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen der öffentlichen Gewalt beschränkt bleibt, wohingegen letztere auch das Verwaltungsverfahren bestimmen. Den materiellen Grundrechten

²⁶ Anders die wohl inzwischen überwiegende Kommentarauffassung, vgl. *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Rn. 438 ff.; *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, Art. 19 Rn. 57; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Art. 19 Abs. 4 Rn. 49; *Ibler*, in: Friauf/Höfling, Art. 19 Abs. 4 Rn. 90 ff.; ausführlich *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 147 ff., 255 ff.

²⁷ BVerfGE 138, 33 (39) (Informationsweitergabe an Dritte). Anderes kann sich aber unter Umständen aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben; vgl. Rn. 926.

²⁸ BVerfGE 138, 33 (40) (Informationsweitergabe an Dritte).

²⁹ BVerfGE 107, 395 (406) (Rechtsschutz gegen Gehörverletzungen); *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rn. 100; kritisch *Sachs*, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 120a.

³⁰ BVerfGE 134, 106 (117) (Rechtsweg/Anhörungsrüge).

³¹ BVerfGE 24, 367 (401; Art. 14 GG) (Hamburgisches Deichordnungsgesetz); 50, 16 (30; Art. 12 GG) (Missbilligende Belehrung); 52, 203 (206 f.; Art. 2 Abs. 1 GG) (Fristgebundener Schriftsatz); 53, 30 (57, 65; Art. 2 Abs. 2 GG) (Mülheim-Kärlich); 56, 216 (244; Art. 16 GG a. F.) (Rechtsschutz im Asylverfahren); 134, 242 (300; Art. 14 GG) (Garzweiler II); zum Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren vgl. Rn. 134.

können Anforderungen an das gerichtliche Verfahren demgegenüber nur insoweit entnommen werden, als es gerade im Interesse des jeweiligen Freiheitsrechts erforderlich ist.³² Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist in diesen Fällen in Verbindung mit dem entsprechenden Freiheitsrecht anzuwenden (z. B. Art. 19 Abs. 4 S. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 GG).

Aus dem Rechtsstaatsprinzip i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG leitet sich der **allgemeine Justizgewährungsanspruch** her. Dieser ist wie Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als Leistungsrecht einzustufen. Inhaltlich entsprechen sich beide Rechte; der Staat wird verpflichtet, einen effektiven Rechtsschutz zur Durchsetzung eigener Rechte zu gewährleisten. Der Anwendungsbereich des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs ist allerdings umfassender. Während der speziellere Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG Rechtsschutz in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten fordert, umfasst der allgemeine Justizgewährungsanspruch auch privatrechtliche Streitigkeiten. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz kann sogar Auswirkungen auf das materielle Recht haben. Dessen Auslegung darf nicht dazu führen, dass Rechtsschutz übermäßig verteuert oder sonst unzumutbar erschwert wird.³³ Soweit einzelnen Grundrechten durch Auslegung verfahrensrechtliche Garantien entnommen und damit rechtsstaatliche Anforderungen berücksichtigt werden, ist von einer Spezialität auszugehen.³⁴ Wie bei Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG wird durch das Rechtsstaatsprinzip kein Rechtsschutz *gegen* den Richter garantiert. Das BVerfG hat in einer Entscheidung aber eine Ausnahme angenommen, soweit es um die Verletzung von Verfahrensgrundrechten (insbesondere Art. 101 Abs. 1 GG und Art. 103 Abs. 1 GG) geht.³⁵ Als Reaktion auf die Entscheidung hat der Gesetzgeber zusätzliche prozessuale Möglichkeiten geschaffen, um die Verletzung rechtlichen Gehörs zu rügen (beispielsweise durch § 321a ZPO).³⁶

926

BVerfGE 107, 395 (407) (Rechtsschutz gegen Gehörverletzungen): „Die das gerichtliche Verfahren betreffenden Verfahrensgrundrechte können nicht durch einen Träger der vollziehenden Gewalt verletzt werden, denn sie sind ausschließlich an die Gerichte adressiert. Wird Art. 19 Abs. 4 GG einengend dahin ausgelegt, dass er den Rechtsschutz gegen richterliche Akte nicht umfasst, verbleibt dort ein Rechtsschutzdefizit, das aber durch den **allgemeinen Justizgewährungsanspruch** behoben wird. Er ermöglicht **Rechtsschutz hinsichtlich der gerichtlichen Verfahrensdurchführung, soweit durch sie die Verfahrensgrundrechte verletzt sein können**. Andernfalls bliebe eine Verletzung dieser Grundrechte ohne verfassungsrechtlich gesicherte Möglichkeit fachgerichtlicher Abhilfe.“

³² BVerfGE 101, 106 (122) (Aktenvorlage).

³³ BVerfG, NZA 2011, 354 ff.

³⁴ *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, Art. 19 Rn. 50.

³⁵ BVerfGE 107, 395 (407) (Rechtsschutz gegen Gehörverletzungen). Vgl. *Voßkuhle*, NJW 2003, 2193 ff.; *Desens*, NJW 2006, 1243 ff.

³⁶ Vgl. zu den Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde Rn. 189.

4. Verletzung des Leistungsrechts

927 Als Leistungsrecht unterliegt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG der **Ausgestaltung** durch den Gesetzgeber.³⁷ Im Gegensatz zu anderen Grundrechten, die – wie beispielsweise die Meinungsfreiheit – an die natürliche Fähigkeit des Menschen anknüpfen, erfordert die Rechtsweggarantie immer ein Tätigwerden des Gesetzgebers; der Rechtsweg muss notwendigerweise vom Gesetzgeber aufgebaut werden. Wie bei allen Leistungsrechten besteht ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum, auf welchem Weg diese Verpflichtungen erfüllt werden.³⁸ Es bleibt in erster Linie dem Gesetzgeber überlassen, wie er die im Gerichtsverfahren aufeinandertreffenden unterschiedlichen Interessen in Einklang bringt. Der Gesetzgeber verletzt seine Leistungsverpflichtungen dann, wenn er untätig bleibt oder ein Prozessrecht schafft, das dem von Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG geforderten Minimalstandard nicht genügt. Weiterhin muss die Ausgestaltung von der Sache her geboten sein.³⁹ Zulässige Ziele, die eine Begrenzung des Rechtsschutzes erfordern können, lassen sich insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip entnehmen: Effektivität von Verwaltung und Rechtspflege, Rechtssicherheit, Rechtsfrieden etc. Der Gesetzgeber ist schließlich nicht gehalten, mehr als eine gerichtliche Instanz zu schaffen, da Schutzzweck des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG der Rechtsschutz *durch* den Richter und nicht *gegen* den Richter⁴⁰ ist. Nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG „steht ihm der Rechtsweg offen“, sodass mit einer Instanz der Rechtsweg eröffnet und den grundgesetzlichen Vorgaben Genüge getan ist. Hat der Gesetzgeber allerdings weitere Instanzen vorgesehen, müssen die Gerichte bei der Anwendung des Prozessrechts den Grundsatz der Effektivität beachten.⁴¹

BVerfGE 77, 275 (284) (Vergleichsordnung): „Art. 19 Abs. 4 GG verbietet zwar keineswegs die Errichtung jeder Schranke vor dem Zugang zum Gericht. Die dem Gesetzgeber obliegende normative Ausgestaltung des Rechtswegs muss aber das Ziel dieser Gewährleistung – den wirkungsvollen Rechtsschutz – verfolgen; sie muss im Hinblick darauf geeignet und angemessen sowie für den Rechtsuchenden zumutbar sein.“

928 Durch Judikative und Exekutive wird der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verletzt, wenn eine tatsächlich wirksame Kontrolle des Verwaltungshandelns behindert wird, sei es durch eine bestimmte Auslegung der Zugangsvoraussetzungen für eine Klage durch die Gerichte oder durch eine die spätere Klage ausschließende Verwaltungstätigkeit. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht notwendig vorrangig vor anderen Rechtsgütern ist. Vielmehr findet – wie auch bei der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber – eine Abwägung kollidierender Rechtsgüter statt.

³⁷ Vgl. Rn. 433 ff.

³⁸ BVerfGE 101, 106 (123) (Aktenvorlage).

³⁹ Vgl. zu der Frage, ob die Ausgestaltung verhältnismäßig sein muss, Rn. 439.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 138, 33 (39) (Informationsweitergabe an Dritte).

⁴¹ BVerfGE, 96, 27 (39) (Durchsuchungsanordnung I).

III. Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 GG)

1. Hintergrund

Art. 101 GG gewährleistet die Neutralität und Unabhängigkeit der Justiz. Er schließt aus, dass durch die Bestimmung des einzelnen Richters, der Kammer, des Senats etc. auf ein konkretes Verfahren Einfluss genommen wird. Insoweit ist Art. 101 GG eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.

929

BVerfGE 95, 322 (327) (Spruchgruppen): „Mit der Garantie des gesetzlichen Richters will Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG der Gefahr vorbeugen, dass die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird. Es soll vermieden werden, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter das Ergebnis der Entscheidung beeinflusst werden kann, gleichgültig, von welcher Seite eine solche Manipulation ausgeht. **Damit soll die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden.** Dieses Vertrauen nähme Schaden, müsste der rechtsuchende Bürger befürchten, sich einem Richter gegenüberzusehen, der mit Blick auf seinen Fall und seine Person bestellt worden ist.“

Bereits in der Weimarer Reichsverfassung wurde mit Art. 105 eine dem Art. 101 GG entsprechende Vorschrift eingeführt; ebenso war in § 175 der Paulskirchenverfassung das Recht auf den gesetzlichen Richter schon vorgesehen. Auch auf europäischer Ebene in Art. 47 Abs. 2 GR-Charta und in Art. 6 EMRK ist der gesetzliche Richter als Grund- und Menschenrecht festgelegt. Art. 101 GG enthält ein einheitliches Grundrecht: Bei dem in Abs. 1 S. 1 zum Ausdruck kommenden Verbot von Ausnahmegerichten handelt es sich um einen speziellen Fall des in S. 2 normierten Rechts auf den gesetzlichen Richter; ebenso verhält es sich mit dem im Abs. 2 statuierten Parlamentsvorbehalt für Gerichte für besondere Sachgebiete.⁴²

930

2. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

Art. 101 GG findet als Jedermann-Recht ohne Einschränkungen auf natürliche Personen Anwendung. Zudem sind juristische Personen des Privatrechts berechtigt, unabhängig davon, ob sie ihren Sitz im In- oder im Ausland haben.⁴³ Auch **inländische wie ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts** können sich auf Art. 101 GG berufen.⁴⁴ Begründen lässt sich diese Ausdehnung des persönlichen Schutzbereichs mit dem Sinn und Zweck des Art. 101 GG, ein dem Grundgesetz gemäßes gerichtliches Verfahren zu gewährleisten. Anspruch hierauf hat jede Prozesspartei – es gilt der Grundsatz der Gleichheit der Prozessparteien –,

931

⁴² Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 1.

⁴³ BVerfGE 64, 1 (11) (National Iranian Oil Company); 129, 78 (92) (Le Corbusier).

⁴⁴ BVerfGE 96, 231 (244) (Müllkonzept); für ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts BVerfGE 1, 32 (38). Vgl. allgemein Rn. 161 f.

sodass Einschränkungen des persönlichen Schutzbereichs mit dieser Garantie nicht zu vereinbaren wären.⁴⁵

b) Sachlicher Schutzbereich

932 Bei Art. 101 GG handelt es sich um ein **normgeprägtes grundrechtsgleiches Recht**: Ohne einen gewissen Bestand an Normen kann es keinen *gesetzlichen* Richter geben. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, Rechtsvorschriften zu erlassen, nach denen sich der gesetzliche Richter bestimmen lässt. Art. 101 GG schützt in seiner abwehrrechtlichen Funktion davor, dass von Vorschriften, die der Bestimmung des gesetzlichen Richters dienen, abgewichen wird. Ähnlich wie bei Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG werden durch Art. 101 GG insoweit die verfahrensrechtlichen Bestimmungen verfassungsrechtlich abgesichert.

933 Das **Recht auf den gesetzlichen Richter** bedeutet, dass **im Voraus generell** und **abstrakt** festgelegt sein muss, welcher Richter zur Entscheidung des jeweiligen Falles zuständig ist. In diesem Sinne erfordert Art. 101 GG einen Bestand an Normen, der es ermöglicht, die Zuständigkeit des Gerichts, die Zuständigkeit des Spruchkörpers sowie die in diesem Spruchkörper mitwirkenden Richter zu bestimmen. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die fundamentalen Zuständigkeitsregeln aufzustellen.⁴⁶ Hierzu zählt die Bestimmung, welche Spruchkörper für welche Verfahren sachlich, örtlich und instanzial zuständig sind.⁴⁷

934 Der Gesetzgeber ist auch verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen, um einen befangenen Richter ausschließen und damit die **Unparteilichkeit** und **Unabhängigkeit** des Gerichts sicherstellen zu können (siehe z. B. die § 54 VwGO, §§ 22 ff. StPO). Die Unabhängigkeit des Richters ergibt sich aus Art. 97 GG, die Unparteilichkeit aus dem Rechtsstaatsprinzip. Dadurch, dass das BVerfG die Unparteilichkeit des Richters als durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG mitgeschützt ansieht,⁴⁸ werden diese rein objektivrechtlichen Vorschriften verfassungsbeschwerdefähig.

935 Der Gesetzgeber muss – bzw. kann aus Praktikabilitätsgründen – nicht den gesetzlichen Richter endgültig bestimmen.⁴⁹ Dementsprechend trifft auch die Gerichte eine Regelungspflicht. Ihnen obliegt es, die gesetzlichen Vorgaben auszufüllen und mittels **Geschäftsverteilungs- und Mitwirkungsplänen** (§§ 21e, 21g GVG) den gesetzlichen Richter zu bestimmen. Diese Pläne müssen wesentliche Merkmale von Gesetzen aufweisen, schließlich spricht auch Art. 101 GG davon, dass der Richter *gesetzlich* bestimmt werden muss: Sie müssen in Schriftform vorliegen und die Zuständigkeit des Spruchkörpers im Voraus generell und abstrakt regeln (bis hin zum einzelnen Richter); zudem müssen sie bestimmt genug sein.

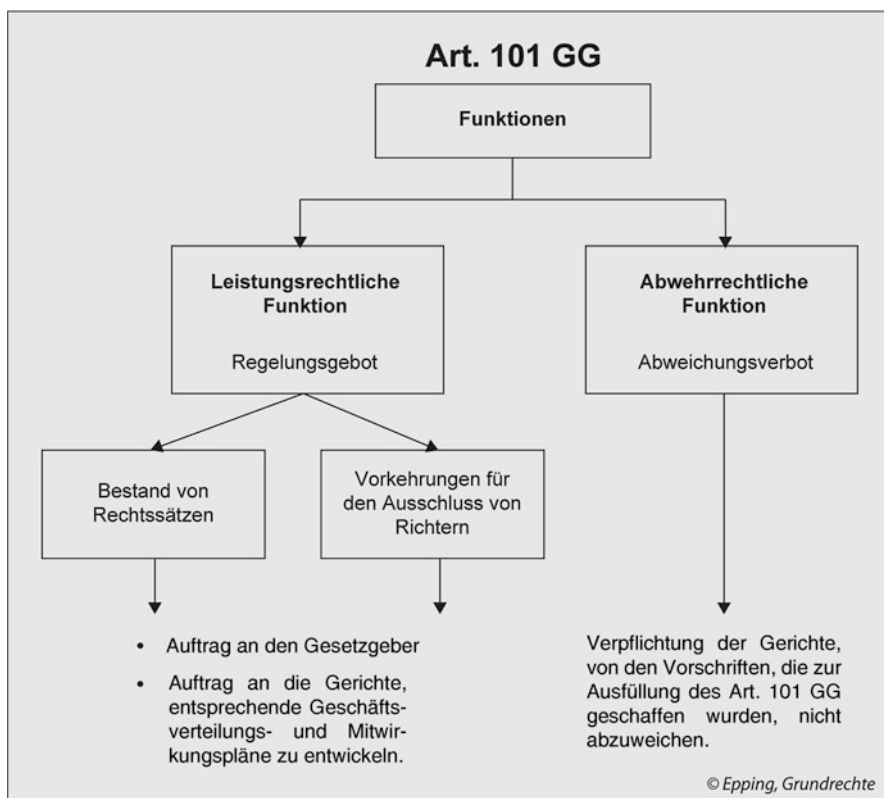
⁴⁵ Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 4.

⁴⁶ BVerfGE 19, 52 (60) (Überbesetzung).

⁴⁷ Britz, JA 2001, 573 (574).

⁴⁸ BVerfG, NVwZ 1996, 885 (885); zustimmend Britz, JA 2001, 573 (578); Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 13; Maurer, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II, 2001, S. 496.

⁴⁹ BVerfGE 9, 223 (226) (Bewegliche Zuständigkeitsregelung).



3. Beeinträchtigungen

Beeinträchtigungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter können darin zu sehen sein, dass entweder die Regelung der Zuständigkeit der Gerichte und des einzelnen Richters nicht den leistungsrechtlichen Vorgaben des Art. 101 Abs. 1 GG genügt oder dass von diesen Vorgaben willkürlich abgewichen wird (abwehrrechtliche Seite). Durch Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG werden Verstöße gegen die Geschäftsverteilung zu grundrechtlichen Verstößen, die mit der Verfassungsbeschwerde angegangen werden können. So können **Eingriffe** durch die **Judikative** dadurch erfolgen, dass ein nach dem Geschäftsverteilungsplan unzuständiger oder befangener⁵⁰ Richter an einer Entscheidung mitwirkt. In Art. 101 GG wird auch dann eingegriffen, wenn ein Richter über das gegen ihn gerichtete Ablehnungsgesuch und damit in eigener Sache entscheidet. Die Ausnahme des § 26a StPO, der es dem Richter gestattet, den gegen ihn gerichteten Befangenheitsantrag als unzulässig zu verwerfen, ist eng auszulegen, um Manipulationen zu vermeiden.⁵¹ Da zu den Rechtssätzen, die den

⁵⁰ Vgl. BVerfGK 17, 190 (193).

⁵¹ Vgl. BVerfGK 5, 269 (278 ff.); Gaede, HRRS 2005, 319 ff.

zur Entscheidung berufenen Richter bestimmen, auch Vorschriften zählen, die ein Gericht zur Vorlage einer Sache an ein anderes Gericht verpflichten, kann ein Verstoß gegen Art. 101 GG vorliegen, wenn ein Gericht eine nicht mehr vertretbare verfassungskonforme Auslegung vornimmt und ein Gesetz nicht nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorlegt.⁵² Nicht jeder **Verfahrensfehler** führt allerdings zu einer **Grundrechtsverletzung**.⁵³ Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Eingriff in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG immer nur dann vorliegt, wenn die Entscheidung über die richterliche Zuständigkeit **willkürlich** erfolgt und deshalb unhaltbar ist.⁵⁴ Diese Einschränkung lässt sich mit Sinn und Zweck des Art. 101 GG rechtfertigen; dieser will nicht jeden Verfahrensfehler zum Verfassungsverstoß erheben, sondern missbräuchliche Zuständigkeitsmanipulationen verhindern.⁵⁵

BVerfG, NJW 1988, 1456 (1456 f.): „Anders als bei den gesetzlichen Formvorschriften des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG (...) hat das Gericht in ständiger Rechtsprechung die fachgerichtliche Anwendung und Auslegung der einfachrechtlichen Vorschriften, nach denen sich im Einzelfall der gesetzliche Richter bestimmt, immer nur auf **Willkür** überprüft. Durch eine Maßnahme, Unterlassung oder Entscheidung eines Gerichts wird der gesetzliche Richter mithin nur dann entzogen und damit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt, wenn diese Maßnahme, Unterlassung oder Entscheidung auf Willkür beruht. Dies gilt auch, wenn ein Gericht die Verpflichtung zur Vorlage an ein anderes Gericht, das über eine bestimmte Rechtsfrage zu entscheiden hat, außer Acht lässt. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG schützt nicht gegen Verfahrensfehler, die infolge eines Irrtums des Gerichts unterlaufen, sondern nur gegen Willkür. Als Willkür i. S. dieser Rechtsprechung wird es nur gewertet, wenn die Entscheidung sich bei der Anwendung und Auslegung von Zuständigkeitsnormen so weit von dem diese Normen bestimmenden Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt, dass die Gerichtsentscheidung nicht mehr zu rechtfertigen ist. **Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird nur durch solche gerichtlichen Entscheidungen verletzt, die bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind.**“

938 Ist hingegen der Geschäftsverteilungsplan selber fehlerhaft, genügt die Judikative den **leistungsrechtlichen Anforderungen** des Art. 101 Abs. 1 GG nicht. Die bloße Möglichkeit der Manipulation des Geschäftsverteilungs- und Mitwirkungsplans stellt bereits eine Beeinträchtigung dar.⁵⁶ Auch die nachträgliche Neuregelung der Geschäftsverteilung ist in Ausnahmefällen möglich, selbst wenn bereits anhängige Verfahren hiervon betroffen sind. Allerdings bedarf es in diesen Fällen der umfassenden Dokumentation und Darlegung der Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern, um den Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung zu vermeiden.⁵⁷

939 Der **EuGH** ist gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, weshalb in der Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zugleich ein Verstoß

⁵² BVerfGE 138, 64 (87 f.) (Vorlagepflicht Art. 100 GG).

⁵³ Vgl. die einzelnen Beispiele bei *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 101 Rn. 18.

⁵⁴ BVerfGE 82, 159 (194) (Absatzfonds); 29, 198 (207) (Umsatzausgleichsteuer).

⁵⁵ *Britz*, JA 2001, 573 (576); ähnlich auch *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Art. 101 Rn. 50.

⁵⁶ BVerfGE 95, 322 (327, 329) (Spruchgruppen).

⁵⁷ BVerfGK 15, 247 (251 ff.).

gegen den gesetzlichen Richter zu sehen sein kann.⁵⁸ Die Auslegung des Unionsrechts obliegt dem EuGH. Allein die Anwendung fällt in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte.⁵⁹

BVerfG, NJW 1998, 2811 (2813): „Eine **unhaltbare Handhabung der Vorlagepflicht** wird vom BVerfG insbesondere dann angenommen, wenn die zuständigen Gerichte eine Vorlage an den EuGH trotz der – ihrer Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung ziehen, obwohl sie selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage haben (**grundsätzliche Verknennung** der Vorlagepflicht). Gleiches gilt in den Fällen, in denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des EuGH zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt (**bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft**). Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als entfernte Möglichkeit, so wird Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (**Unvollständigkeit der Rechtsprechung**). Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind.“

Auch der **Gesetzgeber** kann das Recht auf den gesetzlichen Richter beeinträchtigen. Eingriffe kommen allerdings nur durch die Bildung von Ausnahmegerichten in Betracht, die nach Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG per se verboten sind. Hierunter sind Gerichte zu verstehen, „die in Abweichung von der gesetzlichen Zuständigkeit besonders gebildet und zur Entscheidung einzelner konkreter oder individueller Fälle berufen sind“⁶⁰. Ansonsten ist zu berücksichtigen, dass Art. 101 GG ein **normgeprägtes Grundrecht** ist, das der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf. Dementsprechend besteht eine Bindung allein an die objektivrechtliche Seite; der Gesetzgeber verletzt dann Art. 101 GG, wenn er hinter dessen Leistungsverpflichtungen zurückbleibt. Zunächst ist an ein Unterlassen zu denken, wenn nämlich der Gesetzgeber darauf verzichtet, Vorschriften für die Gerichtsorganisation zu erlassen. In Anbetracht der heutigen Regelungsdichte ist ein derartiger Fall unwahrscheinlich. Viel eher besteht die Gefahr, dass gesetzliche Regelungen getroffen werden, die den Anforderungen des Art. 101 GG nicht genügen. Umstritten ist beispielsweise, ob § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG mit Art. 101 GG zu vereinbaren ist, da hierdurch der Staatsanwaltschaft eine Wahlmöglichkeit eröffnet wird, ob sie Anklage am Amts- oder beim Landgericht erhebt.⁶¹

940

⁵⁸ BVerfGE 73, 339 (Ls. 1, 367 ff.) (Solange II); 82, 159 (192 ff.) (Absatzfonds); BVerfGK 17, 108 (111); Kokott/Henze/Sobotta, JZ 2006, 633 ff. Vgl. zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EuGH Rn. 177.

⁵⁹ BVerfG, NJW 2016, 3153 (3157); EuGH, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275 (Asociația Accept).

⁶⁰ BVerfGE 3, 213 (223) (G 131).

⁶¹ Für die Zulässigkeit BVerfGE 22, 254 (258 ff.) (Bewegliche Zuständigkeit). Kritisch Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 101 Rn. 28 ff.

- 941 Der Schutz der Unabhängigkeit der Rechtsprechung vor Beeinträchtigungen durch die **Exekutive** ist zwar die geschichtliche Wurzel des Art. 101 GG (Stichwort „Kabinettsjustiz“). Auch wenn Eingriffe durchaus denkbar sind (beispielsweise Richterbestellung „ad hoc und ad personam“⁶²), so spielen diese heutzutage nur noch eine untergeordnete Rolle.⁶³

4. Rechtfertigung von Eingriffen

- 942 Art. 101 GG ist vorbehaltlos und nach der Rechtsprechung (bislang) auch schrankenlos gewährleistet, sodass eine Rechtfertigung von Eingriffen durch kollidierendes Verfassungsrecht nicht erfolgt. Eine solche Rechtfertigung ist auch nicht erforderlich. Bedingt beispielsweise das verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot eine Änderung der Geschäftsverteilung, kann diese auch mit Wirkung für anhängige Verfahren erfolgen, wenn die Dokumentationspflichten beachtet werden.⁶⁴ Hierdurch wird allein die leistungsrechtliche Seite des Art. 101 GG betroffen. Für eine willkürliche Einzelfallentscheidung über den zuständigen Richter – und nur solche sind rechtfertigungsbedürftig – besteht kein aner kennenswerter Bedarf.

IV. Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)

1. Hintergrund

- 943 Die Gewährleistung des Art. 103 Abs. 1 GG kann auf eine lange verfassungsrechtliche Tradition zurückblicken; sie reicht bis ins England des 14. Jahrhunderts zurück.⁶⁵ Verfassungsrechtlich anerkannt wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör in Deutschland jedoch erst durch das Grundgesetz. Die Beweggründe hierfür waren zum einen die „Missbräuche in gerichtlichen Verfahren, wie sie unter dem nationalsozialistischen Regime vorgekommen waren“⁶⁶ und zum anderen die „Sicherung der materiellrechtlich gewährleisteten Grundrechte in der alltäglichen Gerichtspraxis“.⁶⁷ Als „Urrecht des Menschen“⁶⁸ ist es Teil des nach Art. 6 EMRK gewährleisteten fairen Verfahrens.⁶⁹ In der GR-Charta ist es zwar nicht ausdrücklich genannt, jedoch gleichsam in den Verfahrensregelungen nach Art. 47 Abs. 2,

⁶² BVerfGE 82, 159 (194) (Absatzfonds).

⁶³ Pjeroth, in: Jarass/Pjeroth, Art. 101 Rn. 14.

⁶⁴ Vgl. Rn. 938.

⁶⁵ Vgl. zum ideengeschichtlichen Hintergrund Zierlein, DVBl. 1989, 1169 (1169 f.).

⁶⁶ BVerfGE 9, 89 (95) (Gehör bei Haftbefehl).

⁶⁷ Zierlein, DVBl. 1989, 1169 (1172).

⁶⁸ BVerfGE 55, 1 (6) (Flughafen München II).

⁶⁹ Vgl. zu Auslegungsstand und Bedeutung des rechtlichen Gehörs nach Art. 6 EMRK Gaede, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 301 ff., 613 ff. Vgl. zum Recht auf ein faires Verfahren Rn. 954.

Art. 48 Abs. 2 GR-Charta enthalten. In der Rechtsprechung des BVerfG nehmen Entscheidungen zu Art. 103 Abs. 1 GG einen breiten Raum ein.⁷⁰

Durch den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) wird nicht nur eine im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Garantie normiert. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist darüber hinaus auf die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zurückzuführen, da die Menschenwürde beinhaltet, dass niemand zum bloßen Objekt des gerichtlichen Verfahrens gemacht werden darf (sog. Objektformel).⁷¹ Als grundrechtsgleiches Recht ist Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsbeschwerdefähig.

944

2. Dogmatische Einordnung

Nicht einheitlich wird die dogmatische Einordnung des Art. 103 Abs. 1 GG beurteilt. In der Literatur wird der Anspruch auf rechtliches Gehör zumeist als Abwehrrecht gewertet. Dementsprechend wird eine Verletzung anhand des klassischen Schemas nach Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung geprüft.⁷² Hiergegen spricht allerdings bereits der Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 GG. Die Formulierung „Anspruch auf rechtliches Gehör“ deutet auf ein **Leistungsrecht** hin. Aber auch von der Sache her wird diese Auslegung bestätigt. Art. 103 Abs. 1 GG erfordert das Bestehen eines gerichtlichen Verfahrens. Erst dadurch, dass der Gesetzgeber ein Prozessrecht ausformt, werden die Voraussetzungen geschaffen, um „vor Gericht“ rechtliches Gehör zu beanspruchen. Darüber hinaus verlangt Art. 103 Abs. 1 GG immer ein Tätigwerden bzw. ein Mitwirken des Richters. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann nur in Gestalt eines Untätigbleibens des Richters vorliegen. Der Bürger begehrt also immer ein diesbezügliches Handeln, d. h. eine Leistung.⁷³

945

3. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG ist ein Jedermann-Recht, d. h. hinsichtlich der Parteifähigkeit bzw. Beschwerdebefugnis natürlicher Personen bestehen keine Einschränkungen. Darüber hinaus können sich auch juristische Personen des Privatrechts auf diese Gewährleistung berufen.⁷⁴ Anders als bei Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG gilt dies unabhängig davon, ob es sich um eine inländische oder um eine ausländische juristische Person handelt. Weiterhin gilt Art. 103 Abs. 1 GG auch für **inländische und ausländische juristische Personen des öf-**

946

⁷⁰ Eine Aufschlüsselung, bei welchen Sachverhalten in der Praxis eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG gerügt worden ist, findet sich bei *Zierlein*, DVBl. 1989, 1169 (1171).

⁷¹ BVerfGE 84, 188 (190) (Einzäunung); zur Objektformel vgl. Rn. 604.

⁷² *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 1, 5 ff.

⁷³ *J. Ipsen*, Rn. 915.

⁷⁴ BVerfGE 64, 1 (11) (National Iranian Oil Company).

fentlichen Rechts.⁷⁵ Dies lässt sich – wie auch die Rechtsträgerschaft der ausländischen juristischen Personen – damit begründen, dass erst hierdurch „Waffengleichheit“ vor Gericht hergestellt wird.

b) Sachlicher Schutzbereich

bb) Allgemein

947 Der Anspruch auf rechtliches Gehör erfordert es, dass den Prozessparteien Gelegenheit gegeben wird, sich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vor Erlass einer Entscheidung zu äußern. Dem Gericht obliegt die Verpflichtung, diese Äußerungen zur Kenntnis zu nehmen und in seine Abwägung einzubeziehen. Gerade letzteres ist wichtig, um die Effektivität des Art. 103 Abs. 1 GG zu gewährleisten und ihn nicht auf bloße „Verfassungslyrik“ zu beschränken. Darüber hinaus lassen sich Art. 103 Abs. 1 GG weitere Anforderungen für das gerichtliche Verfahren entnehmen.⁷⁶

948 Der Anspruch auf rechtliches Gehör beschränkt sich – wie der Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 GG deutlich zum Ausdruck bringt –, auf das **Gehör vor Gericht**. Das Verwaltungsverfahren selbst wird hingegen nicht erfasst. Dort kann sich ein Anhörungsrecht allenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) oder aus der Menschenwürde ergeben.⁷⁷ Der Gesetzgeber hat mit § 28 VwVfG einfachgesetzlich die Pflicht der Verwaltung geregelt, den Betroffenen vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts anzuhören.

949 Der Gesetzgeber wird durch Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet, durch eine einfachgesetzliche **Ausgestaltung** die Grundlage für die wirksame Durchsetzung des Rechts auf Gehör zu schaffen. Soweit der Gesetzgeber dieser Aufgabe durch prozessrechtliche Normierung nicht nachgekommen ist, besteht ein originärer Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG.⁷⁸

bb) Einzelne Gewährleistungen

950 Der Anspruch auf rechtliches Gehör lässt sich in **drei Verwirklichungsstufen** unterteilen:⁷⁹

951 • **Recht auf Information:** Die Grundlage für das Äußerungsrecht ist die Information der Prozessbeteiligten. Erst hierdurch werden sie in die Lage versetzt, das für den Prozess Erhebliche vorbringen zu können. Zu den notwendigen Informationen gehören zum einen die Äußerungen der Gegenseite sowie die von Amts wegen eingeführten Tatsachen und Beweismittel und zum anderen die

⁷⁵ BVerfGE 138, 64 (83) (Vorlagepflicht Art. 100 GG). Für ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts BVerfGE 1, 32 (37 f.).

⁷⁶ Vgl. Rn. 950.

⁷⁷ Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 103 Rn. 19; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 1 Rn. 62 ff.; für eine Anwendung des Art. 103 Abs. 1 GG bei bestimmten Fallgestaltungen Knemeyer, in: HStR VIII, § 178 Rn. 66 ff.

⁷⁸ BGH, NJW 1994, 392 (392); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 19.

⁷⁹ Vgl. zu dieser Unterteilung Lenz, NJW 2013, 2551 (2555 f.); Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 103 Rn. 29 ff.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 103 Rn. 69 ff.

Rechtsauffassung des Gerichts selbst, soweit die Beteiligten nicht mit ihr rechnen müssen.⁸⁰ Vor diesem Hintergrund sind die Hinweispflichten des Richters nach § 139 ZPO zu sehen.

- **Recht auf Äußerung:** Der Einzelne muss die Gelegenheit haben, sich in schriftlicher oder mündlicher Form vor dem für ihn zuständigen Richter in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu äußern. 952
- **Recht auf Berücksichtigung:** Schließlich muss das Gericht die Äußerungen der Beteiligten bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen. Das erfordert die Gegenwart der an der Entscheidung beteiligten Richter sowie ihrer Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft. Ein schlafender Richter genügt diesen Anforderungen genauso wenig wie ein Richter, der während der Verhandlung private SMS schreibt.⁸¹ Weiterhin muss das Gericht das Vorbringen des Betroffenen zur Kenntnis nehmen und bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigen. Es ist jedoch nicht dazu verpflichtet, in den Entscheidungsgründen auf jegliches Vorbringen einzugehen; eine Beschränkung auf die Auseinandersetzung mit den wesentlichen Punkten ist ausreichend.⁸² 953

BVerwG, NJW 1986, 2721 (2721): „Die damit gebotene Aufmerksamkeit jedes einzelnen Richters, die ihn befähigt, der Verhandlung zu folgen und den Verhandlungsstoff sich anzueignen, kann in vielfältiger Weise durch körperliche oder geistige Mängel in mehr oder minder starkem Grade eingeschränkt oder gar ausgeschlossen sein. So führt etwa tiefer Schlaf dazu, dass der betr. Richter der Verhandlung nicht mehr folgen kann. Jedoch sind selbst Zeichen einer großen Ermüdung, Neigung zum Schlaf und das Kämpfen mit dem Schlaf noch kein hinreichendes Anzeichen dafür, dass der betr. Richter die Vorgänge in der mündlichen Verhandlung nicht mehr wahrnehmen kann. Auch das **Schließen der Augen** allein, selbst wenn es sich nicht nur auf wenige Minuten beschränkt, **beweist noch nicht, dass der Richter schläft**; diese Haltung kann vielmehr auch zur geistigen Entspannung oder zwecks besonderer Konzentration eingenommen werden. Unter diesen Umständen kann erst dann davon ausgegangen werden, dass ein Richter schläft oder in anderer Weise ‚abwesend‘ ist, wenn andere, **sichere Anzeichen** hinzukommen wie etwa tiefes, hörbares und **gleichmäßiges Atmen** oder gar **Schnarchen, ruckartiges Aufrichten mit Anzeichen von fehlender Orientierung** u. ä.“

c) Verhältnis des Art. 103 Abs. 1 GG zu anderen Gewährleistungen

Während **Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG** überhaupt den Weg zum Gericht eröffnet, hat Art. 103 Abs. 1 GG Einfluss auf das gerichtliche Verfahren. Soweit es allerdings um das Gebot wirksamen Rechtsschutzes geht, das gleichfalls Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG entnommen wird, ist Art. 103 Abs. 1 GG *lex specialis*.⁸³ Der Anspruch auf ein **faires Verfahren** greift nur dann, wenn nicht bereits speziellere Gewährleistungen bestehen.⁸⁴ Im Hinblick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs ist Art. 103 Abs. 1 GG

954

⁸⁰ BVerfG, NJW-RR 1996, 253 (253 f.); BVerfGE 108, 341 (345 f.) (Rechtsschutz gegen Gehörverletzungen II).

⁸¹ Vgl. BVerwG, NJW 1986, 2721 ff.; BGH, NJW 2015, 2986 ff.

⁸² BVerfG, NJW 1998, 2583 (2584).

⁸³ Nolte, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 103 Rn. 84, 87 f.

⁸⁴ BVerfGE 57, 250 (274 f.) (V-Mann).

damit *lex specialis*. Der Grundsatz des fairen Verfahrens, der aus dem Rechtsstaatsprinzip (i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) hergeleitet wird, gebietet zum einen die Selbstbeschränkung staatlicher Mittel gegenüber den beschränkten Möglichkeiten des Einzelnen sowie die korrekte und faire Durchführung des Strafverfahrens. Zum anderen muss verfahrensrechtliche „Waffengleichheit“ zwischen Ankläger und Beschuldigtem bestehen.⁸⁵ Mit Art. 3 Abs. 1 GG kann es zu „Überschneidungen“ kommen. Diesem wird – ähnlich dem fairen (strafrechtlichen) Verfahren – das Prinzip prozessualer Waffengleichheit entnommen, sodass der Richter gehalten ist, allen Beteiligten gleichermaßen rechtliches Gehör zu gewähren. Da es sich aber bei Art. 103 Abs. 1 GG um ein Freiheitsrecht und bei Art. 3 Abs. 1 GG um ein Gleichheitsrecht handelt, besteht Anwendungskonkurrenz.⁸⁶

4. Verletzung eines Leistungsrechts

955 Da Art. 103 Abs. 1 GG keinen abwehrrechtlichen Gehalt aufweist, kann ein staatliches Verhalten nicht in den Schutzbereich eingreifen.⁸⁷ Eine Verletzung liegt allein dann vor, wenn der Staat nicht in dem von Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Umfang tätig wird, d. h. seinen Leistungsverpflichtungen nicht gerecht wird. So liegt eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG durch den Richter dann vor, wenn der Betroffene nicht ausreichend informiert wird, wenn er keine Möglichkeit zur Äußerung hat oder wenn sein Vorbringen nicht ausreichend berücksichtigt wird. Art. 103 Abs. 1 GG steht allerdings einer Abwägung verschiedener Interessen nicht entgegen, sodass der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht notwendig vorrangig ist.⁸⁸ Weiterhin kommt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG eine Verletzung nur dann in Betracht, wenn das Fehlen des rechtlichen Gehörs **für die gerichtliche Entscheidung (möglicherweise) erheblich** war. Dies ist bereits dann zu bejahen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei Berücksichtigung des Vorbringens zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre.⁸⁹ Begründen lässt sich diese Einschränkung mit dem Sinn und Zweck des Art. 103 Abs. 1 GG. Dieser besteht u. a. darin, die Grundrechte der Beteiligten zu wahren. Wenn das rechtliche Gehör auf die gerichtliche Entscheidung keinen Einfluss hat, kann die Anhörung auch nicht dem Schutz der Grundrechte dienen. Problematisch ist dabei allerdings, dass durch die Anhörung die Subjektstellung der Beteiligten und damit die Menschenwürde geschützt wird. Dieses Ziel kann auch dann erreicht werden, wenn eine für das Ergebnis unerhebliche Anhörung erfolgt.

956 Bei Maßnahmen, bei denen eine Anhörung des Betroffenen faktisch nicht möglich ist bzw. den Zweck einer gerichtlichen Maßnahme gefährden würde, muss das

⁸⁵ BVerfGE 38, 105 (111) (Rechtsbeistand); Schwarz, Jura 2007, 334 (339). Vgl. zu den einzelnen Gewährleistungsinhalten Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 42 ff.

⁸⁶ Pjeroth, in: Jarass/Pjeroth, Art. 103 Rn. 3.

⁸⁷ Lenz, NJW 2013, 2551 (2555 f.).

⁸⁸ BVerfGE 81, 123 (129 f.) (Form der Anhörung); 89, 381 (392) (Volljährigenadoption); 101, 106 (123 ff.) (Aktenvorlage).

⁸⁹ Vgl. BVerfGE 89, 381 (392 f.) (Volljährigenadoption).

rechtliche Gehör unverzüglich nachgeholt werden; in diesen Fällen schließt die Heilung eine Verletzung aus.⁹⁰ Das BVerfG geht sogar so weit, die **Heilung** von Anhörungsfehlern grundsätzlich zu ermöglichen; Voraussetzung hierfür sei, dass die Anhörung in derselben Instanz oder in der Rechtsmittelinstanz nachgeholt werde. Eine Anhörung in einem neuen gerichtlichen Verfahren reiche dagegen nicht aus.⁹¹ Die Heilung lässt sich damit erklären, dass der Staat, wenn auch verspätet, seiner Leistungspflicht auf Gewährung rechtlichen Gehörs nachgekommen ist. Voraussetzung einer Heilung muss jedoch sein, dass das rechtliche Gehör zu einem späteren Zeitpunkt mit einer vergleichbaren Wirksamkeit gewährt wird.

Zu beachten ist, dass häufig die einfachgesetzlichen prozessualen Regelungen zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs weiterreichen als die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Art. 103 Abs. 1 GG. In diesen Fällen wird vom BVerfG eine Gehörsverletzung dann angenommen, wenn die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des Verfahrensrechts die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG verkannt haben. Dies ist dann der Fall, wenn durch Anwendung des Prozessrechts das **unabdingbare Mindestmaß** des Art. 103 Abs. 1 GG unterschritten wird.⁹² Unabhängig von einer Gehörsverletzung gilt jedoch, dass es gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen kann, wenn prozessuale Rechte der Parteien einfach übergangen werden.⁹³

Besonders problematisch im Hinblick auf die Gewährleistung des Art. 103 Abs. 1 GG sind die sog. **Präklusionsnormen** in gerichtlichen Verfahren.⁹⁴ So legt beispielsweise § 282 ZPO fest, dass die Parteien ihre Behauptungen, Beweismittel etc. so zeitig vorzubringen haben, dass der Gang des Verfahrens nicht behindert wird. Ein verspätetes Vorbringen kann gemäß § 296 ZPO als unzulässig zurückgewiesen werden; das Parteivorbringen ist dann präkludiert. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass Art. 103 Abs. 1 GG als Leistungsrecht der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zugänglich ist. Bei der Erfüllung dieser Verpflichtung besteht wie bei allen Leistungsrechten ein Spielraum des Gesetzgebers. Art. 103 Abs. 1 GG ist bei der Kollision widerstreitender Interessen nicht notwendig der absolute Vorrang einzuräumen. Soweit der Gesetzgeber **von der Sache her gebotene Einschränkungen** des rechtlichen Gehörs normiert, kann hierin keine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG gesehen werden. Präklusionsnormen können beispielsweise unter dem Gesichtspunkt einer beschleunigten Erledigung des Rechtsstreits zulässig sein, soweit noch ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme verbleibt.⁹⁵

957

958

⁹⁰ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 36.

⁹¹ BVerfGE 5, 9 (10) (Arbeitszeitbeschränkung); 42, 172 (175) (Klageerzwingung).

⁹² BVerfGE 60, 305 (310 f.) (Gehörsverletzung); BVerfG, NJW 1998, 2273 (2273); Zierlein, DVBl. 1989, 1169 (1174).

⁹³ Vgl. Rn. 792.

⁹⁴ Lenz, NJW 2013, 2551 ff.

⁹⁵ BVerfGE 69, 145 (148 f.) (Präklusionsvorschriften).

V. Nulla poena sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG)

959

Fall 29: Pkw als Waffe

B wurde auf Grund zu schnellen, die Vorfahrt nicht beachtenden Fahrens in seinem Pkw von zwei Polizisten angehalten und kontrolliert. Als einer der Beamten durch das geöffnete Fenster seines Fahrzeugs griff, startete B, um einer Festnahme zu entgehen. Der Beamte wurde einige Meter vom Wagen mitgeschleppt, ehe er sich abstoßen konnte. Das Amtsgericht bewertete das Kraftfahrzeug als Waffe und verurteilte den B u. a. wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte im besonders schweren Fall gemäß § 113 Abs. 1, 2 S. 2 Nr. 1 StGB. Weiterhin ordnete es die Einziehung des Fahrzeugs an. Berufung und Revision blieben erfolglos. B meint, so könne man mit ihm und seinem Eigentum nicht umspringen. Er ist der Ansicht, die Richter hätten seine grundgesetzlich gewährleisteten Rechte verletzt und wendet sich mit einer Verfassungsbeschwerde an das BVerfG. Wie wird das BVerfG über die zulässige Beschwerde entscheiden?

§ 113 StGB (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte)

(1) Wer einem Amtsträger oder Soldaten der Bundeswehr, der zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen ist, bei der Vornahme einer solchen Diensthandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet oder ihn dabei tätlich angreift, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter oder ein anderer Beteiligter eine Waffe bei sich führt, um diese bei der Tat zu verwenden.

Fall nachgebildet BVerfGK 14, 177 ff., mit Bespr. von *Simon*, NStZ 2009, 84 f.

1. Hintergrund

960

Art. 103 Abs. 2 GG normiert den Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ (nulla poena sine lege). Seinen einfachgesetzlichen Ausdruck hat dieser Grundsatz in § 1 StGB gefunden. Art. 103 Abs. 2 GG steht als grundrechtsgleiches Recht im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip, indem er sicherstellt, dass der Gesetzgeber – und nicht die Gerichte – über die Strafbarkeit entscheidet. Es ist eine grundlegende Errungenschaft des Rechtsstaates, dass ein Verhalten nur dann strafbar ist, wenn die Strafbarkeit vor der Begehung bereits

normiert worden ist. Hierdurch wird einer willkürlichen Staatsherrschaft Einhalt geboten und ein entscheidendes Maß an Rechtssicherheit geschaffen. Entsprechende Garantien finden sich in Art. 49 GR-Charta und in Art. 7 EMRK.

Im Nationalsozialismus wurde der Grundsatz „nulla poena sine lege“ durch Gesetz vom 28.6.1935 aufgehoben, indem allein nach „gesundem Volksempfinden“ gestraft werden konnte, und zwar auf Grund eines Gesetzes, das auf den konkreten Fall nicht passen musste. § 2 des damaligen StGB ist ein sehr plastisches Beispiel, wie mit gesetzlichen Mitteln eine Willkürherrschaft von Judikative und Exekutive statuiert werden kann. § 2 StGB erhielt folgende Fassung:

„Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“⁹⁶

961

2. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

Hinsichtlich des persönlichen Schutzbereichs bestehen bei Art. 103 Abs. 2 GG keine Einschränkungen. Er gilt für natürliche Personen genauso wie für juristische Personen, soweit für diese eine Strafsanktion in Betracht kommt.

962

b) Sachlicher Schutzbereich

Der **Begriff der Strafbarkeit**, der dem Art. 103 Abs. 2 GG zu Grunde liegt, wird weit verstanden. Hierunter fallen alle staatlichen Maßnahmen, die „eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuld Ausgleich dient.“⁹⁷ Dementsprechend werden nicht nur Kriminalstrafen von Art. 103 Abs. 2 GG erfasst, sondern auch das Ordnungswidrigkeitenrecht und das Disziplinar- und Standesrecht.⁹⁸ **Maßregeln der Besserung und Sicherung** unterfallen hingegen nicht dem Art. 103 Abs. 2 GG. Dies folgt aus dem präventiven Charakter der Maßregeln – sie können schuldunabhängig verhängt werden. Auch wenn der EGMR die Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht als „Strafe“ im Sinne des Art. 7 EMRK ansieht,⁹⁹ ist das BVerfG bei seiner Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG geblieben. Deshalb ist es im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG unproblematisch, wenn § 2 Abs. 6 StGB bestimmt, dass das Gesetz Anwendung findet, das zur Zeit der Entscheidung – also nicht zur Tatzeit – gilt. Wird die Höchstdauer für die Sicherungsverwahrung vom Gesetzgeber aufgehoben, ist Art. 103 Abs. 2 GG

963

⁹⁶ RGBL. I 1935, S. 839. Vgl. zur sog. „Lex van der Lubbe“, die nach dem Reichstagsbrand 1933 verabschiedet wurde, um rückwirkend die Todesstrafe gegen Marinus van der Lubbe verhängen zu können, *Epping*, Der Staat 34 (1995), 243 ff.

⁹⁷ BVerfGE 109, 133 (167) (Langfristige Sicherungsverwahrung).

⁹⁸ BVerfGE 45, 346 (351) (Architektenkammer Niedersachsen); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 62; a. A. *Rüping*, in: BK, Art. 103 Abs. 2 Rn. 79 ff.

⁹⁹ EGMR, NJW 2010, 2495 ff. (Sicherungsverwahrung).

nicht einschlägig, selbst wenn hiervon Straftäter betroffen werden, die noch nach altem Recht (Höchstdauer der Sicherungsverwahrung von 10 Jahren) abgeurteilt worden sind. Die in einer nachträglichen Anordnung bzw. Verlängerung der Sicherungsverwahrung liegende Rückwirkung ist vielmehr an dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebot gemäß Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG zu messen.¹⁰⁰

BVerfGE 128, 326 (392 f.) (EGMR Sicherungsverwahrung): „Zwar rechtfertigen diesbezügliche Ähnlichkeiten keine Einbeziehung der Sicherungsverwahrung in den Begriff der Strafe im Sinne des Art. 103 GG. Bereits das Grundgesetz selbst enthält nach der Rechtsprechung des Senats jedoch auch im Rahmen der Prüfung einer Verletzung von Art. 2 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG bei langjährigen, mit Freiheitsentzug verbundenen Maßregeln das Gebot zu berücksichtigen, ob beziehungsweise dass ‚der Untergebrachte die Sicherungsverwahrung [...] auch im Hinblick auf ihren tatsächlichen Vollzug als der Strafe vergleichbar empfinden dürfte‘. **Das Vertrauensschutzgebot besitzt insoweit eine enge Verwandtschaft und Strukturähnlichkeit mit dem ‚nulla-poena-Prinzip‘.**

Zur Anpassung des grundgesetzlichen Begriffs der Strafe in Art. 103 Abs. 2 GG – und damit zugleich des Art. 103 Abs. 3 GG – an den Strafbegriff des Art. 7 Abs. 1 EMRK besteht demzufolge kein Anlass. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte selbst führt insoweit aus, der Begriff der ‚Strafe‘ im Sinne von Art. 7 EMRK sei ‚autonom‘ auszulegen; er – der Gerichtshof – sei an die Einordnung einer Maßnahme nach nationalem Recht nicht gebunden. Diese Art der Begriffsbildung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat für die Zwecke der Europäischen Menschenrechtskonvention ihre Berechtigung. Die Unabhängigkeit der Begriffsbildung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die damit notwendig verbundene Flexibilität und Unschärfe tragen der rechtlichen, sprachlichen und kulturellen Vielfalt der Mitgliedstaaten des Europarates Rechnung. **Für die gewachsene Verfassungsordnung des Grundgesetzes ist dagegen an dem Begriff der Strafe in Art. 103 GG, wie er in der Entscheidung vom 5. Februar 2004 (BVerfGE 109, 133 <167 ff. >) zum Ausdruck gekommen ist, festzuhalten.“**

Auch beim erweiterten Verfall gemäß § 73d StGB hat das BVerfG angenommen, dass es sich um ein Instrument der Gewinnabschöpfung ohne Strafcharakter handelt.¹⁰¹ Problematisch ist, ob **formelle Regelungen** (insbesondere Verjährungsregelungen) den Schutz durch Art. 103 Abs. 2 GG genießen. Beispielsweise wurde – im Hinblick auf die Verjährung nationalsozialistischer Verbrechen – die Verjährungsfrist für Mord erst 1979 aufgehoben. Das BVerfG hat diesbezüglich festgestellt, dass Strafverfolgungsvoraussetzungen an der Gewährleistung nicht teilhaben; schließlich betreffe die Verjährung nicht das „von wann an“, sondern nur das „wie lange“ der Strafbarkeit.¹⁰²

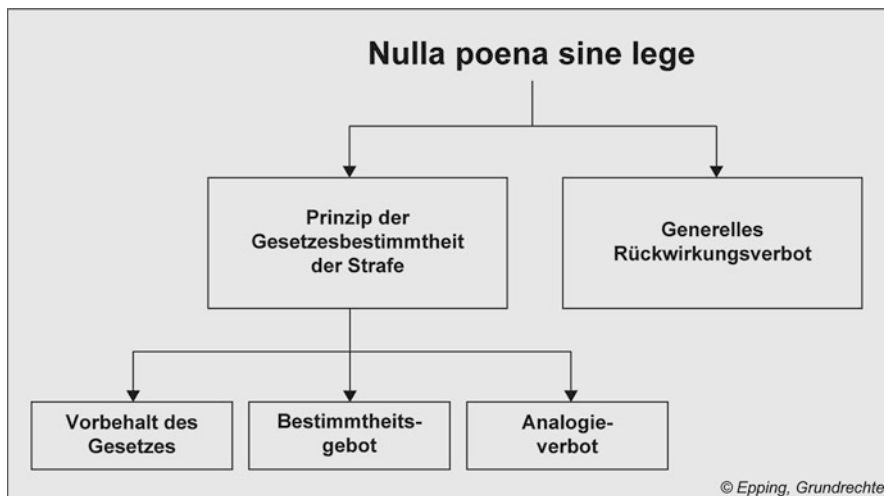
964 Der **Garantiegehalt** des Art. 103 Abs. 2 GG umfasst ein generelles Rückwirkungsverbot und das Prinzip der Gesetzesbestimmtheit der Straftat. Letzteres fächert sich in den Vorbehalt des Gesetzes, das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot auf.¹⁰³

¹⁰⁰ BVerfGE 128, 326 (388 f.), (Sicherungsverwahrung). Vgl. auch BVerfGE 109, 133 (168 ff.) (Langfristige Sicherungsverwahrung); 109, 190 (217) (Nachträgliche Sicherungsverwahrung). Zu beachten ist, dass das BVerfG den Begriff „Strafrecht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG am Normzweck orientiert auslegt und dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Maßregeln der Besserung und Sicherung zuerkennt.

¹⁰¹ BVerfGE 110, 1 (14) (Erweiterter Verfall).

¹⁰² BVerfGE 25, 269 (286) (Verfolgungsverjährung).

¹⁰³ Vgl. die Zusammenstellung bei Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 53.



965

aa) Prinzip der Gesetzesbestimmtheit der Strafe

Der **Vorbehalt des Gesetzes** besagt, dass sich die Strafbarkeit eines Verhaltens bereits aus dem Parlamentsgesetz ergeben muss. Zulässig ist es jedoch, zur Konkretisierung auf Rechtsverordnungen zurückzugreifen bzw. zur Begründung der Strafbarkeit auf Verwaltungsakte abzustellen wie beispielsweise im Umweltstrafrecht, §§ 324 ff. StGB (sog. Verwaltungsakzessorietät, d. h. Handeln mit behördlicher Genehmigung¹⁰⁴). Unvereinbar mit dem Vorbehalt des Gesetzes wäre es, eine Bestrafung auf Gewohnheitsrecht zu stützen.

966

Nach dem **Bestimmtheitsgebot** muss der Tatbestand so genau beschrieben sein, dass sich für jeden ohne Zweifel ergibt, welches Verhalten erlaubt und welches Verhalten verboten ist. Insoweit erfordert Art. 103 Abs. 2 GG mehr als den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz, der einen weiten Spielraum an Interpretationsmöglichkeiten zulässt. Jedoch schließt auch Art. 103 Abs. 2 GG nicht aus, dass unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, die auslegungsfähig und auslegungsbedürftig sind.

967

Eng verwandt mit dem Bestimmtheitsgebot ist das **Analogieverbot**. Erfordert ersteres, dass die Strafbarkeit aus dem Gesetzestext ersichtlich sein muss, so stellt letzteres klar, dass die Strafbarkeit auf den gesetzlich umschriebenen Tatbestand beschränkt bleibt. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Richters, über den Schutz bestimmter Rechtsgüter durch das Strafrecht zu entscheiden. Die in anderen Rechtsgebieten übliche Schließung von Regelungslücken mittels einer Analogiebildung ist im Bereich des Strafrechts unzulässig. Die lediglich entsprechende Heranziehung von Straftatbeständen, wie sie beispielsweise § 2 StGB in der Fassung von 1935 ermöglicht hat, ist unzulässig. Wenn auch im Strafrecht die Auslegung möglich – und bei unbestimmten Rechtsbegriffen sogar erforderlich – ist, so bildet

968

¹⁰⁴ Vgl. zur Verwaltungsakzessorietät *Rühl*, JuS 1999, 521 ff.

nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG der **Wortlaut der Norm** die **äußerste Grenze** der Auslegung.¹⁰⁵

BVerfGE 92, 1 (12) (Sitzblockaden II): „Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist ‚Analogie‘ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Da Gegenstand der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen immer nur der Gesetzestext sein kann, erweist dieser sich als maßgebendes Kriterium: Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Da Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen.“

969 Der Gesetzgeber hat also zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich (und notwendig) erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren. Würde erst eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende Deutung zur Strafbarkeit eines Verhaltens führen, so müssen die Gerichte zum Freispruch gelangen. Dies gilt auch dann, wenn infolge des Bestimmtheitsgebots besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, obwohl sie ähnlich strafwürdig erscheinen mögen wie das pönalisierte Verhalten. Es ist dann Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die **Strafbarkeitslücke** bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will (so z. B. seinerzeit durch Schaffung des § 263a StGB [Computerbetrug]).

bb) Rückwirkungsverbot

970 An sich ergibt sich das **Verbot rückwirkender Gesetze** bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip. Dort ist jedoch die echte Rückwirkung (Rückbewirkung von Rechtsfolgen) ausnahmsweise zulässig, wenn sich nämlich auf Grund einer Abwägung ergibt, dass die Interessen des Betroffenen nicht schutzwürdig sind.¹⁰⁶ Demgegenüber statuiert Art. 103 Abs. 2 GG ein absolutes Verbot rückwirkender (die Strafbarkeit begründender) Gesetze. Das Rückwirkungsverbot besagt, dass eine Bestrafung nur dann zulässig ist, wenn das verletzte Gesetz im Zeitpunkt der Tat bereits in Kraft gewesen ist. Weiterhin haben bei der Beurteilung einer Tat nachträglich erfolgte Gesetzesverschärfungen außer Betracht zu bleiben. Nicht erfasst werden hingegen Gesetzeserleichterungen zu Gunsten des Täters.

3. Eingriffe

971 Ein Eingriff kann durch alle drei Gewalten erfolgen, indem hinter der Schutzbereichsgarantie zurückgeblieben wird. Vornehmlich geht es dabei um die **Rechtsan-**

¹⁰⁵ BVerfGE 71, 108 (115) (Anti-Atomkraftplakette); 87, 209 (224) („Tanz der Teufel“); 126, 170 (197) (Untreue).

¹⁰⁶ Vgl. *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 134.

wendung durch die Gerichte, wenn ein Tatbestandsmerkmal über seinen Wortlaut hinaus angewendet wird. Bekanntes Beispiel hierfür ist die Sitzblockadeentscheidung des BVerfG. Hierin hat das BVerfG den in der damaligen Rechtsprechung vorherrschenden sog. vergeistigten Gewaltbegriff – der auf eine Kraftentfaltung auf Seiten des Täters und auf eine physische Einwirkung auf Seiten des Opfers verzichtet hat – für nicht mehr mit dem Wortlaut des § 240 StGB vereinbar erklärt.¹⁰⁷

Die rückwirkende Anwendung einer Strafnorm stellt dann keinen Eingriff dar, wenn das aktuelle Gesetz eine mildere Rechtsfolge vorsieht als das zur Tatzeit gültige.¹⁰⁸ Keinen Eingriff in Art. 103 Abs. 2 GG stellt es auch dar, wenn eine **Analogie zu Gunsten des Täters** gebildet wird; hierbei besteht nicht die Gefahr einer den Einzelnen belastenden willkürlichen Staatsherrschaft.

Ein Eingriff kann auch durch den **Gesetzgeber** erfolgen, wenn er rückwirkende Gesetze erlässt, oder solche, die die für Art. 103 Abs. 2 GG erforderliche Bestimmtheit vermissen lassen. So verzichtet beispielsweise § 185 StGB auf eine nähere Beschreibung des Begriffs „Beleidigung“ und damit auf entsprechende Maßstäbe.¹⁰⁹

Die **EMRK** sieht in Art. 7 Abs. 2 eine Ausnahme vom Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ bei **Verbrechen gegen die Menschlichkeit** vor. Diese Klausel lässt sich auf die Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse zurückführen, in denen nationalsozialistische Verbrechen unabhängig davon abgeurteilt wurden, ob sie nach nationalsozialistischem Recht gerechtfertigt waren.¹¹⁰ Im Grundgesetz fehlt es an einer expliziten Normierung dieser Ausnahme. Da die EMRK im Rang eines einfachen Gesetzes gilt, kann sie Art. 103 Abs. 2 GG nicht verdrängen.¹¹¹ Trotzdem wird namentlich von der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass gemäß der **Radbruchschen Formel**¹¹² bei schwersten Verbrechen gegen die Menschlichkeit – die auch nach Völkerstrafrecht strafbar sind – das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht greift (dies gilt jedenfalls hinsichtlich der Anwendung von Rechtfertigungsgründen). Dementsprechend liegt in diesen Fällen kein Eingriff in Art. 103 Abs. 2 GG vor, der rechtfertigungsbedürftig wäre.¹¹³

BVerfGE 95, 96 (133 ff.) (Mauerschützen): „Das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG findet – wie dargelegt – seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die

¹⁰⁷ BVerfGE 92, 1 (14 ff.) (Sitzblockaden II); anders aber im Hinblick auf die sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“, bei der der erste Autofahrer durch die Sitzblockade angehalten und so eine physische Blockade für nachfolgende Fahrzeuge errichtet wird (BVerfGK 18, 365 ff.).

¹⁰⁸ BVerfGE 95, 96 (137) (Mauerschützen).

¹⁰⁹ Nach BVerfGE 93, 266 (292 f.) („Soldaten sind Mörder“) genügt dieser Tatbestand auf Grund seiner über einhundertjährigen Anwendung durch die Rechtsprechung dem Grundsatz der Bestimmtheit; Bedenken bei Schubarth, JuS 1981, 726 ff.; Findeisen/Hoepner/Zünkler, ZRP 1991, 245 ff.; Husmann, MDR 1988, 727 ff.

¹¹⁰ Vgl. Wassermann, in: AK, Art. 103 Rn. 62.

¹¹¹ Darüber hinaus hat Deutschland Art. 7 Abs. 2 EMRK unter dem Vorbehalt angenommen, dass die Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG gewahrt würden.

¹¹² Vgl. Radbruch, SJZ 1946, 105 ff., sowie Creifelds, Rechtswörterbuch, 21. Aufl. 2014, S. 1008, Stichwort Radbruchsche Formel; kritisch hierzu Dannecker, Jura 1994, 585 ff.

¹¹³ In diesem Sinn wohl Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 74 f.

972

973

974

Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden. **Diese besondere Vertrauensgrundlage entfällt, wenn der andere Staat für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts zwar Straftatbestände normiert, aber die Strafbarkeit gleichwohl durch Rechtfertigungsgründe für Teilbereiche ausgeschlossen hatte, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht aufforderte, es begünstigte und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtete.** Hierdurch setzte der Träger der Staatsmacht extremes staatliches Unrecht, das sich nur solange behaupten kann, wie die dafür verantwortliche Staatsmacht faktisch besteht. In dieser ganz besonderen Situation untersagt das Gebot materieller Gerechtigkeit, das auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte aufnimmt, die Anwendung eines solchen Rechtfertigungsgrundes. **Der strikte Schutz von Vertrauen durch Art. 103 Abs. 2 GG muss dann zurücktreten.** Anderenfalls würde die Strafrechtspflege der Bundesrepublik zu ihren rechtsstaatlichen Prämissen in Widerspruch geraten. Dem Bürger, der jetzt der Strafgewalt der Bundesrepublik unterliegt, wird die Berufung auf einen solchen Rechtfertigungsgrund verwehrt; im Übrigen bleibt das Vertrauen darauf gewährleistet, nach dem Gesetz bestraft zu werden, das für ihn im Zeitpunkt der Tat galt. (...)

Das BVerfG war bisher mit dem Problem des ‚gesetzlichen Unrechts‘ nur im außerstrafrechtlichen Bereich befasst. Es hat in Betracht gezogen, **dass in Fällen eines unerträglichen Widerspruchs des positiven Rechts zur Gerechtigkeit der Grundsatz der Rechtssicherheit geringer zu bewerten sein kann als der der materiellen Gerechtigkeit.** Es hat dazu auf die Ausführungen von Gustav Radbruch, insbesondere die sog. **Radbruchsche Formel**, Bezug genommen. Dabei hat es mehrfach betont, dass eine Unwirksamkeit des positiven Rechts auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss und eine bloß ungerechte, nach geläuterter Auffassung abzulehnende Gesetzgebung durch das auch ihr innewohnende Ordnungselement noch Rechtsgeltung gewinnen und so Rechtssicherheit schaffen kann. Indessen habe gerade die Zeit nationalsozialistischer Herrschaft gezeigt, dass der Gesetzgeber schweres ‚Unrecht‘ setzen könne und deshalb einer Norm wegen unerträglichen Widerspruchs zur Gerechtigkeit von Anfang an der Gehorsam zu versagen sei.“

4. Rechtfertigung von Eingriffen

- 975** Art. 103 Abs. 2 GG weist keinen Gesetzesvorbehalt auf. Deshalb kommt eine Rechtfertigung allein auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts in Betracht. Hierfür gibt es weder Ansätze in der Rechtsprechung noch in der Literatur, sodass davon auszugehen ist, dass Eingriffe stets zu Verletzungen führen.¹¹⁴

VI. Ne bis in idem (Art. 103 Abs. 3 GG)

1. Hintergrund

- 976** Der in Art. 103 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommende Grundsatz „ne bis in idem“ weist eine lange Rechtstradition auf; bereits im griechischen und im römischen Recht wurde er geregelt.¹¹⁵ In Art. 50 GR-Charta ist das Verbot der Doppelbestra-

¹¹⁴ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Rn. 1228.

¹¹⁵ Schroeder, JuS 1997, 227 (228).

fung ebenfalls normiert. In der EMRK ist er dagegen nicht ausdrücklich enthalten; allenfalls der Grundsatz des „fair trial“ nach Art. 6 Abs. 1 EMRK könnte einer mehrfachen Bestrafung entgegenstehen.¹¹⁶ Erst Art. 4 des 1988 in Kraft getretenen 7. Zusatzprotokolls zur EMRK hat den Grundsatz „ne bis in idem“ aufgenommen; dieses Zusatzprotokoll wurde von Deutschland bislang noch nicht ratifiziert. Dadurch, dass eine Doppelbestrafung ausgeschlossen wird, dient Art. 103 Abs. 3 GG dem **Rechtsfrieden**; jedoch können damit die Rechtskraftwirkung eines Urteils und die materielle Gerechtigkeit auseinanderfallen, was zugleich das Spannungsfeld umreißt, in dem dieses grundrechtsgleiche Recht steht.

2. Schutzbereich

a) „Allgemeine Strafgesetze“

Art. 103 Abs. 3 GG formuliert den Grundsatz, dass niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden darf (ne bis in idem). Gegenüber dem weiten Schutzbereich des Abs. 2 sind **allgemeine Strafgesetze** im Sinne des Abs. 3 nur das Kern- und das Nebenstrafrecht. Nicht erfasst werden Disziplinarstrafrecht, Ordnungsstrafrecht etc.¹¹⁷ Ob eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung an Art. 103 Abs. 3 GG zu messen ist, ist umstritten.¹¹⁸ In einer Kammerentscheidung hat das BVerfG festgestellt, dass Art. 103 Abs. 3 GG nicht dagegen schütze, dass aus Anlass eines Sachverhalts verschiedene Sanktionen verhängt werden. Verboten sei nur die wiederholte strafrechtliche Ahndung der Tat. Aus diesem Grund falle die Sicherungsverwahrung nicht unter Art. 103 Abs. 3 GG.¹¹⁹ Diese Rechtsprechung ist im Hinblick auf den Strafbegriff des Art. 103 Abs. 2 GG konsequent.¹²⁰ Weithin wird der Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG dahingehend eingeschränkt, dass hinsichtlich der Urteile ausländischer Gerichte das „Doppelbestrafungsverbot“ keine Anwendung findet, „soweit nicht das ausländische Urteil als vollstreckbar anerkannt und vollzogen und hierdurch auf den deutschen Strafanspruch verzichtet wird.“¹²¹

Die Gewährleistung des Art. 103 Abs. 3 GG besagt zunächst, dass nach einer **unrechts- und schuldangemessenen Verurteilung** eine erneute Verurteilung nicht zulässig ist. Dies ergibt sich bereits aus dem Gerechtigkeits- bzw. Verhältnismäßigkeitsprinzip; jede nicht schuldangemessene Bestrafung wäre unverhältnismäßig.¹²²

977

978

¹¹⁶ *Schroeder*, JuS 1997, 227 (230).

¹¹⁷ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 62 m. w. N.

¹¹⁸ Vgl. den Sachverhalt von BVerfGE 109, 190 ff. (Bayerisches Straftäterunterbringungsgesetz); *Kinzig*, NJW 2001, 1455 (1457); *Peglau*, NJW 2001, 2436 (2438). Vgl. Rn. 963.

¹¹⁹ BVerfG, NStZ-RR 1996, 122 (123), BVerfGK 14, 357 (364).

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 128, 326 (392 f.) (Sicherungsverwahrung). Vgl. Rn. 963.

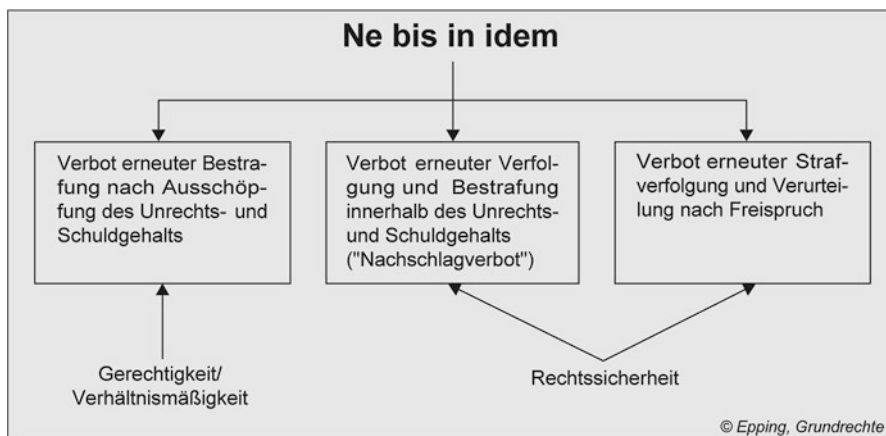
¹²¹ BVerfGE 75, 1 (15 f.) (Völkerrecht [ne bis in idem]); *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 44; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 106. Vgl. aber zu Art. 50 GR-Charta *Gaede*, NJW 2014, 2990 ff.

¹²² BVerfGK 10, 134 (139 f.); *Schroeder*, JuS 1997, 227 (227).

979 Der Grundsatz „ne bis in idem“ geht jedoch darüber hinaus. Auch eine erneute Bestrafung innerhalb des Unrechts- und Schuldrahmens ist ausgeschlossen („Nachschlagsverbot“). Es besteht eine „**Sperrwirkung**“; insoweit dient Art. 103 Abs. 3 GG dem Schutz der materiellen Rechtskraft des Strafurteils. Folge hiervon ist, dass erschwerende Umstände, die erst nach der Verurteilung eintreten – z. B. das Opfer stirbt auf Grund seiner Verletzungen –, nicht zu einer erneuten Verurteilung führen können; eine „Ergänzungsklage“ ist unzulässig.¹²³

980 Art. 103 Abs. 3 GG stellt – auch wenn es sich nicht aus dem Wortlaut ergibt – ein **Verfahrenshindernis** auf; in derselben Sache ist ein erneutes Strafverfahren unzulässig (Verbrauch der Strafklage). Schließlich wäre ein Strafverfahren, das nicht zu einer Verurteilung führen kann, eine unverhältnismäßige Belastung für den Einzelnen, die nicht durch ein staatliches Interesse gerechtfertigt werden kann. Art. 103 Abs. 3 GG betrifft jedoch nicht allein die mehrfache Bestrafung, wie sein Wortlaut vermuten lassen könnte. **Freisprüche** werden genauso vom Schutzbereich erfasst,¹²⁴ auch wenn eine Bestrafung nicht gegen das Schuldprinzip verstoßen würde und dementsprechend nicht unverhältnismäßig wäre. Das Verbot einer erneuten gerichtlichen Entscheidung lässt sich aber auf den Gedanken der Rechtssicherheit stützen. Logische Schlussfolgerung hieraus ist, dass auch eine erneute Strafverfolgung nicht mehr stattfinden kann, was beispielsweise ausdrücklich in Art. 50 GR-Charta geregelt ist. Der Grundsatz „ne bis in idem“ lässt sich nach dem soeben Gesagten wie folgt systematisieren:¹²⁵

981



b) „wegen derselben Tat“

982 Durch Art. 103 Abs. 3 GG wird die erneute Bestrafung wegen derselben Tat verboten. „Tat“ ist der geschichtliche – und damit zeitlich und sachverhaltlich begrenzte – Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb

¹²³ BVerfGK 65, 377 (381) (Strafbefehl).

¹²⁴ BVerfGE 12, 62 (66) (Vorentscheidung durch deutsches Gericht); Schmidt-Aßmann, in: Maunz/ Dürig, Art. 103 Rn. 295; Degenhart, in: Sachs, GG, Art. 103 Rn. 83.

¹²⁵ Vgl. Schroeder, JuS 1997, 227 (230).

dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.¹²⁶ Damit wird an den prozessualen Tatbegriff der §§ 155, 264 StPO angeknüpft, ohne mit diesem in allen Punkten übereinzustimmen. Es besteht keine Identität mit dem Tatbegriff der §§ 52, 53 StGB. Dieser dient einer schuldangemessenen Bestrafung und nicht – wie Art. 103 Abs. 3 GG – der Rechtskraftbestimmung.

3. Eingriffe

Eingriffe in Art. 103 Abs. 3 GG können dann vorliegen, wenn der Gesetzgeber die rechtlichen Möglichkeiten schafft, bereits – durch Verurteilung oder durch Freispruch – abgeschlossene Verfahren erneut aufzunehmen. In diesem Licht ist etwa § 362 StPO zur Wiederaufnahme nach erfolgter Verurteilung zu betrachten.¹²⁷ Exekutive und Judikative beeinträchtigen den Schutzbereich dann, wenn sie ein neues Verfahren durchführen bzw. zu einer erneuten Verurteilung gelangen.

983

4. Rechtfertigung von Eingriffen

Art. 103 Abs. 3 GG ist ein vorbehaltlos gewährtes grundrechtsgleiches Recht. Einschränkungen können nur zum Schutze von Gütern mit Verfassungsrang gerechtfertigt werden. Hierbei wird insbesondere eine Kollision zwischen der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit bestehen. In diesem Sinne wird die Wiederaufnahme gemäß § 362 StPO zu Ungunsten des rechtskräftig Verurteilten zum Schutze der materiellen Gerechtigkeit für zulässig gehalten, jedoch eine restriktive Auslegung angemahnt.¹²⁸

984

Überblick: Typische Klausurprobleme

- Rechtsschutz gegen (erledigte) hoheitliche Maßnahmen (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG; zumeist verwaltungsrechtliche oder strafprozessrechtliche Problematik; z. B. Anordnungen der Staatsanwaltschaft und der Gerichte (BVerfGE 96, 27 ff. [Durchsuchungsanordnung I]; BGH, NJW 1998, 3653 ff.)) (Rn. 917, 920).
- Einstweiliger Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) (Rn. 920 f.).

985

¹²⁶ BVerfGE 56, 22 (28) (Kriminelle Vereinigung). Vgl. zum Tatbegriff Kröpil, JuS 1993, 407 ff.; Ranft, JuS 2003, 417 ff.

¹²⁷ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 110; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 3 Rn. 270.

¹²⁸ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 3 Rn. 270. Art. 4 des 7. Protokolls zur EMRK sieht in Abs. 2 ausdrücklich unter bestimmten Voraussetzungen eine Wiederaufnahme zu Ungunsten des Verurteilten vor.

- Zulässigkeit von Präklusionsnormen (Art. 19 Abs. 4, 103 Abs. 1 GG) (Rn. 958).
- Umfang der Hinweispflicht des Richters nach § 139 ZPO (Art. 103 Abs. 1 GG) (Rn. 951).
- Auslegung von strafrechtlichen Normen und ihre Vereinbarkeit mit dem strafrechtlichen Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) (Rn. 967 f.).
- Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (Art. 103 Abs. 2, 3 GG) (Rn. 963, 977).
- Vorlagepflicht der Gerichte nach Art. 267 Abs. 3 AEUV, (EuGH als gesetzlicher Richter i. S. d. Art. 101 GG) (Rn. 939).

Kapitel 19: Sonstige Gewährleistungen

I. Petitionsrecht (Art. 17 GG)

Literatur:

Gerner, Thomas, Das Petitionsrecht nach Art. 17 des Grundgesetzes – Eine Analyse der Tragweite des Petitionsrechts unter Berücksichtigung des zunehmenden Einflusses moderner Kommunikationsmittel, NZS 2012, 847 ff.; *Guckelberger, Annette*, Neue Erscheinungsformen des Petitionsrechts: E-Petition und öffentliche Petition, DÖV 2008, 85 ff.; *Krings, Günter*, Die Petitionsfreiheit nach Art. 17 GG, JuS 2004, 474 ff.; *Vitzthum, Wolfgang Graf/März, Wolfgang*, Das Grundrecht der Petitionsfreiheit, JZ 1985, 809 ff.

Fallbearbeitungen:

Höfling, Wolfram, Fall 3 (S. 23 ff.).

Leitentscheidungen:

BVerfGE 2, 225 ff. (Petitionsbescheid).

1. Hintergrund

Das – jedenfalls in der Entscheidungspraxis des BVerfG ein wenig im Schatten stehende – Petitionsrecht gehört zu den ältesten Rechten überhaupt. Die Möglichkeit jedes Einzelnen, den Regierenden Bitten und Beschwerden vorzutragen, findet sich schon im Mittelalter. Mangels eines ausreichenden Rechtsschutzsystems war die Möglichkeit, sich in Form einer Petition an die Obrigkeit zu wenden, häufig die einzige Chance, sein Recht durchzusetzen. Aber nicht nur für den Bürger war das Petitionsrecht wichtig: Auch die Obrigkeit hatte ein großes Interesse daran, frühzeitig zu erkennen, was das Volk (nicht) wollte, um darauf – im Zweifel auch mit Unterdrückungsmaßnahmen – reagieren zu können. Das Petitionsrecht ist daher historisch gesehen nicht unbedingt ein demokratisches Recht, was nicht zuletzt die jüngere deutsche Geschichte belegt: Auch die Verfassung der DDR von 1968 garantierte ihren Bürgern das Petitionsrecht, und Petitionen waren in der DDR ein durchaus gebräuchliches und relativ gesehen Erfolg versprechendes Mittel der Be-

986

teilung am Staatsleben. Für den Staat selbst wiederum erfüllte das Petitionsrecht eine Ventil- und Frühwarnfunktion.

- 987 Das Petitionsrecht des Grundgesetzes spielt – zurückgehend auf die süddeutschen Verfassungen des Frühkonstitutionalismus – eine etwas andere Rolle. Es ist nicht mehr eine von der Obrigkeit gewährte Gnade, sondern ein individuelles Grundrecht, von dem allein gegenüber dem Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages im Jahr 2015 in 13.137 Fällen¹ Gebrauch gemacht wurde. Gleichwohl bleibt aber die Funktion des Petitionsrechts, für den Austausch von Bürgern und Regierung zu sorgen, erhalten. In der Praxis sind jedenfalls die Fachministerien für Hinweise auf Missstände durchaus dankbar. Der spöttische Satz, die Petition sei „fristlos, formlos, fruchtlos“, ist daher zwar nicht ganz falsch, aber doch übertrieben. Die Aktualität des Petitionsrechts belegt Art. 44 GR-Charta, der die Petitionsmöglichkeit zum Europäischen Parlament garantiert.

2. Schutzbereich

- 988 Nach seinem Wortlaut gibt Art. 17 GG jedermann das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen oder an die Volksvertretung zu wenden.

a) „Bitten oder Beschwerden“

- 989 Art. 17 GG schützt „Bitten oder Beschwerden“ und knüpft damit an historische Begriffe an. Das BVerfG legt beide Begriffe weit aus und versteht darunter alle Anregungen, Anträge oder Bitten mit dem Ziel der Stellungnahme bzw. Abhilfe.² Es kommt also darauf an, dass der Petent ein **bestimmtes Anliegen** – ein Petikum – vorbringt. Ob ein solches Anliegen vorgebracht wird, ist einer Eingabe im Zweifel durch Auslegung zu entnehmen, wobei auch der Gesamthalt zu berücksichtigen ist.³ Abzugrenzen sind Petitionen von formalen Rechtsbehelfen. Rechtsbehelfe enthalten zwar auch ein Anliegen, sie stehen aber unter dem insoweit spezielleren Schutz des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. Keine Petitionen sind reine Meinungs- oder Unmutsäußerungen, bei denen kein Anliegen erkennbar ist.

- 990 Inhaltlich zieht Art. 17 GG unmittelbar keine Grenzen. Allerdings entnimmt das BVerfG den Begriffen der „Bitten oder Beschwerden“ eine **inhaltliche Begrenzung** insofern, als eine Petition nicht etwas gesetzlich Verbotenes fordern bzw. keinen beleidigenden, herausfordernden oder erpresserischen Inhalt haben darf.⁴ Diese sachliche Begrenzung ist nicht zweifelsfrei. Zwar ist richtig, dass ein sonst verbotenes Verhalten, etwa eine Beleidigung etc. nicht dadurch zulässig wird, dass es in die Form einer Petition gekleidet ist. Aber in der Regel wird in diesen Fällen ohnehin ein bestimmtes Anliegen fehlen. Zudem ist es in vielen Fällen durchaus

¹ Vgl. Plenarprotokoll 18/176, S. 66.

² BVerfGE 2, 225 (229) (Petitionsbescheid).

³ BVerfGE 2, 225 (229) (Petitionsbescheid).

⁴ BVerfGE 2, 225 (229) (Petitionsbescheid).

legitim, dass mittels der Petition etwas Verbotenes gefordert wird. Schließlich ist es gerade Sinn und Zweck einer Petition, den Staat zur Änderung der Rechtslage oder eines Verhaltens anzuregen. Insofern sind zwar mit dem BVerfG Beleidigungen und Erpressungen vom Schutzbereich auszunehmen. Dennoch ist streng darauf zu achten, dass das Petitionsrecht dadurch nicht seine Wirkungskraft verliert.⁵

b) „schriftlich“

Erforderlich ist ferner, dass die Petition schriftlich vorgebracht wird. Der Begriff ist weit auszulegen und nicht mit dem zivilrechtlichen Schriftformerfordernis identisch. Möglich sind Petitionen per Telefax, E-Mail oder Formular auf einer entsprechend eingerichteten Internet-Seite (sog. Online-Petition).⁶ Mündliche Eingaben sind vom Schutz des Art. 17 GG ausgenommen; sie genießen allenfalls als Meinungsäußerungen nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG Grundrechtsschutz.

991

c) „einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen“

Keine einschränkende Funktion kommt dem Tatbestandsmerkmal „einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen“ zu. Im Gegenteil wird lediglich klargestellt, dass das Petitionsrecht auch kollektiv betätigt werden kann.

992

d) „an die zuständigen Stellen oder an die Volksvertretung“

Begrenzende Funktion kommt dem Erfordernis zu, dass die Petition an die zuständige Stelle zu richten ist. „Zuständige Stellen“ können alle Stellen der öffentlichen Gewalt sein, also alle Staatsorgane, Behörden und auch Anstalten, Stiftungen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts. Zudem ist es stets möglich, sich an die Volksvertretung – gemeint sind je nach Zuständigkeit der Bundestag (vgl. Art. 45c GG) bzw. die Landtage und eventuell auch die kommunalen Volksvertretungen – zu wenden. Ist eine Petition an den falschen Adressaten gerichtet, genießt sie keinen Grundrechtsschutz. Allerdings nehmen die Gerichte teilweise an, dass eine unzuständige öffentliche Stelle zur Weiterleitung der Petition verpflichtet ist.⁷ Zudem wird nicht die Einhaltung des Instanzenzugs verlangt; es muss auch nicht der innerbehördlich zuständige Bearbeiter in der Petition selbst benannt werden.

993

e) Umfang des Schutzes: Art. 17 GG als Abwehrrecht und Leistungsrecht

Die Gewährleistung des Art. 17 GG wirkt in zwei Richtungen: als Abwehrrecht und als Leistungsrecht. In seiner Wirkung als Abwehrrecht untersagt Art. 17 GG dem Staat, faktische bzw. rechtliche Hindernisse zu errichten.⁸ In leistungsrechtlicher Hinsicht – hier liegt der Schwerpunkt des Art. 17 GG – enthält Art. 17 GG

994

⁵ Kritisch zu Einschränkungen *Burkiczak*, NVwZ 2005, 1391 (1392 ff.), der auf der Schutzbereichsebene überhaupt keine inhaltlichen Begrenzungen vornehmen, aus Art. 17 GG allerdings auch keinen Schutz vor Strafverfolgung ableiten will.

⁶ Diese Möglichkeit ist auf der Homepage des Deutschen Bundestages seit dem Jahr 2005 eröffnet. Einige Länderparlamente sind dem Beispiel gefolgt. Vgl. *Guckelberger*, DÖV 2008, 85 (86 f.).

⁷ BVerwG, NJW 1976, 637 (638).

⁸ *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 17 Rn. 39; *Krings*, JuS 2004, 474 (477).

einen **Anspruch auf vorschriftsmäßige Erledigung** der Petition. Zu einer vorschriftsmäßigen Erledigung gehören neben der Entgegennahme der Petition auch eine sachliche Prüfung und eine Antwort. Die Antwort muss mindestens ergeben, dass die Petition inhaltlich zur Kenntnis genommen worden ist; zudem muss die Art der Erledigung (etwa Abhilfe, Weiterleitung etc.) mitgeteilt werden.⁹ Andernfalls wäre Art. 17 GG – so das BVerfG – ein „Scheinrecht“. Eine Begründung soll nach Ansicht des BVerfG nicht erforderlich sein. Es genüge, dass im Petitionsbescheid für den Petenten erkennbar sei, dass die Volksvertretung über sein Anliegen entschieden habe und in welcher Weise die Petition behandelt worden sei.¹⁰ Dies stößt in der Literatur verbreitet auf Ablehnung.¹¹

3. Beeinträchtigungen

- 995** Beeinträchtigungen des Petitionsrechts sind auf zwei unterschiedliche Weisen denkbar. Einerseits kann der Staat in die **abwehrrechtliche Seite** des Grundrechts eingreifen, indem er Petitionen verbietet oder an faktische bzw. rechtliche Hindernisse knüpft. Ein solches Hindernis kann z. B. darin liegen, dass der Staat den Petenten auf Grund seiner Petition nachteilig behandelt. Darüber hinaus verstößt der Staat gegen die **leistungsrechtliche Seite**, wenn er eine Petition nicht oder nicht zureichend bearbeitet.

4. Rechtfertigung von Eingriffen

- 996** Art. 17 GG weist – abgesehen von Art. 17a Abs. 1 GG – keinen Gesetzesvorbehalt auf; Eingriffe sind daher nur auf Grund kollidierenden Verfassungsrechts zulässig.¹² Verstöße gegen das Leistungsrecht können nicht gerechtfertigt werden.¹³ Allerdings darf der Gesetzgeber, wie auch sonst bei Leistungsrechten, das Verfahren der Petitionsbearbeitung ausgestalten; für die Ebene des Bundestags ist dies etwa mit dem Petitionsausschussgesetz (PetAG) erfolgt.

II. Schutz vor Ausbürgerung und Auslieferung (Art. 16 GG)

Literatur:

Engst, Kathrin, Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit, ZAR 2005, 227 ff.; *Hufeld, Ulrich*, Art. 16 GG: Ausbürgerung und Auslieferung im Kontext, JA 2007, 41 ff.

⁹ BVerfGE 2, 225 (230) (Petitionsbescheid).

¹⁰ BVerfGE 2, 225 (230) (Petitionsbescheid); zuletzt BVerfG, NJW 1992, 3033 (3033).

¹¹ Eine Begründung halten z. B. *Brenner*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 17 Rn. 43 sowie *Klein*, in Maunz/Dürig, Art. 17 Rn. 90 für erforderlich. In der Staatspraxis wird häufig eine Begründung beigegeben. Vgl. hierzu auch die Soll-Vorschrift des § 112 Abs. 3 S. 2 GO BT.

¹² BVerfG, NJW 1991, 1475 (1476).

¹³ *Krings*, JuS 2004, 474 (478).

Fallbearbeitungen:

Meßmann, Andreas/Kornblum, Thorsten, Grundfälle zu Art. 16, 16a GG, JuS 2009, 688 ff.; *Volkmann, Uwe*, Fall 12 (S. 359 ff.).

Leitentscheidungen:

BVerfGE 10, 136 ff. (Durchlieferung); 29, 183 ff. (Rücklieferung); 113, 273 ff. (Europäischer Haftbefehl); 116, 24 ff. (Einbürgerungsrücknahme).

1. Schutz vor Ausbürgerung

Art. 16 Abs. 1 GG schützt alle deutschen Staatsbürger (Art. 116 Abs. 1 GG) – und nur sie¹⁴ – vor dem Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit. Die Vorschrift ist eine Reaktion auf die im Dritten Reich verbreitete Praxis der Entziehung der Staatsangehörigkeit und soll zugleich die Staatenlosigkeit verhindern. Eine vergleichbare Regelung enthält Art. 3 des Protokolls Nr. 4 vom 16.9.1963 zur EMRK.

Eingriffe in Art. 16 Abs. 1 GG stellen alle staatlichen Maßnahmen dar, die zum Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit führen. Art. 16 Abs. 1 GG unterscheidet dabei zwischen der **Entziehung** (Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG) als besonderer Form des Verlusts und den **sonstigen Arten des „Verlusts“** (Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG). Während eine Entziehung der Staatsangehörigkeit stets unzulässig ist, ist der Verlust auf sonstige Weise unter den Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG grundsätzlich möglich. Die Abgrenzung zwischen einer stets unzulässigen Entziehung auf der einen und dem grundsätzlich zulässigen Verlust in sonstiger Weise auf der anderen Seite ist allerdings schwierig. Eine Entziehung soll nach Ansicht des BVerfG immer dann vorliegen, wenn der Betroffene die Handlungen, die den Wegfall der Staatsangehörigkeit bedingen, nicht auf Grund eines selbstverantwortlichen und freien Willensentschlusses vorgenommen hat, er also den Verlust in keiner Weise beeinflussen kann.¹⁵ Allerdings lässt Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG nach dem eindeutigen Wortlaut einen Verlust der Staatsangehörigkeit auch gegen den Willen des Betroffenen zu. Daher kann es bei Auslegung des Begriffs der „Entziehung“ nicht auf den Willen zum Verlust der Staatsangehörigkeit ankommen. Maßgeblich kann nur der Wille zur Vornahme der Handlung sein, an die der Gesetzgeber als Rechtsfolge den Verlust der Staatsangehörigkeit geknüpft hat. Eine Entziehung liegt daher nur dann vor, wenn der Betroffene den Verlust nicht oder nicht auf zumutbare Weise beeinflussen oder vorhersehen kann und deshalb sein Vertrauen in die Verlässlichkeit der Staatsangehörigkeit enttäuscht wird.¹⁶ Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beispielsweise der Fall, wenn ein Kind aufgrund einer Vaterschaftsanfechtung seine – über den ursprünglichen Vater vermittelte – deutsche Staatsangehörigkeit verliert.¹⁷ Erwirbt dagegen ein Deutscher eine ausländische Staatsangehörigkeit willentlich und verliert damit gemäß § 25 Abs. 1 StAG

997

998

¹⁴ BVerwGE 8, 340 (343).

¹⁵ BVerfGE 116, 24 (36 f.) (Einbürgerungsrücknahme); 135, 48 (61 f.) (Vaterschaftsanfechtung).

¹⁶ BVerfGE 116, 24 (44 f.) (Einbürgerungsrücknahme); 135, 48 (61 f.) (Vaterschaftsanfechtung). Vgl. *Mehde*, Jura 2007, 440 ff.

¹⁷ BVerfGE 135, 48 (62 ff.) (Vaterschaftsanfechtung).

zugleich die deutsche Staatsbürgerschaft, stellt dies keine Entziehung dar. Denn die ausländische Staatsangehörigkeit wurde willentlich erworben. Keine Entziehung liegt auch vor, wenn eine durch Täuschung oder vergleichbares Fehlverhalten rechtswidrig erwirkte Einbürgerung zurückgenommen wird. Denn hier fehlt es von vornherein an einem schutzwürdigen Vertrauen.¹⁸ Dem Verfassungsgeber stand bei der Schaffung des Art. 16 Abs. 1 GG wohl vor Augen, dass zwar einerseits die Staatsangehörigkeit nicht gegen den Willen des Betroffenen entzogen werden darf. Andererseits aber sollten auch die traditionellen Gründe für den Verlust der Staatsangehörigkeit (v. a. der Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit) erhalten bleiben.¹⁹

999 Während die Entziehung stets und ausnahmslos unzulässig ist, ist der Verlust gegen bzw. ohne den Willen des Betroffenen auf sonstige Weise unter den Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG gestattet. Er muss allerdings auf gesetzlicher Grundlage erfolgen und darf grundsätzlich nicht zur Staatenlosigkeit des Betroffenen führen.²⁰ Das BVerfG legt die Vorschrift aber im Wege einer teleologischen Reduktion²¹ dahingehend aus, dass das Verbot der Staatenlosigkeit im Falle des Verlusts einer rechtswidrig etwa durch Täuschung erwirkten deutschen Staatsangehörigkeit nicht eingreift. Ein derart weitgehender Schutz entspreche nicht dem Willen des Verfassungsgebers.²²

2. Schutz vor Auslieferung

1000 Art. 16 Abs. 2 GG schützt das Recht aller Deutschen (Art. 116 Abs. 1 GG), sich in ihrem Heimatland aufhalten zu dürfen.²³ Unter Auslieferung ist daher die Entfernung aus dem Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland und Überführung an eine ausländische Hoheitsgewalt auf deren Ersuchen hin zu verstehen.²⁴ Als Auslieferung ist somit auch die „Durchlieferung“ zu betrachten, also die Mitwirkung der Bundesrepublik an der Auslieferung eines Deutschen von einem Staat an einen anderen Staat unter Betreten deutschen Hoheitsgebiets.²⁵ Keine Auslieferung i. S. v. Art. 16 Abs. 2 GG ist die „Rücklieferung“, also die Rücküberstellung eines nur unter diesem Vorbehalt an Deutschland ausgelieferten Deutschen.²⁶ Denn in diesem Fall befindet sich der Deutsche ohnehin bereits in der Gewalt eines fremden Staates. Eingeschränkt wird das Auslieferungsverbot allerdings durch den im Jahr 2000 eingefügten Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG, soweit dabei rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt

¹⁸ BVerfGE 116, 24 (45) (Einbürgerungsrücknahme).

¹⁹ BVerfGE 116, 24 (40 f.) (Einbürgerungsrücknahme).

²⁰ Vgl. zu den Einzelheiten *Kokott*, in: Sachs, GG, Art. 16 Rn. 24 f.

²¹ Vgl. *Butzer/Epping*, S. 55 f.

²² BVerfGE 116, 24 (45 ff.) (Einbürgerungsrücknahme).

²³ BVerfGE 29, 183 (192) (Rücklieferung).

²⁴ BVerfGE 113, 273 (293) (Europäischer Haftbefehl).

²⁵ BVerfGE 10, 136 (139) (Durchlieferung).

²⁶ BVerfGE 29, 183 (193) (Rücklieferung). Dies ist allerdings umstritten, vgl. *Kokott*, in: Sachs, GG, Art. 16 Rn. 38 ff. m. w. N.

sind. Die Auslieferung an Staaten der Europäischen Union bzw. an einen internationalen Gerichtshof²⁷ ist daher auf gesetzlicher Grundlage grundsätzlich möglich. Das BVerfG stellt an diese gesetzliche Grundlage allerdings hohe Anforderungen. Der Gesetzgeber muss insbesondere die Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beachten.²⁸

III. Asylrecht (Art. 16a GG)

Literatur:

Biermann, Christian, Der „Asylkompromiss“ und das Bundesverfassungsgericht, Jura 1997, 522 ff.; *Schoch, Friedrich*, Das neue Asylrecht gemäß Art. 16a GG, DVBl. 1993, 1161 ff.

Fallbearbeitungen:

Meßmann, Andreas/Kornblum, Thorsten, Grundfälle zu Art. 16, 16a GG, JuS 2009, 810 ff.

Leitentscheidungen:

BVerfGE 94, 49 ff. (Sichere Drittstaaten); 94, 115 ff. (Sichere Herkunftsstaaten); 94, 166 ff. (Flughafenverfahren).

1. Hintergrund

Als Grundrecht findet sich das Recht auf politisches Asyl erstmals im Grundgesetz. Bedingt durch die Erfahrungen des Nationalsozialismus, während dessen zahllose Deutsche vor Verfolgung und Ermordung fliehen mussten, bekannte sich auch die Bundesrepublik als (wieder) demokratischer Staat dazu, bedrohten Menschen Schutz zu gewähren. Das Anwachsen der internationalen, häufig kriegs- und arbeitsbedingten Flüchtlingsströme und die zunehmende Attraktivität der Bundesrepublik in wirtschaftlicher Hinsicht führten allerdings dazu, dass die Asylbewerberzahlen beständig anstiegen und Anfang der 90er-Jahre Höchststände erreichten.²⁹ 1993 kam es nach langer Debatte über den „Asylmissbrauch“ auf politischer Ebene zum „Asylkompromiss“. Der neu geschaffene Art. 16a GG behält zwar die Grundaussage „Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“ bei, knüpft aber die Inanspruchnahme des Asylrechts an äußerst enge Voraussetzungen und macht sie nach Ansicht der Kritiker weitgehend unmöglich. Das BVerfG hat die Neufassung des Art. 16a GG vor dem Hintergrund des Art. 79 Abs. 3 GG gleichwohl akzeptiert.³⁰ Praktisch hatte die Neuregelung ihr Ziel zunächst erreicht. Die Asylbewerberzahlen

1001

²⁷ Hier ist insbesondere an den Ständigen Internationalen Strafgerichtshof (IStGH) in Den Haag, aber auch an *ad hoc* gebildete Völkerstrafgerichte zu denken. Hierzu *Zimmermann*, JZ 2001, 233.

²⁸ BVerfGE 113, 273 (293) (Europäischer Haftbefehl). Vgl. zu dieser Entscheidung *Hufeld*, JuS 2005, 865 ff. und *Tams*, JA 2006, 177 ff.

²⁹ 1992 gab es 438.191 Asylanträge, Asylstatistik des Bundesamts für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge.

³⁰ BVerfGE 94, 49 ff. (Sichere Drittstaaten); 94, 115 ff. (Sichere Herkunftsstaaten); 94, 166 ff. (Flughafenverfahren).

sind nach der Änderung deutlich zurückgegangen.³¹ Dieser Rückgang war allerdings insofern von begrenzter Dauer, als die Flüchtlingszahlen seit dem Jahr 2014 stark angestiegen sind und im Jahr 2015 einen Höchststand von rund einer Million Menschen erreichten, die in Deutschland Schutz suchten. Seitdem sind die Zahlen erneut rückläufig. Die grundgesetzlichen Regelungen haben darauf sowie auf die Anerkennungschancen nur noch wenig Einfluss. Rechtlich entscheidend sind seit der Neufassung des Art. 16, 16a GG die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) und die europäischen Sekundärrechtsakte zum Asyl- und Ausländerrecht, die einschneidende Änderungen des deutschen Asylrechts bewirkt haben. Art. 16a GG führt nur noch ein Schattendasein. Auf europäischer Ebene ist Art. 18 GR-Charta hinzuge-treten.

- 1002** Art. 16a GG begründet ein subjektives Recht auf Asyl, wobei allerdings umstritten ist, ob dieses Recht als **Abwehrrecht** oder als **Leistungsrecht** einzustufen ist.³² Die Entscheidung dieser Frage hängt maßgeblich davon ab, ob man Art. 16a GG negativ die Pflicht zum Unterlassen einreisehindernder und aufenthaltsbeendender Maßnahmen oder positiv die Pflicht zur Gestattung von Einreise und Aufenthalt entnimmt. Jedenfalls die Gestattung des Aufenthalts ist aber regelmäßig mit der Zuerkennung eines bestimmten Status verbunden, was für einen leistungsrechtlichen Gehalt des Art. 16a GG spricht.³³ Praktisch kommt dieser Frage wenig Bedeutung zu. Darüber hinaus wirkt Art. 16a GG unstreitig als **Verfahrensrecht**. In seiner verfahrensrechtlichen Dimension zwingt Art. 16a GG etwa zu einer angemessenen Ausgestaltung des Asylverfahrens insbesondere im Hinblick auf die Modalitäten der Feststellung von politischer Verfolgung.

2. Schutzbereich

- 1003** Der Schutzbereich des Art. 16a GG wird in Abs. 1 festgelegt: Nur „**politisch Verfolgte**“ genießen Asylrecht.“
- 1004** Der Begriff der Verfolgung aus „**politischen**“ Gründen wird in Anlehnung an die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) definiert:³⁴ Darunter fallen nach Art. 1 A. Nr. 2 GFK die Flüchtlinge, die „aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung“ ihr Land verlassen haben. Eine ähnliche Definition ergibt sich aus Art. 2 lit. d, 10 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 2011/95/EU, anhand derer der Art. 16a auszurichten ist.³⁵ Eine politische Verfolgung liegt immer dann vor, wenn die genannten Merkmale den Anknüpfungspunkt von Verfolgungsmaßnahmen bilden.

³¹ 2013 gab es 109.580 Asylanträge, Asylstatistik des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge.

³² Vgl. *Randelzhofer*, in: v. Münch/Kunig, Art. 16a I Rn. 28; *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 16a Rn. 117 ff., jeweils m. w. N.

³³ *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 16a Rn. 119.

³⁴ BVerfGE 54, 341 (357) (Wirtschafts asyl).

³⁵ *Jarass*, in: ders./Pieroth, Art. 16a Rn. 5, 19.

Der Begriff der „**Verfolgung**“ setzt voraus, dass „die fragliche Maßnahme dem Betroffenen gezielt Rechtsverletzungen zufügt. Daran fehlt es bei Nachteilen, die jemand auf Grund der allgemeinen Zustände in seinem Heimatstaat zu erleiden hat, wie Hunger, Naturkatastrophen, aber auch bei den allgemeinen Auswirkungen von Unruhen, Revolutionen und Kriegen. So hat das BVerfG klargestellt, dass das Asylrecht nicht jedem, der in seiner Heimat in materieller Not leben muss, die Möglichkeit eröffnen soll, seine Heimat zu verlassen, um in der Bundesrepublik Deutschland seine Lebenssituation zu verbessern (...). Nicht jede gezielte Verletzung von Rechten, die etwa nach der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland unzulässig ist, begründet schon eine asylerbhebliche politische Verfolgung. Erforderlich ist, dass die Maßnahme den von ihr Betroffenen gerade in Anknüpfung an asylerbhebliche Merkmale treffen soll. Ob eine in dieser Weise spezifische Zielrichtung vorliegt, die Verfolgung mithin ‚wegen‘ eines Asylmerkmals erfolgt, ist anhand ihres inhaltlichen Charakters nach der erkennbaren Gerichtetheit der Maßnahme selbst zu beurteilen, nicht nach den subjektiven Gründen oder Motiven, die den Verfolgenden dabei leiten. Schließlich muss die in diesem Sinne gezielt zugefügte Rechtsverletzung von einer Intensität sein, die sich nicht nur als Beeinträchtigung, sondern als – ausgrenzende – Verfolgung darstellt. Das Maß dieser Intensität ist nicht abstrakt vorgegeben. Es muss der humanitären Intention entnommen werden, die das Asylrecht trägt, demjenigen Aufnahme und Schutz zu gewähren, der sich in einer für ihn ausgeweglosen Lage befindet.“³⁶

Politische Verfolgung ist grundsätzlich nur **staatliche Verfolgung**. Eine nicht-staatliche Verfolgung genügt nur, wenn sie dem Staat zuzurechnen ist. „Hierfür kommt es darauf an, ob der Staat den Betroffenen mit den ihm an sich zur Verfügung stehenden Mitteln Schutz gewährt. Es begründet die Zurechnung, wenn der Staat zur Schutzgewährung entweder nicht bereit ist oder wenn er sich nicht in der Lage sieht, die ihm an sich verfügbaren Mittel im konkreten Fall gegenüber Verfolgungsmaßnahmen bestimmter Dritter, insbesondere etwa solchen des staatstragenden Klerus oder der staatstragenden Partei, (hinreichend) einzusetzen.“³⁷

Begrenzt wird der Schutzbereich durch Art. 16a Abs. 2 S. 1 GG: Wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union einreist, kann sich nicht auf das Asylrecht berufen. Zudem können nach Art. 16a Abs. 2 S. 3 GG aufenthaltsbeendende Maßnahmen unabhängig von einem eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden. Diese Beschränkungen gelten nach der Rechtsprechung des BVerfG allerdings nicht ausnahmslos. Eine Schutzgewähr durch den deutschen Staat hat zu erfolgen, wenn sich die Art. 16a Abs. 2 GG zugrunde liegende Annahme, ein Drittstaat biete einen ausreichenden Schutz, aufgrund nachträglich eingetretener Umstände als offensichtlich unhaltbar erweist.³⁸

1005

1006

1007

³⁶ BVerfGE 80, 315 (335) (Tamilen).

³⁷ BVerfGE 80, 315 (336) (Tamilen).

³⁸ Vgl. BVerfGE 94, 49 (99 f.) (Sichere Drittstaaten); BVerfG, NVwZ 2009, 1281 (Griechenland).

3. Beeinträchtigungen

- 1008** Eingriffe sind nur insoweit denkbar, als Art. 16a GG einen abwehrrechtlichen Gehalt aufweist. Darüber hinaus kommen Verstöße gegen das Leistungsrecht vor.

4. Rechtfertigung von Eingriffen

- 1009** Art. 16a GG weist mit den Abs. 2–4 drei unterschiedliche Schranken auf: **Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG** enthält einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, der es dem Gesetzgeber erlaubt, die Staaten zu „**sicheren Drittstaaten**“ zu erklären, in denen die Einhaltung der GFK und der EMRK in materieller Hinsicht sichergestellt ist (sog. Konzept normativer Vergewisserung). Erforderlich ist dafür, dass der jeweilige Staat beiden Konventionen beigetreten ist und auch in der Staatspraxis deren Einhaltung gewährleistet ist.³⁹ Wer aus einem solchen sicheren Drittstaat einreist, kann sich nicht auf das Asylgrundrecht berufen. Auch in diesem Fall können nach Art. 16a Abs. 2 S. 3 GG aufenthaltsbeendende Maßnahmen unabhängig von einem eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden. Voraussetzung ist, dass die Annahme des Gesetzgebers, ein bestimmter Staat sei als sicherer Drittstaat einzustufen, nicht aufgrund nachträglich eingetretener Umstände offensichtlich unzutreffend ist.⁴⁰
- 1010** **Art. 16a Abs. 3 GG** enthält ebenfalls einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt: Danach können durch Gesetz sog. **sichere Herkunftsstaaten** bestimmt werden, in denen Verfolgung nicht stattfindet. Das Gesetz begründet eine widerlegbare Vermutung, dass keine politische Verfolgung bei Menschen aus einem sicheren Herkunftsstaat vorliegt. Entsprechend erhöht sind die Anforderungen an den Sachvortrag eines Asylbewerbers.
- 1011** **Art. 16a Abs. 4 GG** sieht schließlich **Beschränkungen des gerichtlichen Rechtsschutzes** vor, wenn der Asylantrag offensichtlich unbegründet ist bzw. als solcher gilt oder der Antragsteller aus einem sicheren Herkunftsstaat kommt.

IV. Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG)

Literatur:

Brenner, Michael, Grundrechtsschranken und Verwirkung von Grundrechten, DÖV 1995, 60 ff.; *Butzer, Hermann/Clever, Marion*, Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG: Doch eine Waffe gegen politische Extremisten?, DÖV 1994, 637 ff.

Leitentscheidungen:

BVerfGE 38, 23 ff. (Herausgeber der Deutschen National-Zeitung).

³⁹ BVerfGE 94, 49 (90) (Sichere Drittstaaten).

⁴⁰ Vgl. Rn. 1007.

1. Hintergrund

Die Vorschrift des Art. 18 GG stellt eine Ausprägung des **Grundsatzes der „wehrhaften Demokratie“** dar, wie ihn das Grundgesetz in zahlreichen Vorschriften – u. a. in Art. 9 Abs. 2, 20 Abs. 4, 21 Abs. 2, 79 Abs. 3 GG – vorsieht. Mit zahlreichen Vorkehrungen zur Verteidigung seiner Grundwerte gegen die Feinde der Verfassung soll eine formal legale „Machtergreifung“, die die Wertordnung der Verfassung unter Nutzung ihrer Institutionen außer Kraft setzt, in Zukunft verhindert werden. Dieses Konzept, welches die Nationalsozialisten 1933 zum Erfolg führte, formulierte *Goebbels* 1928 wie folgt: Man werde in den Reichstag gehen, um die „Weimarer Gesinnung mit ihrer eigenen Unterstützung lahm zu legen. Wenn die Demokratie so dumm ist, uns für diesen Bären dienst Freifahrkarten und Diäten zu geben, so ist das ihre Sache. Wie kommen als Feinde! Wie der Wolf in die Schafsherde einbricht, so kommen wir“.⁴¹ Art. 18 GG soll helfen, einem derartigen Vorgehen rechtzeitig entgegen zu treten. Vergleichbare Vorschriften kennen weder die EMRK noch die GR-Charta.

1012

In der Verfassungspraxis spielt Art. 18 GG kaum eine Rolle. Lediglich vier Anträge wurden bislang vor dem BVerfG gestellt, die jedoch abgewiesen wurden.⁴² Gleichwohl kann man Art. 18 GG aber eine „Reservfunktion“ zusprechen.⁴³

1013

2. Regelungsgegenstand

Art. 18 GG stellt **kein Grundrecht** dar, sondern ermöglicht im Gegenteil eine Beschränkung von Grundrechten in persönlicher Hinsicht. Die Entscheidung über die Verwirkung ist dem BVerfG vorbehalten (Art. 18 S. 2 GG). Das Verfahren ist im Einzelnen in den § 13 Nr. 1, §§ 36 ff. BVerfGG geregelt. Begründet ist ein Antrag nur dann, wenn eines der in Art. 18 S. 1 GG ausdrücklich genannten Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht wird. Unter der **freiheitlich-demokratischen Grundordnung** ist wie bei Art. 21 Abs. 2 GG und Art. 9 Abs. 2 GG eine Ordnung zu verstehen, „die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt“.⁴⁴

1014

Ein „**Missbrauch zum Kampfe**“ liegt vor, wenn aktiv-aggressiv gegen die Grundordnung vorgegangen und die Grundordnung dadurch tatsächlich gefährdet wird.⁴⁵ Da die Verwirkung für die Zukunft ausgesprochen wird, kommt es weniger auf das Verhalten in der Vergangenheit an, sondern auf die Prognose, wie sich

1015

⁴¹ Zitiert nach *Pagenkopf*, in: Sachs, GG, Art. 18 Rn. 5.

⁴² BVerfGE 11, 282 f. (Zweiter Vorsitzender der SRP); 38, 23 ff. (Herausgeber der Deutschen National-Zeitung) sowie 2 BvA 1/92 und 2/92 (unveröffentlicht, zitiert nach *Pagenkopf*, in: Sachs, GG, Art. 18 Fn. 12).

⁴³ *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, Art. 18 Rn. 3.1.

⁴⁴ BVerfGE 2, 1 (12 f.) (SRP-Verbot). Vgl. Rn. 893.

⁴⁵ *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, Art. 18 Rn. 9. Vgl. Rn. 894.

der Betroffene zukünftig verhalten wird.⁴⁶ Dabei kommt allerdings dem Verhalten in der Vergangenheit eine entscheidende Indizwirkung zu. Ein Missbrauch kann sowohl von natürlichen wie auch von juristischen Personen ausgehen, soweit diese gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Träger der aufgezählten Grundrechte sind.

3. Rechtsfolgen der Verwirkung

- 1016** Spricht das BVerfG bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen die Verwirkung aus, kann sich der Betroffene nicht mehr auf die verwirkten Grundrechte berufen. Dabei kann das BVerfG allein die in Art. 18 GG aufgezählten Grundrechte für verwirkt erklären. Es kann die Verwirkung dabei sowohl auf einzelne Grundrechte beschränken als auch einen Zeitraum für den Grundrechtsverlust bestimmen.

V. Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG)

Literatur:

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, S. 168 ff.; *Schmahl, Stefanie*, Rechtsstaat und Widerstandsrecht, JöR n. F. 2007, 99 ff.

- 1017** Ebenso wie die Möglichkeit der Verwirkung von Grundrechten stellt Art. 20 Abs. 4 GG eine Ausprägung des Grundsatzes der wehrhaften Demokratie dar. Allerdings ist Art. 20 Abs. 4 GG deutlich jünger; er wurde erst 1968 im Zuge der Notstandsgesetzgebung neu in das Grundgesetz eingefügt. Praktische Bedeutung hat Art. 20 Abs. 4 GG bisher nicht erlangt. Art. 20 Abs. 4 GG erlaubt es jedem Deutschen (Art. 116 Abs. 1 GG), gegen jedermann Widerstand zu leisten, der es unternimmt, die in Art. 20 Abs. 1–3 GG verankerte Ordnung zu beseitigen. Damit wirkt Art. 20 Abs. 4 GG unmittelbar auch gegen Private und stellt einen der **seltenen Fälle unmittelbarer Drittwirkung** von Verfassungsnormen dar.
- 1018** Im Rahmen eines **Verfassungsbeschwerdeverfahrens** können Handlungen, die das Widerstandsrecht auslösen, nicht unter Verweis auf Art. 20 Abs. 4 GG gerügt werden. Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG ist ein **subsidiäres Ausnahmerecht**, das als Ultima ratio von vornherein nur dann in Betracht kommt, wenn alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, dass die Ausübung des Widerstandes das letzte Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist. Eine Verletzung von Art. 20 Abs. 4 GG kann danach nicht in einem Verfahren gerügt werden, in dem gegen die behauptete Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung gerade gerichtliche Abhilfe gesucht wird. Daran ändert die Erwähnung des Art. 20 Abs. 4 GG in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nichts. Der subsidiäre Charakter dieses Rechts bleibt von der Ausformung als – auch prozessual – grundrechtsgleiches Recht unberührt.⁴⁷

⁴⁶ BVerfGE 38, 23 (24) (Herausgeber der Deutschen National-Zeitung).

⁴⁷ BVerfGE 123, 267 (333) (Lissabon).

Kapitel 20: Europäischer Grundrechtsschutz

Literatur zur EMRK:

Braasch, Patrick, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, JuS 2013, 602 ff.; *Ehlers, Dirk*, Die Europäische Menschenrechtskonvention, Jura 2000, 372 ff.; *Gusy, Christoph*, Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland, JA 2009, 406 ff.; *Hoffmann, Jan Martin/Mellech, Kathrin/Rudolphi, Verena*, Der Einfluss der EMRK auf die grundrechtliche Fallbearbeitung, Jura 2009, 256 ff.

Literatur zu den Unionsgrundrechten:

Cremer, Wolfram, Grundrechtsverpflichtete und Grundrechtsdimensionen nach der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, EuGRZ 2011, 545 ff.; *Huber, Peter M.*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385 ff.; *ders.*, Unionsbürgerschaft, EuR 2013, 637 ff.; *Ohler, Christoph*, Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh, NVwZ 2013, 243 ff.; vertiefend auch zu den Grundfreiheiten *Ehlers, Dirk*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014.

Literatur zu den Grundfreiheiten:

Cremer, Wolfram, Die Grundfreiheiten des europäischen Unionsrechts, Jura 2015, 39 ff.; *Frenz, Walter*, Annäherung von europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten, NVwZ 2011, 961 ff.; *Hailbronner, Kay/Thym, Daniel*, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, 2008 ff.; *Manger-Nestler, Cornelia/Noack, Gregor*, Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, JuS 2013, 503 ff.

Literatur zum Verhältnis BVerfG/EuGH/EGMR:

Britz, Gabriele, Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, 275 ff.; v. *Danwitz, Thomas*, Verfassungsrechtliche Herausforderungen in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, EuGRZ 2013, 253 ff.; *Masing, Johannes*, Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, 477 ff.; *Polzin, Monika*, Das Rangverhältnis von Verfassungs- und Unionsrecht nach der neusten Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2012, 1 ff.; *Voßkuhle, Andreas*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 ff.

Fallbearbeitungen:

Brosius-Gersdorf, Frauke, Grundfälle zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, JA 2007, 873 ff.; *Degenhart, Christoph*, II, Fälle 10 (S. 248 ff.), 13 (S. 322 ff.), 17 (S. 421 ff.); *Görisch, Christoph*, „Easy Going in Europa“, JA 2012, 441 ff.; *Höfling, Wolfram*, Fall 8 (S. 81 ff.); *Winkler, Markus*, Pater semper incertus, JA 2006, 784 ff. (zur Bindung deutscher Gerichte an die EMRK).

I. Hintergrund

- 1019** Grundrechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt wird nicht lediglich durch nationale Grundrechte sichergestellt. Immer größere Bedeutung gewinnen **völker- bzw. europarechtliche Gewährleistungen**. Teilweise treten diese neben die Garantien des Grundgesetzes, wie dies etwa bei der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1950 und den beiden 1966 im Rahmen der Vereinten Nationen erarbeiteten Internationalen Pakten über bürgerliche und politische Rechte bzw. über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte¹ der Fall ist. Es gibt aber auch grundrechtliche Gewährleistungen, die Schutz in Bereichen bieten, in denen die Sicherungen des Grundgesetzes nicht greifen. Dies betrifft die Unionsgrundrechte der Europäischen Union, die einen Grundrechtsschutz gegenüber den Handlungen der Europäischen Union garantieren. Schließlich gibt es den Grundrechten nahe stehende Rechte; hier sind insbesondere die europäischen Grundfreiheiten zu nennen. Vor allem die Rechte der EMRK, die europäischen Unionsgrundrechte und die Grundfreiheiten sind für ein umfassendes Bild des Grundrechtsschutzes unverzichtbar.

II. Europäische Menschenrechtskonvention

- 1020** Die älteste Gewährleistung von Grund- bzw. Menschenrechten auf europäischer Ebene ist die **Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)**. Die EMRK ist ein multilateraler völkerrechtlicher Vertrag, der 1950 im Rahmen des **Europarates** entstanden ist. Als Aufgabe des Europarates sieht Art. 1 lit. a) seiner Satzung vor, „eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern zum Schutze und zur Förderung der Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden, herzustellen und ihren wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu fördern.“ Ein Mittel dazu stellt die EMRK dar. Für alle Vertragsparteien verbindlich ist jedoch nur der in der EMRK selbst enthaltene Kernbestand von Rechten und Freiheiten. Neben diesen Kernbestand treten zurzeit **14 Zusatzprotokolle**,² die weitere zum Teil essentielle Rechte wie das Eigentumsrecht beinhalten. Diesen Zusatzprotokollen sind jeweils nicht alle Mitgliedstaaten beigetreten; auch die Bundesrepublik ist bislang einigen Zusatzprotokollen (Nr. 7 und 12) ferngeblieben. Andere wichtige Verträge im Rahmen des Europarates sind die Europäische Sozialcharta von 1961, die in der EMRK fehlende soziale Grundrechte enthält, das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe von 1987 und das Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin von 1997.³ Politisch stellt die EMRK eine Antwort auf die systematische Missachtung der Menschenrechte vor allem im Nationalsozialismus dar. Ein rein nationaler Schutz der Grund- und Menschenrechte erschien den Verantwortlichen nicht geeignet, eine Wiederholung derartiger Gräueltaten zu verhindern. Mittlerweile haben

¹ Vgl. zu beiden *K. Ipsen*, in: ders., *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, § 36 Rn. 38 ff.

² Die Zusatzprotokolle Nr. 15 v. 24.6.2013 und Nr. 16 v. 2.10.2013 sind zur Unterzeichnung aufgelegt, allerdings noch nicht in Kraft getreten.

³ Weitere bei *K. Ipsen*, in: ders., *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, § 37 Rn. 3 ff.

47 europäische Staaten, die gemäß Art. 59 Abs. 1 EMRK sämtlich dem Europarat angehören, den Vertragstext ratifiziert. Einen Schub erhielt die EMRK mit dem Zusammenbruch des Ostblocks; seit 1990 hat sich die Zahl der Vertragsstaaten durch den Beitritt der ost- und mitteleuropäischen Staaten verdoppelt.

Ihrer **Rechtsnatur** nach ist die EMRK **Völkerrecht**, also Recht zwischen den vertragsschließenden Staaten. Entsprechend werden Rechte und Pflichten zunächst lediglich auf der Ebene der Staaten begründet. Gem. Art. 1 EMRK verpflichten sich die Vertragsparteien, allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen begründeten Rechte und Freiheiten zuzusichern. Wie diese Zusicherung erfolgt, ist Sache der Vertragsparteien, die unterschiedliche Wege gegangen sind. In Österreich hat die EMRK Verfassungsrang, in zahlreichen anderen Staaten einen Zwischenrang zwischen Verfassung und einfachem Recht.⁴ In **Deutschland** hat die EMRK den Rang des innerstaatlichen Zustimmungsgesetzes gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, ist also lediglich **einfaches Bundesrecht**. Nur vereinzelt stellen Regelungen der EMRK zugleich „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ gemäß Art. 25 GG dar, die dem einfachen Bundesrecht vorgehen. Theoretisch kann der Bund also nach der Lex-posterior-Regel entgegenstehendes Recht erlassen, das die EMRK verdrängt.⁵ Da dies aber einen Verstoß gegen Völkerrecht darstellen würde, nimmt das BVerfG an, dass ein später erlassenes Gesetz nicht im Widerspruch zur EMRK stehen soll.⁶ Zudem zieht das BVerfG die EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes heran, soweit das nicht zu einer Minderung des deutschen Grundrechtsschutzes führt (vgl. Art. 53 EMRK)⁷, bzw. überprüft seine Grundrechtsauslegung daraufhin, ob diese auch mit den Wertungen der EMRK übereinstimmt⁸.

1021

BVerfGE 128, 326 (367 ff.) (Sicherungsverwahrung): „Der innerstaatliche Rang der Europäischen Menschenrechtskonvention entspricht dem eines **Bundesgesetzes**. (...) Ein Beschwerdeführer kann daher vor dem Bundesverfassungsgericht **nicht unmittelbar** die Verletzung eines in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Menschenrechts **mit einer Verfassungsbeschwerde rügen**. (...) Gleichwohl besitzen die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention **verfassungsrechtliche Bedeutung**, indem sie die **Auslegung der Grundrechte** und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes beeinflussen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf der Ebene des Verfassungsrechts als **Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten** und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt. (...) Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese **nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar** erscheint.“

⁴ Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 1 ff.

⁵ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen sog. Treaty Override BVerfG, NJW 2016, 1295 ff.

⁶ BVerfGE 74, 358 (370) (Unschuldsvermutung); 111, 307 (324) (EGMR-Würdigung); 128, 326 (366 ff.) (Sicherungsverwahrung).

⁷ BVerfGE 74, 358 (370) (Unschuldsvermutung); 111, 307 (317) (EGMR-Würdigung); 128, 326 (367 ff.) (Sicherungsverwahrung).

⁸ BVerfGE 138, 296 (355 f.) (Kopftuch II); BVerfG, NJW 2017, 53 (58 f.) (Pflicht zur Zwangsbehandlung).

- 1022** Im **Recht der Europäischen Union** entfaltet die EMRK gegenwärtig (noch) eine begrenzte Wirkung, weil sie gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als Rechtserkenntnisquelle für europäische Unionsgrundrechte dient. Nicht zu unterschätzen ist aber die Vorbildfunktion der EMRK für die Europäische Grundrechtecharta (vgl. Art. 52 Abs. 3 GR-Charta⁹). Außerdem sieht Art. 6 Abs. 2 EUV den **Beitritt der Europäischen Union zur EMRK** vor.¹⁰ Damit würde sich die Union der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) unterwerfen. Der EuGH hat jedoch in einem Rechtsgutachten einen Beitritt nur unter bestimmten Bedingungen zugelassen und den Entwurf einer Übereinkunft über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK für unionsrechtswidrig erklärt.¹¹
- 1023** In materieller Hinsicht enthält die EMRK eine **Vielzahl von Grund- und Menschenrechten**. Zu nennen sind insbesondere das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK), das Verbot von Folter, Sklaverei und Zwangsarbeit (Art. 3, 4 EMRK), das Recht auf Freiheit und Sicherheit gegenüber unrechtmäßigen Verhaftungen (Art. 5 EMRK), den Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK), Religions- und Gewissensfreiheit (Art. 9 EMRK), Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK), Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK), das Recht auf Eheschließung (Art. 12 EMRK), ein gleichheitsrechtliches besonderes Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK), verschiedene Verfahrensgrundrechte (Art. 6, 13 EMRK), das Recht auf Eigentum (Art. 1 1. ZP EMRK) und das Recht auf Freizügigkeit (Art. 2 4. ZP EMRK).¹² Es fehlt bislang ein Art. 3 Abs. 1 GG vergleichbarer allgemeiner Gleichheitssatz. Berechtigt aus diesen Grundrechten sind gemäß Art. 1 EMRK alle Personen, die der Hoheitsgewalt der Mitgliedstaaten unterstehen. Auf die Staatsangehörigkeit kommt es somit nicht an.¹³ Personen i. S. v. Art. 1 EMRK sind alle natürlichen Personen, gemäß Art. 34 EMRK, aber auch nichtstaatliche Organisationen und Personengruppen, mithin also auch juristische Personen. Allerdings kommen juristische Personen nur dann in den Genuss der Rechte aus der EMRK, wenn diese ihrem Wesen nach auf juristische Personen Anwendung finden können (etwa Art. 8 Abs. 1 EMRK als Schutz der Geschäftsräume¹⁴, nicht aber das Recht auf Leben aus Art. 2 EMRK).
- 1024** Die Prüfung von Rechten aus der EMRK entspricht dem bekannten Muster, das zwischen **Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung** unterscheidet. Der Schutzbereich der Rechte aus der EMRK wird durch den Text begrenzt, wobei der EGMR

⁹ Vgl. BVerfGE 140, 317 (361 f.) (Identitätskontrolle).

¹⁰ Die Möglichkeit eines solchen Beitritts hatte der EuGH auf der Grundlage der damals geltenden Verträge im Jahr 1996 verworfen, vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1996:140 (Gutachten 2/94).

¹¹ Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2014:2454 (Gutachten 2/13); dazu *Tomuschat*, EuGRZ 2015, 133 ff.; *Wendel*, NJW 2015, 921 ff.; zu den Folgen des Beitritts vgl. z. B. *Obwexer*, EuR 2012, 115 ff.; *Vondung*, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 2012.

¹² Vgl. zu den einzelnen Rechten im Detail *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2016; *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009; *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017; *Karpenstein/Mayer*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2015.

¹³ *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, § 1 Rn. 16.

¹⁴ EGMR, EuGRZ 1993, 65 (Rn. 27 ff.) (Niemietz).

aus Effektivitätsgründen häufig eine großzügige Auslegung wählt. Großzügig ist der EGMR auch hinsichtlich des Eingriffs. Es genügt jede Beeinträchtigung des Schutzgegenstands durch staatliches Tun oder Unterlassen.¹⁵ Eingriffe in den Gewährleistungsgehalt können auf der Grundlage einer Schrankenregelung gerechtfertigt sein. Die EMRK kennt zwei verschiedene Typen von **Schranken**: allgemeine Schranken, die gleichermaßen für alle Rechte gelten (Art. 15–17 EMRK), und spezielle Schranken, die lediglich für das jeweilige Recht gelten (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Art. 8 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 EMRK). Ist eine Schrankenregelung vorhanden, auf die eine Einschränkung gestützt werden kann, müssen zugleich die **Schranken-Schranken** beachtet werden. Diese entsprechen den aus dem nationalen Bereich bekannten Anforderungen: Ein Eingriff bedarf einer ausreichend klaren und bestimmten gesetzlichen Grundlage¹⁶ und muss verhältnismäßig sein, d. h. einem legitimen Zweck dienen, geeignet, erforderlich und angemessen sein. Damit sind die wesentlichen aus Deutschland bekannten Strukturen auch auf der Ebene der EMRK zu finden.

Der Wert von Grundrechten bemisst sich zu einem großen Teil anhand des zur Verfügung stehenden **Rechtsschutzsystems**. Großzügige Gewährleistungen allein – dies zeigen die Erfahrungen der Weimarer Republik – gelangen ohne effektive gerichtliche Absicherung nicht zu praktischer Wirksamkeit. Einen großen Schritt nach vorn hat die EMRK insofern mit dem am 1.11.1998 in Kraft getretenen 11. Zusatzprotokoll unternommen. Das bis dahin recht komplizierte und von politischen Entscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte abhängige Rechtsschutzsystem wurde durch eine ausschließliche Kontrolle durch den in Straßburg ansässigen **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)**¹⁷ ersetzt. Dieser nimmt seine Aufgabe gemäß Art. 19 S. 2 EMRK als ständiger Gerichtshof wahr und wird mit einem hauptamtlichen Richter je Mitgliedstaat besetzt (Art. 20, 21 EMRK). Das Gericht tagt in vier unterschiedlichen Zusammensetzungen (Art. 26 Abs. 1 EMRK). Aufgrund der überwältigenden Zahl von über 69.850 anhängigen, aber noch nicht entschiedenen Verfahren (Stand Juli 2016) kann seit dem Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls im Juni 2010 ein **Einzelrichter** die Beschwerde in offensichtlichen Fällen für unzulässig erklären; diese Entscheidung ist endgültig und damit unanfechtbar (Art. 27 Abs. 1, 2 EMRK). Ist dies nicht der Fall, entscheiden die **Ausschüsse** von drei Richtern gemäß Art. 28 EMRK über die Zulässigkeit bestimmter Beschwerden vorab und können bei einer gefestigten Rechtsprechung des EGMR auch schon über die Begründetheit der Beschwerde befinden. In allen übrigen Fällen ist die Entscheidung den **Kammern**

1025

¹⁵ EGMR, EuGRZ 1995, 530 (Rn. 51) (López Ostra).

¹⁶ Mit Rücksicht auf die Common-law-Staaten lässt der EGMR auch ungeschriebenes Recht bzw. Gewohnheitsrecht genügen, soweit es in den jeweiligen Ländern als Gesetz anerkannt wird, EGMR, EuGRZ 1979, 386 (Rn. 46 ff.) (Sunday Times). Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 7 ff.

¹⁷ Nicht zu verwechseln ist der EGMR mit dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), einem Organ der Europäischen Union. Die Entscheidungen des EGMR sind im Internet in deutscher Sprache teilweise unter <http://www.egmr.org> zu finden; aktuelle Entscheidungen im Volltext finden sich auf der offiziellen Homepage: <http://echr.coe.int>.

von sieben Richtern vorbehalten (Art. 29 EMRK). Wirft eine Beschwerde hingegen schwerwiegende Fragen der Auslegung der Konvention auf, entscheidet die mit 17 Richtern besetzte **Große Kammer**, die auch als Rechtsmittelinstanz gegen die Urteile der Kammern fungiert (Art. 30, 31, 43 EMRK). Der Zugang zum EGMR ist für Staaten und Individuen, d. h. für jedermann, gleichermaßen gewährleistet. Während Art. 33 EMRK die **Staatenbeschwerde** vorsieht, garantiert Art. 34 EMRK die **Individualbeschwerde**. Die weiteren in Art. 35 EMRK geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen spiegeln den Grundsatz der Subsidiarität des Schutzes durch die EMRK wider: Erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe kann der EGMR angerufen werden (Art. 35 Abs. 1 EMRK). Ansonsten sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen denen einer Verfassungsbeschwerde recht ähnlich.¹⁸ Hat ein Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde Erfolg, spricht der EGMR durch **Urteil** die Feststellung der Verletzung der EMRK aus. Das Urteil entfaltet lediglich völkerrechtliche Bindungen; der EGMR kann also nicht selbstständig nationale Gerichtsurteile aufheben oder Gesetze für nichtig erklären. Gem. Art. 46 EMRK sind die Mitgliedstaaten jedoch verpflichtet, die Urteile des EGMR zu befolgen und **Abhilfe** zu schaffen. Ist Abhilfe nicht hinreichend möglich, spricht der EGMR gemäß Art. 41 EMRK die Pflicht zu einer **gerechten Entschädigung** aus.

1026

Eine **Bindung der nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden an die Entscheidungen des EGMR** besteht nach der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG¹⁹ nur in eingeschränkter Form. Aus Art. 1 EMRK i. V. m. Art. 20 Abs. 3, Art. 59 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG folgt zwar die Pflicht, die Entscheidungen des EGMR zu berücksichtigen. Die Texte und Entscheidungen müssen zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess einfließen. Dabei sind aber die rechtsstaatliche Kompetenzordnung sowie die Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) weiterhin maßgeblich. Eine **Berücksichtigung** kommt nur **im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung** in Betracht, wobei auch die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung einzubeziehen sind. Insbesondere dann, wenn es um den Ausgleich verschiedener Grundrechtspositionen geht, verbietet sich ein schematischer Vollzug. Das BVerfG nimmt für sich in Anspruch, die „richtige“ Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR am Maßstab der Grundrechte i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG zu überprüfen.²⁰ Davon unberührt bleibt die Bindung deutscher Behörden und Gerichte an die EMRK als solche. Dabei können die Bestimmungen der EMRK auch die Grundrechte des Grundgesetzes begrenzen.²¹ Als Normen im Rang von einfachem Bundesrecht, können sie als einfach-gesetzliche Schranke für deutsche Grundrechte wirken, soweit sich ihnen eine solche Beschränkung in hinreichender Deutlichkeit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR entnehmen lässt.

¹⁸ Vgl. im Einzelnen *Meyer-Ladewig/Kulick*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017, Art. 34 Rn. 4 ff.

¹⁹ BVerfGE 111, 307 ff. (EGMR-Würdigung); 128, 326 ff. (Sicherungsverwahrung).

²⁰ BVerfGE 111, 307 (322 ff.) (EGMR-Würdigung); 120, 180 (210) (Caroline von Monaco III); 128, 326 (366 ff.) (Sicherungsverwahrung).

²¹ BVerfGE 120, 180 (200, 202) (Caroline von Monaco III). Vgl. *Payandeh*, JuS 2009, 212 ff.

BVerfGE 111, 307 (323 ff.) (EGMR-Würdigung): „Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hängt von dem jeweiligen Zuständigkeitsbereich der staatlichen Organe und des einschlägigen Rechts ab. Verwaltungsbehörden und Gerichte können sich nicht unter Berufung auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte von der rechtsstaatlichen Kompetenzordnung und der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) lösen. **Zur Bindung an Gesetz und Recht gehört aber auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung.** Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische ‚Vollstreckung‘ können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen. (...) Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofs haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um ein in seinen Rechtsfolgen ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will. (...)

Für die verfassungsgerichtliche Nachprüfung der Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Verträge, die durch Gesetz die Kraft innerstaatlichen deutschen Rechts erhalten haben, gelten dieselben Grundsätze, die auch sonst die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts, Gerichtsentscheidungen zu überprüfen, begrenzen. (...) **Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen.** Das Bundesverfassungsgericht steht damit mittelbar im Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts und vermindert dadurch das Risiko der Nichtbefolgung internationalen Rechts. Aus diesem Grund kann es geboten sein, abweichend von dem herkömmlichen Maßstab die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch die Fachgerichte zu überprüfen. Dies gilt in besonderem Maße für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, die dazu beiträgt, eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung zu fördern. Das Grundgesetz weist mit Art. 1 Abs. 2 GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser ist in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt. ‚Berücksichtigen‘ bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt. Die Konventionsbestimmung muss in der Auslegung des Gerichtshofs jedenfalls in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, das Gericht muss sich zumindest gebührend mit ihr auseinander setzen. (...) Dabei wird es immer auch von Bedeutung sein, wie sich die Berücksichtigung der Entscheidung im System des jeweiligen Rechtsgebietes darstellt. Auch auf der Ebene des Bundesrechts genießt die Konvention nicht automatisch Vorrang vor anderem Bundesrecht, zumal wenn es in diesem Zusammenhang nicht bereits Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofs war. **Vor diesem Hintergrund muss es jedenfalls möglich sein, gestützt auf das einschlägige Grundrecht, in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu rügen,**

staatliche Organe hätten eine Entscheidung des Gerichtshofs missachtet oder nicht berücksichtigt. Dabei steht das Grundrecht in einem engen Zusammenhang mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vorrang des Gesetzes, nach dem alle staatlichen Organe im Rahmen ihrer Zuständigkeit an Gesetz und Recht gebunden sind.“

1027**Hinweis zur Fallbearbeitung:**

Diese neuere Rechtsprechung des BVerfG bietet die Möglichkeit, eine verfassungsrechtliche Arbeit mit Problemen der EMRK anzureichern. Ein verfassungsrechtliches Problem stellt sich danach immer dann, wenn die Gerichte und Verwaltungsbehörden entweder Entscheidungen des EGMR außer Acht lassen oder unzureichend in ihre Erwägungen einstellen. Ein verfassungsrechtliches Problem stellt sich aber auch, wenn Entscheidungen „schematisch“ und in mit den Grundrechten nicht zu vereinbarender Weise nachvollzogen werden. In Klausuren ist eine derartige Themenstellung zumindest im Pflichtfachbereich wohl nur mit zahlreichen Hinweisen im Sachverhalt denkbar.²² In Hausarbeiten kommt hingegen eine Verzahnung von nationalen Grundrechten und EMRK durchaus in Betracht. Denkbar ist es auch, zivil- oder verwaltungsrechtliche Arbeiten um die Problematik der Bindung an Entscheidungen des EGMR zu ergänzen. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt im nationalen Recht – die Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) in Verbindung mit den Grundrechten – sollte deshalb bekannt sein.

III. Unionsgrundrechte

1028**Fall 30: Preisabsprachen**

Die Hoechst AG ist ein Unternehmen der chemischen Industrie, welches u. a. verschiedene Kunststoffe herstellt. Der EU-Kommission, die gemäß Art. 105 Abs. 1 AEUV mit der Überwachung des Wettbewerbs betraut ist, sind glaubwürdige Informationen zugetragen worden, wonach Hoechst gemeinsam mit weiteren Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten Preisabsprachen getroffen hat. Derartige Preisabsprachen verstoßen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV. Die Kommission ordnet daraufhin durch Entscheidung auf der Grundlage des Art. 20 der Verordnung Nr. 1/2003 eine Nachprüfung bei Hoechst an. In der Entscheidung begründet die Kommission zwar ihren Verdacht; wesentliche Einzelheiten insbesondere über die Tragweite und Herkunft der Informationen fehlen jedoch ebenso wie genaue Angaben über die bei der Nachprüfung gesuchten Informationen. Die Hoechst AG

²² Eine entsprechende Fallbearbeitung steht zum Download unter <http://www.volker-epping.de/> (Rubrik „Falllösungen zum Grundrechte-Buch“) bereit.

weigert sich, der Nachprüfung zuzustimmen. Daraufhin erwirkt die Kommission unter Einhaltung aller nationalen Anforderungen einen richterlichen Durchsuchungsbefehl des zuständigen Amtsgerichts Frankfurt, auf dessen Grundlage die nationalen Polizeibehörden zusammen mit der Kommission die Nachprüfung zwangsweise durchführen. Die Hoechst AG sieht sich durch die Nachprüfung in ihren Grundrechten – insbesondere auf Unverletzlichkeit der Wohnung und Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse – verletzt. Sie erhebt deshalb Klage vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG). Wird die Klage Erfolg haben?

Art. 20 Verordnung Nr. 1/2003 (Nachprüfungsbefugnisse der Kommission)

(1) Die Kommission kann zur Erfüllung der ihr durch diese Verordnung übertragenen Aufgaben bei Unternehmen und Unternehmensvereinigungen alle erforderlichen Nachprüfungen vornehmen.

(2) Die mit den Nachprüfungen beauftragten Bediensteten der Kommission und die anderen von ihr ermächtigten Begleitpersonen sind befugt,

a) alle Räumlichkeiten, Grundstücke und Transportmittel von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zu betreten;

b) die Bücher und sonstigen Geschäftsunterlagen, unabhängig davon, in welcher Form sie vorliegen, zu prüfen; (...)

(6) Stellen die beauftragten Bediensteten der Kommission und die anderen von ihr ermächtigten Begleitpersonen fest, dass sich ein Unternehmen einer nach Maßgabe dieses Artikels angeordneten Nachprüfung widersetzt, so gewährt der betreffende Mitgliedstaat die erforderliche Unterstützung, gegebenenfalls unter Einsatz von Polizeikräften oder einer entsprechenden vollziehenden Behörde, damit die Bediensteten der Kommission ihren Nachprüfungsauftrag erfüllen können.

(7) Setzt die Unterstützung nach Absatz 6 nach einzelstaatlichem Recht eine Genehmigung eines Gerichts voraus, so ist diese zu beantragen. (...)

(8) Wird die in Absatz 7 genannte Genehmigung beantragt, so prüft das einzelstaatliche Gericht die Echtheit der Entscheidung der Kommission sowie, ob die beantragten Zwangsmaßnahmen nicht willkürlich und, gemessen am Gegenstand der Nachprüfung, nicht unverhältnismäßig sind. (...) Die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung ist dem Gerichtshof vorbehalten.

Fall vereinfacht nach EuGH, Slg. 1989, 2859 ff. (Hoechst)

Während der Grundrechtsschutz durch die EMRK den Grundrechtsschutz des Grundgesetzes ergänzt, stellt der Grundrechtsschutz durch europäische Unionsgrundrechte eine echte Ausdehnung des grundrechtlichen Schutzes dar. Die **Notwendigkeit von Unionsgrundrechten** ergibt sich aus den Besonderheiten der Europäischen Union. Durch die Ausstattung mit eigenen Organen, die rechts- und

geschäftsfähig sind, mit eigenen, ihr von den Mitgliedstaaten übertragenen Kompetenzen und durch die Schaffung einer eigenständigen Rechtsordnung vermag es die Union, für ihre Bürger unmittelbar Rechte und Pflichten zu begründen, ohne dass es einer weiteren Mitwirkung der Mitgliedstaaten bedarf.²³ Daraus folgt aber auch, dass europäische Rechtsakte nicht unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit nationalem Recht – auch nicht nationalem Verfassungsrecht – stehen können.²⁴ Andernfalls wäre die einheitliche Geltung des Unionsrechts nicht gewährleistet. Gegenüber nationalem Recht genießen das europäische Primärrecht, d. h. die Verträge über die Europäische Union, und das Sekundärrecht, d. h. Verordnungen, Richtlinien sowie andere Handlungsformen der EU (Art. 288 AEUV), daher einen uneingeschränkten **Anwendungsvorrang**: Nationales Recht, welches in Widerspruch zum Unionsrecht steht, kann nicht angewendet werden.²⁵ Dies gilt auch für die Grundrechte des Grundgesetzes; diese binden die Europäische Union nicht.

1030

Dieser Befund, der Überprüfung von europäischen Rechtsakten am Maßstab nationaler Grundrechte grundsätzlich ausschließt, bedeutet jedoch nicht, dass das europäische Recht frei von jeder grundrechtlichen Bindung auf die Rechte der Unionsbürger einwirken könnte. Ein solcher Zustand wäre weder aus verfassungspolitischer noch aus rechtstaatlicher Sicht akzeptabel und würde der deutschen Mitgliedschaft in der Europäischen Union ihre verfassungsrechtliche Grundlage entziehen.²⁶ Denn gemäß **Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG** wirkt die Bundesrepublik bei der Verwirklichung der Europäischen Union nur dann mit, wenn diese einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz bietet. Gelten aber die nationalen Grundrechte auf Grund des Anwendungsvorrangs nicht und sollen gleichzeitig europäische Rechtsakte nicht von grundrechtlichen Bindungen freigestellt werden, müssen auf europäischer Ebene Unionsgrundrechte garantiert werden. Denn es gilt, dass Hoheitsakte der Europäischen Union mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen sind.²⁷ Hiervon macht das BVerfG **zwei Ausnahmen**, in denen unionsrechtliche Akte einer Überprüfung am Maßstab des Grundgesetzes unterzogen werden können. Bereits seit der Entscheidung zum Vertrag von Maastricht kann eine kompetenzrechtlich orientierte sog. **Ultra-vires-Kontrolle** durchgeführt werden, ob „Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten.“²⁸ Hinzugetre-

²³ EuGH, Slg. 1963, I (Rn. 10) (van Gend & Loos); 1964, 1141 (Rn. 8) (Costa/ENEL).

²⁴ EuGH, Slg. 1964, 1141 (Rn. 12) (Costa/ENEL); Slg. 1970, 1125 (Rn. 3) (Internationale Handelsgesellschaft); Slg. 1978, 629 (Rn. 17/18) (Simmenthal II).

²⁵ St. Rspr. des EuGH (s. Fn. 23) und des BVerfG (BVerfGE 73, 339 [375] [Solange II]; 123, 267 [400 ff.] [Lissabon]; 126, 286 [301] [Honeywell]). Vgl. *Vedder*, in: ders./Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2011, Art. 288 Rn. 50 ff. und die Erklärung Nr. 17 zum Vorrang, die dem Vertrag von Lissabon beigefügt ist. Diese Erklärung ist nach Völkerrecht als Auslegungshilfe heranzuziehen (Art. 31 Abs. 2 lit. b der Wiener Vertragsrechtskonvention).

²⁶ BVerfGE 37, 271 (279 f.) (Solange I) zu Art. 24 GG.

²⁷ BVerfGE 140, 317 (334 f.) (Identitätskontrolle); BVerfG, NJW 2016, 2473 (2477 f.) (OMT).

²⁸ BVerfGE 89, 155 (188) (Vertrag von Maastricht); 123, 267 (353 f.) (Vertrag von Lissabon); 126, 286 (303 f.) (Honeywell); 134, 366 (382 ff.) (OMT-Vorlage); BVerfG, NJW 2016, 2473 (2478 ff.) (OMT).

ten ist nunmehr die materiellrechtlich begründete sog. **Identitätskontrolle**, also die Überprüfung eines Unionsrechtsakts darauf, ob er die deutsche Verfassungsidentität berührt. Mit dem Begriff der Verfassungsidentität bezeichnet das BVerfG die in Art. 23 Abs. 1 S. 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestalteten Grundsätze, die den Anwendungsvorrang des Unionsrechts begrenzen. Der in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG niedergelegte Grundsatz, dass deutscher Grundrechtsschutz nicht eingreift, gilt nicht, wenn im Einzelfall feststellbar ist, dass durch einen unionsrechtlichen Akt der unabdingbare Schutz aus Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG verletzt würde. Diese Identitätskontrolle soll sicherstellen, dass der unabdingbare Grundrechtsschutz auch auf unionsrechtlicher Ebene zum Tragen kommt, wenn deutsche Hoheitsträger Unionsakte ausführen. Insbesondere kommt die Verfassungsidentität zur Anwendung, wenn Unionsrechtsakte die Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG verletzen.

BVerfGE 140, 317 (336 ff.) (Identitätskontrolle): „Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird im Wesentlichen durch die in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt (aa). Zu deren Sicherstellung dient die Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht (bb).

aa) Soweit Maßnahmen eines Organs oder einer sonstigen Stelle der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit den in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätzen geschützte Verfassungsidentität berühren, gehen sie über die grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit hinaus. Auf einer primärrechtlichen Ermächtigung kann eine derartige Maßnahme nicht beruhen, weil auch der mit der Mehrheit des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG in Verbindung mit Art. 79 Abs. 2 GG entscheidende Integrationsgesetzgeber der Europäischen Union keine Hoheitsrechte übertragen kann, mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge. Auf eine Rechtsfortbildung zunächst verfassungsmäßiger Einzelermächtigungen kann sie ebenfalls nicht gestützt werden, weil das Organ oder die Stelle der Europäischen Union damit *ultra vires* handelte.

bb) **Im Rahmen der Identitätskontrolle ist zu prüfen, ob die durch Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze durch eine Maßnahme der Europäischen Union berührt werden.** Diese Prüfung kann – wie der Solange-Vorbehalt oder die Ultra-vires-Kontrolle – im Ergebnis dazu führen, dass Unionsrecht in Deutschland in eng begrenzten Einzelfällen für unanwendbar erklärt werden muss. Um zu verhindern, dass sich deutsche Behörden und Gerichte ohne weiteres über den Geltungsanspruch des Unionsrechts hinwegsetzen, verlangt die europarechtsfreundliche Anwendung von Art. 79 Abs. 3 GG zum Schutz der Funktionsfähigkeit der unionalen Rechtsordnung und bei Beachtung des in Art. 100 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens aber, dass die Feststellung einer Verletzung der Verfassungsidentität dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten bleibt. Dies wird auch durch die Regelung des Art. 100 Abs. 2 GG unterstrichen, nach der bei Zweifeln, ob eine allgemeine Regel des Völkerrechts Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt, das Bundesverfassungsgericht angerufen werden muss. Mit der Identitätskontrolle kann das Bundesverfassungsgericht auch im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) befasst werden. (...)

3. Zu den Schutzgütern der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt sind, gehören die Grundsätze des Art. 1 GG, also die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1

Satz 2 GG), aber auch der in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt.

4. Die in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG für integrationsfest erklärten Schutzgüter dulden auch keine Relativierung im Einzelfall. Dies gilt insbesondere mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG. Die Menschenwürde stellt den höchsten Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung dar. Ihre Achtung und ihr Schutz gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes, denen auch der in der Präambel und in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG zum Ausdruck kommende Integrationsauftrag und die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes Rechnung tragen müssen. Vor diesem Hintergrund gewährleistet das Bundesverfassungsgericht im Wege der Identitätskontrolle den gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz uneingeschränkt und im Einzelfall.

5. Die strengen Voraussetzungen für eine Aktivierung der Identitätskontrolle schlagen sich in erhöhten Zulässigkeitsanforderungen an entsprechende Verfassungsbeschwerden nieder. Es muss im Einzelnen substantiiert dargelegt werden, inwieweit im konkreten Fall die durch Artikel 1 GG geschützte Garantie der Menschenwürde verletzt ist.“

1. Entwicklung und Begründung der Unionsgrundrechte

1031 Den ersten Schritt zur Schaffung von Unionsgrundrechten ging der Europäische Gerichtshof (EuGH), der gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV mit der Wahrung des Rechts betraut ist, schon 1969. In einer Randbemerkung der Stauder-Entscheidung spricht der EuGH von „**allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung**, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat“ und aus denen sich Grundrechte der Person ergeben können.²⁹ In der Folgezeit präziserte der EuGH seine diesbezügliche Rechtsprechung immer weiter und baute den Grundrechtsschutz schrittweise zu einem umfassenden, aber naturgemäß nicht kodifizierten System aus. Die dogmatische Grundlage für Unionsgrundrechte entnahm der EuGH den **gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten** einerseits und der **EMRK** andererseits, die insofern als **Rechtserkenntnisquellen** dienen.³⁰ Die Vorgehensweise des EuGH lässt sich als „wertende Rechtsvergleichung“ beschreiben; zum Unionsgrundrecht wird das, was sich nach einer rechtsvergleichenden Umschau als die beste Lösung erweist.³¹ Diese Rechtsprechung ist seit der Vertragsrevision von Maastricht im Jahr 1992 in **Art. 6 Abs. 3 EUV** festgeschrieben.

1032 Das **BVerfG** stand dieser Rechtsentwicklung zunächst skeptisch gegenüber. In seinem **Solange-I-Beschluss** von 1971 bemängelte das BVerfG insbesondere das seinerzeitige Fehlen eines kodifizierten Grundrechkatalogs, dessen Garantien der Bürger zuverlässig einfordern kann: *Solange* auf europäischer Ebene kein adäquater Grundrechtsschutz gewährleistet sei, behalte sich das BVerfG im Widerspruch zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor, europäisches Recht am Maßstab der Grundrechte zu überprüfen und bei einem Verstoß gegen Grundrechte für un-

²⁹ EuGH, Slg. 1969, 419 (Rn. 7) (Stauder).

³⁰ EuGH, Slg. 1970, 1125 (Rn. 4) (Internationale Handelsgesellschaft); Slg. 1974, 491 (Rn. 13) (Nold); Slg. 1979, 3727 (Rn. 15) (Hauer).

³¹ *Kingreen*, JuS 2000, 857 (859).

anwendbar zu erklären.³² 1986 nahm das BVerfG dann die Kehrtwende vor: In seinem **Solange-II-Beschluss** erkannte das BVerfG an, dass im Unionsrecht mittlerweile ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen sei, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im Wesentlichen gleichzuachten sei.³³ *Solange* daher auf Unionsebene der wirksame Schutz der Grundrechte generell verbürgt sei, übe das BVerfG seine im *Solange-I-Beschluss* postulierte Prüfungskompetenz nicht mehr aus.³⁴ Grundrechtsschutz werde allein durch den EuGH gewährleistet. Im **Maastricht-Urteil**³⁵ hat das BVerfG sein Verhältnis zum EuGH dahingehend konkretisiert, dass es seine Rechtsprechung in einem „Kooperationsverhältnis“ ausübe. Diese Rechtsprechung gilt – ergänzt durch die Möglichkeit der Identitätskontrolle³⁶ – fort.³⁷ Nur wenn der europäische Grundrechtsschutz generell und nicht bloß im Einzelfall unter das unabdingbare Maß absinkt, kommt eine Prüfung durch das BVerfG in Betracht. Das alles muss im Rahmen einer Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG oder einer Verfassungsbeschwerde im Einzelnen dargelegt werden, was angesichts des erreichten Stands allenfalls eine theoretische Möglichkeit darstellt.³⁸ Soweit allerdings bei der Umsetzung von Unionsrecht in nationales Recht Umsetzungsspielräume bestehen, übt das BVerfG seine Prüfungskompetenz in vollem Umfang aus.³⁹ Denn insoweit geht es um die Kontrolle nationaler Rechtssetzung.

BVerfGE 102, 147 (161 ff.) (Bananenmarktordnung): „Der Senat hatte in seiner Entscheidung vom 29. Mai 1974 – 2 BvL 52/71 – (**BVerfGE 37, 271 – Solange I** –) in tatsächlicher Hinsicht das Ergebnis gewonnen, der Integrationsprozess der Gemeinschaft sei noch nicht so weit fortgeschritten, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthalte, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat sei. Aus diesem Grunde erachtete er die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren nach Einholung der im damals geltenden Art. 177 EWGV geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für zulässig und geboten, wenn das Gericht die entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert.

2. a) Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 22. Oktober 1986 – 2 BvR 197/83 – (**BVerfGE 73, 339 – Solange II** –) entschieden, mittlerweile sei im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaften ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im Wesentlichen gleich zu achten sei. Es bestünden keine durchgreifenden Anhaltspunkte dafür, dass der erreichte gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsstandard nicht hinreichend gefestigt und lediglich vorübergehender Natur sei. Der Senat hat ausgehend von einzelnen

³² BVerfGE 37, 271 (280) (*Solange I*).

³³ BVerfGE 73, 339 (378) (*Solange II*).

³⁴ BVerfGE 73, 339 (387) (*Solange II*).

³⁵ BVerfGE 89, 155 (174) (*Maastricht*).

³⁶ Vgl. Rn. 1030, 177a.

³⁷ BVerfGE 118, 79 (95) (*Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*); 121, 1 (15) (*Einstweilige Anordnung Vorratsdatenspeicherung*); 123, 267 (335) (*Lissabon*).

³⁸ BVerfGE 102, 147 (162 f.) (*Bananenmarktordnung*). Vgl. Rn. 177.

³⁹ BVerfGE 113, 273 (300 f.) (*Europäischer Haftbefehl*); 118, 79 (95 ff.) (*Treibhausgas-Emissionsberechtigungen*).

Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs Feststellungen zum Grundrechtsstandard auf europäischer Ebene getroffen, der vor allem durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften inhaltlich ausgestaltet worden, gefestigt und zu reichend gewährleistet sei. (...) Der Senat hat zusammenfassend festgestellt: Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen. Vorlagen (von Normen des sekundären Gemeinschaftsrechts an das Bundesverfassungsgericht) nach Art. 100 Abs. 1 GG sind deshalb unzulässig.

b) Hieran hat der Senat auch im **Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155)** festgehalten. Der Senat betont dort, das Bundesverfassungsgericht gewährleiste durch seine Zuständigkeit in Kooperation mit dem Europäischen Gerichtshof, dass ein wirksamer Schutz der Grundrechte für die Einwohner Deutschlands auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell sichergestellt und dieser dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten sei, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürge. Das Bundesverfassungsgericht sichere so diesen Wesensgehalt auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft. Der Europäische Gerichtshof sei unter den Voraussetzungen, die der Senat in BVerfGE 73, 339 – Solange II – formuliert hat, auch für den Grundrechtsschutz der Bürger der Bundesrepublik Deutschland gegenüber Akten der nationalen (deutschen) öffentlichen Gewalt, die auf Grund von sekundärem Gemeinschaftsrecht ergehen, zuständig. Das Bundesverfassungsgericht werde erst und nur dann im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit wieder tätig, wenn der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsstandard verlassen sollte, den der Senat in BVerfGE 73, 339 (378 bis 381) festgestellt hat.

c) **Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG** (eingefügt durch Gesetz vom 21. Dezember 1992 – BGBl I S. 2086 –) hat diese Rechtsprechung bekräftigt. Die Bundesrepublik Deutschland wirkt hiernach zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Ein deckungsgleicher Schutz in den einzelnen Grundrechtsbereichen des Grundgesetzes durch das europäische Gemeinschaftsrecht und die darauf fußende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist nicht gefordert. Den verfassungsrechtlichen Erfordernissen ist entsprechend den in BVerfGE 73, 339 (340, 387) genannten Voraussetzungen genügt, wenn die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt.

d) **Sonach sind auch nach der Entscheidung des Senats in BVerfGE 89, 155 Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II-Entscheidung (BVerfGE 73, 339 [378 bis 381]) unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei.** Deshalb muss die Begründung der Vorlage eines nationalen Gerichts oder einer Verfassungsbeschwerde, die eine Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend macht, im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist. Dies

erfordert eine Gegenüberstellung des Grundrechtsschutzes auf nationaler und auf Gemeinschaftsebene in der Art und Weise, wie das Bundesverfassungsgericht sie in BVerfGE 73, 339 (378 bis 381) geleistet hat.“

2. Europäische Grundrechtecharta

Eine erhebliche Verstärkung erfährt der Grundrechtsschutz auf Unionsebene seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 durch die Europäische Grundrechtecharta (GR-Charta), die im selben Rang wie die primärrechtlichen Unionsverträge steht (Art. 6 Abs. 1 EUV). Die GR-Charta enthält beginnend mit der Menschenwürdegarantie insgesamt **50 Grund- bzw. Menschenrechte**, die die Bereiche Freiheit, Gleichheit, Bürgerrechte, justizielle Rechte und – über das Grundgesetz hinaus – Solidarität abdecken. Manche der Vorschriften haben eher programmatischen Charakter (vgl. nur Art. 36–38 GR-Charta); andere sind hingegen schon sprachlich als echte Grundrechte zu erkennen. Bei der Auslegung der GR-Charta sind gemäß Art. 52 Abs. 7 GR-Charta die diesbezüglichen Erläuterungen,⁴⁰ in denen die Quellen der Bestimmungen angegeben sind, gebührend zu berücksichtigen. Damit kommt den Erläuterungen der Charakter einer primärrechtlich angelegten Interpretationshilfe zu. Entsprechendes gilt für die bisherige Rechtsprechung des EGMR (Art. 52 Abs. 3 GR-Charta).

Die GR-Charta **bindet alle Organe und Einrichtungen der Union** sowie die **Mitgliedstaaten, soweit diese Unionsrecht „durchführen“** (Art. 51 Abs. 1 GR-Charta). Dies bedeutet, dass die GR-Charta die mitgliedstaatlichen Organe bei der Ausführung oder Umsetzung eines auf Grundlage von Unionsrecht initiierten Aktes sowie bei der Einschränkung von unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten verpflichtet. Die Mitgliedstaaten müssen daher im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln. Was das genau bedeutet, ist noch nicht abschließend geklärt. In seinem Urteil in der Rechtssache **Åkerberg Fransson** hat der EuGH entschieden, dass die EU-Grundrechte im gesamten Geltungsbereich des Unionsrechts zur Anwendung kommen, und zwar auch dann, wenn die nationalen Rechtsvorschriften nicht zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen wurden.⁴¹ Danach würde ein eher abstrakter Bezug eines Sachverhalts zum Unionsrecht – im Fall Åkerberg Fransson genügte dem EuGH eine rein nationalrechtlich begründete Sanktionsregelung bei Verstößen gegen steuerliche Pflichten angesichts genereller Regelungen zur Steuererhebung in Europa – ausreichen, um die Anwendbarkeit der GR-Charta zu rechtfertigen. Dem ist das BVerfG in seinem Urteil zur Antiterrordatei entgegengetreten. Es betont zu Recht, dass für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der GR-Charta niedergelegten Grundrechte **nicht schon jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder**

1033

1034

⁴⁰ ABl. EU 2007/C 303/02 vom 14.12.2007, S. 17 ff.

⁴¹ EuGH, ECLI:EU:C:2013:105 (Åkerberg Fransson) mit Anmerkung Hoffmann/Kollmar, DVBl. 2013, 717 ff.

rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses genügen.⁴² Der EuGH hat seine Åkerberg-Fransson-Rechtsprechung seitdem nicht wiederholt und eine bloß abstrakte Berührung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts in mehreren Fällen nicht ausreichen lassen.⁴³ Insbesondere hat er im Fall **Hernández** betont, die GR-Charta sei unanwendbar, „wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine bestimmten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren fraglichen Sachverhalt schaffen“. Daher könne „allein der Umstand, dass eine nationale Maßnahme in einen Bereich fällt, in dem die Union über Zuständigkeiten verfügt, diese Maßnahme nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts bringen und somit zur Anwendbarkeit der Charta führen.“⁴⁴ Dem ist zuzustimmen. **In den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt eine nationale Maßnahme nur dann, wenn und soweit bestimmte unionsrechtlich begründete Verpflichtungen bestehen.**

BVerfGE 133, 277 (316) (Antiterrordatei): „Der Europäische Gerichtshof ist danach für die aufgeworfenen – ausschließlich die deutschen Grundrechte betreffenden – Fragen nicht gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 GG. Nichts anderes kann sich aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Åkerberg Fransson ergeben. Im Sinne eines kooperativen Miteinanders zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof darf dieser Entscheidung keine Lesart unterlegt werden, nach der diese offensichtlich als Ultra-vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung in Frage stellte. Insofern darf die Entscheidung nicht in einer Weise verstanden und angewendet werden, nach der für eine Bindung der Mitgliedstaaten durch die in der Grundrechtecharta niedergelegten Grundrechte der Europäischen Union jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche. Vielmehr führt der Europäische Gerichtshof auch in dieser Entscheidung ausdrücklich aus, dass die Europäischen Grundrechte der Charta nur in „unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden“.“

3. Funktionen und Struktur der Unionsgrundrechte

- 1035** Funktionen und Struktur der Unionsgrundrechte ähneln im Wesentlichen denen der nationalen Grundrechte. Auch die Unionsgrundrechte gewähren **Abwehr- und Leistungsrechte** gleichermaßen, wobei der Schwerpunkt der Rechtsprechung bislang auf den Abwehrrechten lag. Leistungsrechte sind vor allem in Form von Verfahrensrechten, etwa dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 47 GR-Charta), zu finden. Ob die Unionsgrundrechte auch ein Recht auf Schutz beinhalten, war

⁴² Vgl. zu dieser Problematik v. *Danwitz*, EuGRZ 2013, 353 ff.; *Gärditz*, JZ 2013, 633 ff.; *Ohler*, NVwZ 2013, 243 ff.; *Thym*, NVwZ 2013, 889 ff.

⁴³ EuGH, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (Hernández); C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 (Dano).

⁴⁴ EuGH, C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 (Hernández).

bislang ungeklärt.⁴⁵ Durch die GR-Charta werden nunmehr einige Grundrechte ausdrücklich mit Schutzverpflichtungen ausgestattet (z. B. Art. 8, 24, 30 GR-Charta); auch Art. 1 S. 2 GR-Charta, der sich erkennbar an Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG anlehnt, scheint eine **Schutzpflichtdimension** der Unionsgrundrechte zu positivieren.⁴⁶

Strukturell lässt sich die Grundrechtsprüfung in die bekannten Schritte **Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung** gliedern. Der persönliche Schutzbereich der Unionsgrundrechte umfasst dabei grundsätzlich alle natürlichen und juristischen⁴⁷ Personen. Der Grundrechtsschutz ist dabei nicht auf Unionsbürger (Art. 20 Abs. 1 AEUV) bzw. in der Europäischen Union ansässige juristische Personen begrenzt. Vielmehr werden auch Drittstaatsangehörige mit einem qualifizierten Bezug zur Union (etwa dem Wohnsitz: Art. 42 ff. GR-Charta) erfasst.⁴⁸ Dem stehen als Grundrechtsverpflichtete die Union und ihre Organe sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht gegenüber (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GR-Charta). Die Frage der **Bindung Privater** an die Unionsgrundrechte ist ähnlich zu beantworten wie im nationalen Verfassungsrecht: Eine unmittelbare Bindung trifft ausschließlich Beliehene, die unmittelbar unionsrechtliche Hoheitsgewalt ausüben. Hingegen kann eine **mittelbare Bindung** über die Schutzpflichtdimension der Unionsgrundrechte dazu führen, dass deren Ausstrahlungswirkung bei der Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Normen zu beachten ist. Die Einschränkung der einzelnen Grundrechte richtet sich – ungeachtet spezieller Schranken in den einzelnen Grundrechten (Art. 8 Abs. 2, Art. 17 Abs. 1 S. 2 GR-Charta) – nach dem **allgemeinen Schrankenvorbehalt** in Art. 52 Abs. 1 GR-Charta. Nach diesem muss die Einschränkung der Grundrechte durch ein Gesetz vorgesehen sein; der Wesensgehalt des jeweiligen Rechts ist zu achten. Darüber hinaus zwingt Art. 52 Abs. 1 S. 2 GR-Charta zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ferner Art. 52 Abs. 3 f. GR-Charta, der eine **materielle Synchronisierung** der Grundrechte der Charta mit den EMRK-Bestimmungen und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen vorsieht. Hieraus können sich Modifizierungen des jeweiligen Schutzbereichs des Unionsgrundrechts ergeben. Zu einer Absenkung des bisher auf europäischer oder mitgliedstaatlicher Ebene garantierten Schutzniveaus darf dies aber nicht führen (Art. 53 GR-Charta).

1036

⁴⁵ Andeutungen in diese Richtung finden sich in EuGH, Slg. 1991, I-4007 (Rn. 23) (Stichting). Vgl. *Suerbaum*, Die Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 38 (2003), 390 ff.

⁴⁶ *Jarass*, GR-Charta, Art. 51 Rn. 49; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 26 ff.; *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern, GR-Charta, Art. 51 Rn. 19.

⁴⁷ So schon EuGH, Slg. 1970, 1125 (Rn. 4 ff.) (Internationale Handelsgesellschaft). Jedoch ist auch dies jeweils durch Auslegung des jeweiligen Grundrechts zu bestimmen; eine dem Art. 19 Abs. 3 GG entsprechende Regelung sieht die GR-Charta gerade nicht vor, vgl. *Borowsky*, in: Meyer, GR-Charta, 3. Aufl. 2010, Rn. 35.

⁴⁸ Vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 Rn. 51 ff.

4. Rechtsschutz

- 1037** Der Schutz der Unionsgrundrechte wird durch die Unionsgerichtsbarkeit – den Gerichtshof (EuGH), das Gericht (EuG) und die Fachgerichte (Art. 19 EUV) – sowie durch die nationalen Gerichte sichergestellt, die in einem Kooperationsverhältnis zueinander stehen und gemeinsam den Schutz der Unionsgrundrechte zur Aufgabe haben.⁴⁹ Das europäische Rechtsschutzsystem teilt sich in **Direktklagen** (insbesondere die Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 AEUV und die Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV) einerseits sowie andererseits das **Vorabentscheidungsverfahren** (Art. 267 AEUV) auf. Eine Direktklage vor einem Unionsgericht ist zumeist dann statthaft, wenn eine Grundrechtsverletzung durch Unionsrechtsakte bzw. deren Unterlassen in Rede steht, die unmittelbar Rechte und Pflichten des Einzelnen begründen. Dies sind gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV die Verordnung und gemäß Art. 288 Abs. 4 AEUV der Beschluss. Demgegenüber ist Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten zu suchen, wenn ein Unionsrechtsakt wie insbesondere die Richtlinie gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV der Umsetzung bzw. Durchführung durch nationale Stellen bedarf. Anzugreifen ist in diesen Fällen jeweils der nationale Umsetzungs- bzw. Durchführungsakt. Hat das angerufene nationale Gericht Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der zu Grunde liegenden europäischen Vorschrift mit den Unionsgrundrechten, muss es das Verfahren aussetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richten.

Hinweis zur Fallbearbeitung:

In der Fallbearbeitung kann auf das klassische Schema der deutschen Grundrechte⁵⁰ zurückgegriffen werden. Zunächst sollte, wenn eine Verletzung von Grundrechten bei der Durchführung des Unionsrechts in Frage kommt, die kodifizierte Grundrechtecharta in den Blick genommen werden.

Werden darüber hinaus noch – dies ist angesichts der Regelungsbreite der GR-Charta und der Residualfunktion der allgemeinen Grundsätze allerdings kaum noch denkbar – die Rechtserkenntnisquellen aus Art. 6 Abs. 3 EUV einbezogen, ist bei der Prüfung des Schutzbereichs zunächst kurz zur Anwendung von Grundrechten im Unionsrecht begründet Stellung zu nehmen. Ein Verweis auf Art. 6 Abs. 3 EUV und die Methode des „wertenden Rechtsvergleichs“ dürfte hierbei grundsätzlich ausreichend sein. Als Rechtserkenntnisquellen sollten zumindest das entsprechende deutsche Grundrecht sowie das Recht aus der EMRK, in Hausarbeiten zusätzlich möglichst viele weitere Grundrechte auch anderer EU-Mitgliedsstaaten angegeben werden. Keinesfalls darf eine Prüfung unmittelbar auf die Rechte aus den EU-Mitgliedsstaaten bzw. aus der EMRK abstellen, da die Union an diese Rechte – auch an die EMRK mangels des bislang noch nicht erfolgten Beitritts der EU, den aber Art. 6 Abs. 2 EUV vorsieht – (bislang) nicht unmittelbar gebun-

⁴⁹ EuGH, Slg. 2002, I-6677 (Rn. 39 ff.) (Unión de Pequeños Agricultores).

den ist. Die Prüfung von Schutzbereich und Eingriff kann entsprechend der EuGH-Rechtsprechung großzügig erfolgen. Ausreichend Raum ist hingegen auf die Prüfung der Eingriffsrechtfertigung zu verwenden. Neben einer Begründung für die Gemeinwohlschranke (EMRK, nationale Regelungen) sollte eine ausführliche Abwägung aller Belange vorgenommen werden.

IV. Europäische Grundfreiheiten

Fall 31: Clinique

Die Firma Estée Lauder Cosmetics GmbH ist eine deutsche Tochtergesellschaft des amerikanischen Unternehmens Estée Lauder, die von diesem Unternehmen hergestellte kosmetische Mittel u. a. in Kaufhäusern und Drogeriemärkten vertreibt. Diese Erzeugnisse werden in Europa seit vielen Jahren unter der Bezeichnung „Clinique“ verkauft, außer in Deutschland, wo sie seit ihrer Einführung im Jahre 1972 unter der Bezeichnung „Linique“ vertrieben wurden. Zur Verringerung der durch diese unterschiedliche Bezeichnung verursachten Verpackungs- und Werbekosten beschloss das Unternehmen, auch die für den deutschen Markt bestimmten Erzeugnisse unter der Marke „Clinique“ zu vertreiben. Der Verband Sozialer Wettbewerb e. V., gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klageberechtigter Verein, erhebt daraufhin Klage vor dem zuständigen Landgericht Berlin. Der Verein stützt die Klage auf § 3 UWG und auf § 27 LFGB (jeweils Verbot irreführender Angaben), um in der Bundesrepublik Deutschland die Verwendung der Marke „Clinique“ untersagen zu lassen, da diese dazu führen könne, dass die Verbraucher den in Frage stehenden Erzeugnissen zu Unrecht medizinische Wirkungen beimäßen. Nach Auffassung des mit dem Rechtsstreit befassten Landgerichts Berlin wäre durch eine Meinungsumfrage Beweis darüber zu erheben, ob diese Bezeichnung bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher tatsächlich eine Irreführung hervorrufe. Das Gericht stellt jedoch fest, dass diese Beweiserhebung überflüssig wäre, wenn das Verbot der in Frage stehenden Bezeichnung eine rechtswidrige Beschränkung des Handels in der Union darstellte. Es ist der Auffassung, diese Frage mache eine Auslegung des EU-Vertrags erforderlich, und hat dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt: „Stehen die Art. 34, 36 AEUV der Anwendung einer nationalen Vorschrift über den unlauteren Wettbewerb entgegen, die es erlaubt, die Einfuhr und den Vertrieb eines in einem anderen europäischen Land rechtmäßig vertriebenen kosmetischen Produkts mit der Begründung zu untersagen, durch den Produktnamen „Clinique“ würden die Verbraucher irregeführt, wenn dieses Produkt unter

1038

⁵⁰ Vgl. Rn. 27.

diesem Namen in anderen Ländern der Europäischen Union rechtmäßig und unbeanstandet vertrieben wird?“

Ist die Vorlage zulässig? Was wird der EuGH auf die Vorlagefrage antworten?

Fall nach EuGH, Slg. 1994, I-317 (Clinique)

1039 Neben den Unionsgrundrechten finden sich im Unionsrecht die Grundfreiheiten des Binnenmarkts (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV). Ihrer Rechtsnatur nach sind die Grundfreiheiten grundsätzlich zwar keine Grundrechte,⁵¹ also keine Sicherungen natürlicher Freiheit gegen staatliche Beschränkungen. Die Grundfreiheiten sind vielmehr die **Rechte des Marktbürgers**, die ihm mit dem Ziel der Verwirklichung des Binnenmarktes eingeräumt sind. Sie stehen in der Entwicklungsgeschichte, die zunächst auf wirtschaftliche Integration abzielte, vor der Etablierung der europäischen Grundrechte. Es geht weniger um Individualschutz als um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes. Daraus folgte eine wesentliche Beschränkung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten: Nur wenn ein Verhalten den Binnenmarkt überhaupt berührt, also ein grenzüberschreitender transnationaler Sachverhalt vorliegt, sind die Grundfreiheiten einschlägig.⁵² Vor dem Hintergrund des Inkrafttretens der Grundrechtecharta hat der EuGH diese ursprüngliche Mindestvoraussetzung der Grundfreiheiten – das grenzüberschreitende Element – aber zunehmend abgeschwächt. Der **Unionsbürgerschaft** des Art. 20 Abs. 1 AEUV sei dazu bestimmt, der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu sein; sie stehe dem einzelnen Unionsbürger daher auch gegenüber dem Herkunftsmitgliedstaat zu.⁵³ Ihr sei daher ein „Kernbestand“ von Rechten zu entnehmen, die unabhängig von einem grenzüberschreitendem Bezug sei. Hierzu gehöre insbesondere die auf der Grenzlinie zwischen Grundrechten (Art. 45 GRCh) und Grundfreiheiten (Art. 21 AEUV) liegende Freizügigkeit, der der EuGH verschiedene Rechte entnommen hat.⁵⁴ In Bezug auf die aus der Freizügigkeit fließenden Rechte verzichtet der EuGH inzwischen auf das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts und nähert die Grundfreiheiten den europäischen Grundrechten erheblich an.⁵⁵

1040 Die Grundfreiheiten lassen sich systematisch in **Waren-, Personen- und Kapitalverkehrsfreiheiten** gliedern. Die Warenverkehrsfreiheiten bestehen aus den Verboten von Ein- und Ausfuhrbeschränkungen (Art. 34, 35 AEUV), die Personenverkehrsfreiheiten aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

⁵¹ Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 16.

⁵² EuGH, Slg. 1992, I-323 (Rn. 7) (Brea/Palacios); Slg. 1995, I-301 (Rn. 9) (Aubertin).

⁵³ EuGH, C-523/11, ECLI:EU:C:2013:524 (Prinz).

⁵⁴ Etwa EuGH, Slg. 2001, I-6193 (Rn. 31) (Grzelczyk); Slg. 2002, I-7091 (Baumbast); Slg. 2005, I-2119 (Bidar).

⁵⁵ Vgl. EuGH, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 (Ruiz Zambrano); allgemein dazu Gündel, in: Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter, Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 2, 2014, § 2 Rn. 1 ff.

und die Kapitalverkehrsfreiheiten aus der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) und der Freiheit des Zahlungsverkehrs (Art. 63 Abs. 2 AEUV).⁵⁶ Gemeinsam umfassen die Grundfreiheiten alle wesentlichen marktbezogenen Verhaltensweisen.

1. Struktur der Grundfreiheiten

In der Rechtsprechung des EuGH haben die Grundfreiheiten eine in ihren Grundzügen einheitliche Struktur erhalten.⁵⁷ In der Fallbearbeitung ist das von den Grundrechten her bekannte dreistufige Schema heranzuziehen.

1041

a) Schutzbereich

Auf der Ebene des Schutzbereichs ist nach dem räumlichen, persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich zu unterscheiden. In **räumlicher Hinsicht** ist auf Grund der Intention der Grundfreiheiten ein grenzüberschreitender Sachverhalt zu fordern. Auf rein interne Sachverhalte finden die Grundfreiheiten zwar grundsätzlich keine Anwendung. Zu beachten ist aber, dass der EuGH schon aus der Unionsbürgerschaft sowie der Freizügigkeit (Art. 20, 21 AEUV) einen Grundbestand an Rechten folgert, der nicht mehr von einem grenzüberschreitendem Sachverhalt abhängig ist. Damit erstreckt die Freizügigkeit den räumlichen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten hinsichtlich des Kernbestandes auch auf rein interne Sachverhalte. In **persönlicher Hinsicht** unterscheiden sich die Schutzbereiche der Grundfreiheiten: Während die Waren- und die Kapitalverkehrsfreiheiten nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, setzen die Personenverkehrsfreiheiten grundsätzlich die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates voraus (vgl. etwa Art. 45 Abs. 2 AEUV). In **sachlicher Hinsicht** umschreiben die Schutzbereiche der einzelnen Grundfreiheiten ihren jeweiligen Gegenstand. Wie die Grundrechte haben auch die Grundfreiheiten eine abwehr- und eine leistungsrechtliche Dimension. Während die **abwehrrechtliche Dimension** vor allem im Verbot von Diskriminierungen und Beschränkungen durch staatliches Handeln zum Ausdruck kommt, schützt die **leistungsrechtliche Dimension** vor Diskriminierungen und Beschränkungen durch Private. Der Staat ist verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz der Grundfreiheiten gegenüber Dritten zu ergreifen.⁵⁸ Ob die Grundfreiheiten Private unmittelbar verpflichten, also unmittelbare Drittwirkung entfalten, ist zweifelhaft, auch wenn der EuGH insbesondere im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit dann von einer grundsätzlichen Bindung Privater ausgeht, wenn sich der einzelne Arbeitnehmer einer Verbandsmacht ausgesetzt sieht.⁵⁹

1042

⁵⁶ Vgl. zu den einzelnen Schutzbereichen etwa Ehlers, Jura 2001, 482 ff.; Cremer, Jura 2015, 39 ff.

⁵⁷ Zur sog. Konvergenz der Grundfreiheiten Steinberg, EuGRZ 2002, 13 ff.

⁵⁸ EuGH, Slg. 1997, I-6959 (Rn. 30 ff.) (Frankreich); Slg. 2003, I-5659 (Rn. 57 ff.) (Schmidberger).

⁵⁹ EuGH, Slg. 2000, I-2549 ff. (Bosmann); weitergehend EuGH, Slg. 2000, I-4139 (Rn. 36) (Angonese); zu Recht ablehnend Ehlers, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 57 ff.

b) Eingriff

- 1043** Die Grundfreiheiten bieten Schutz in zwei Richtungen: Einerseits – dies ergibt sich regelmäßig schon aus dem Wortlaut – schützen die Grundfreiheiten vor Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit.⁶⁰ EU-Ausländer dürfen folglich gegenüber Inländern nicht schlechter gestellt werden (Prinzip der **Inländergleichbehandlung**). Nach Ansicht des EuGH reicht diese Wirkung als Diskriminierungsverbot jedoch nicht aus. Vielmehr können auch diskriminierungsfreie Maßnahmen den Zielen des Binnenmarktes widersprechen, indem sie den freien Verkehr von Waren, Personen und Kapital erschweren oder sogar unmöglich machen. Eine an der Effektivität orientierte, teleologische Auslegung führt daher zur Auslegung der Grundfreiheiten als **Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote**.⁶¹ Sowohl Diskriminierungen als auch Beschränkungen sind Eingriffe, die der Rechtfertigung bedürfen.

c) Rechtfertigung

- 1044** Die Grundfreiheiten unterliegen **geschriebenen und ungeschriebenen Schranken**. Geschriebene Schrankenregelungen sind in Bezug auf jede einzelne Grundfreiheit im Vertrag zu finden (vgl. Art. 36, 45 Abs. 3, Art. 52, 62, 64, 65 AEUV). Diese Schrankenregelungen, die für Diskriminierungen wie Beschränkungen gleichermaßen gelten, sind zumeist bereits textlich eng gefasst. Auf Grund ihres Charakters als Ausnahmenvorschriften legt der EuGH die Schrankenregelungen zusätzlich eng aus.⁶² Zusammen mit der weiten Auslegung der Schutzbereiche als Beschränkungsverbote führt diese Zurückhaltung auf Schrankenebene zu minimalen Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten. Der EuGH hat darauf reagiert, indem er neben den geschriebenen Schranken eine ungeschriebene Schranke anerkannt hat. **Beschränkungen und versteckte (faktische) Diskriminierungen**,⁶³ nicht aber offene Diskriminierungen,⁶⁴ sind nach der Cassis-Formel dann gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden.⁶⁵ Als zwingende Erfordernisse anerkannt sind zumindest die in Art. 3 EUV und den Kompetenzbestimmungen genannten Ziele der Union. Dies sind etwa der Umwelt-, Gesundheits-, Verbraucher- und Arbeitnehmerschutz sowie der Schutz kollidierender Unionsgrundrechte.⁶⁶ Mit dem Erfordernis der Notwendigkeit ist zudem die wesentliche Schranken-Schranke angesprochen, die auch für Eingriffe auf der Grundlage geschriebener Schranken gilt: Notwendig ist ein Eingriff in eine Grundfreiheit

⁶⁰ Die Grundfreiheiten sind *leges speciales* zum allg. Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV.

⁶¹ EuGH, Slg. 1974, 837 (Rn. 5) (Dassonville) für die Warenverkehrsfreiheiten; Slg. 1995, I-4921 (Rn. 96) (Bosman) für die Arbeitnehmerfreizügigkeit; Slg. 1995, I-4165 (Rn. 37) (Gebhard) für die Niederlassungsfreiheit; Slg. 1974, 1299 (Rn. 10 ff.) (van Binsbergen) für die Dienstleistungsfreiheit; Slg. 2002, I-4781 (Rn. 40 f.) (Frankreich) für die Kapitalverkehrsfreiheiten.

⁶² EuGH, Slg. 1981, 1625 (Rn. 7 f.) (Irland).

⁶³ Dazu Gündel, Jura 2001, 79 (82).

⁶⁴ Ausnahmen gibt es nach der Rechtsprechung bei im Vertrag besonders hervorgehobenen Zielen, vgl. EuGH, Slg. 1992, I-4431 (Rn. 33 f.) (Wallonische Abfälle); Slg. 2001, I-2099 (Rn. 69 ff.) (PreussenElektra).

⁶⁵ EuGH, Slg. 1979, 649 (Rn. 8) (Cassis de Dijon); Slg. 1997, I-3689 (Rn. 8) (Familiapress).

⁶⁶ EuGH, Slg. 2003, I-5659 (Rn. 70 ff.) (Schmidberger).

nur, wenn er im Hinblick auf das verfolgte Ziel **verhältnismäßig**, d. h. geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁶⁷

2. Rechtsschutz

Rechtsschutz in Bezug auf die Grundfreiheiten wird grundsätzlich in gleicher Weise wie in Bezug auf die Unionsgrundrechte gewährt.⁶⁸ Im Unterschied zu den Unionsgrundrechten sind allerdings hauptsächlich nationale Regelungen an den Grundfreiheiten zu messen, obgleich auch die Union selbst an die Grundfreiheiten gebunden ist.⁶⁹ Daher ist Rechtsschutz zunächst vor den nationalen Gerichten zu suchen, die die Grundfreiheiten als unmittelbar geltendes Recht zum Maßstab ihrer Prüfung machen müssen. Zweifelsfälle sind dem EuGH gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. a) AEUV zur **Vorabentscheidung** vorzulegen.

1045

⁶⁷ Deutlich etwa EuGH, Slg. 2001, I-837 (Rn. 30 f.) (Mac Quen).

⁶⁸ Vgl. Rn. 1037.

⁶⁹ EuGH, Slg. 2001, I-5901 (Rn. 37) (Schwarzkopf).

1046

Prüfung der Grundfreiheiten

1. Anwendbarkeit

Gibt es eine speziellere Norm im Gemeinschaftsrecht (Sekundärrecht)?

Wenn ja, sind die Grundfreiheiten subsidiär.

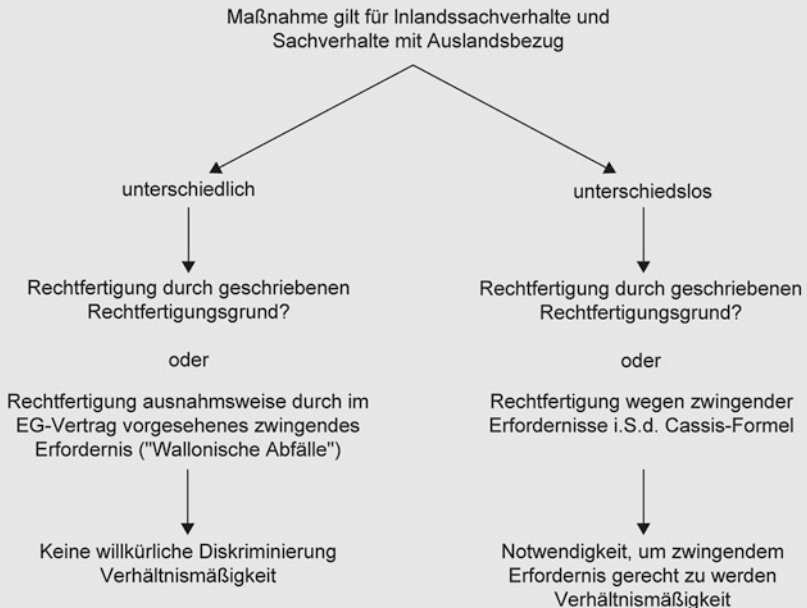
2. Schutzbereich

- Grenzüberschreitender Sachverhalt
- Erfüllung der Tatbestandsmerkmale in persönlicher und sachlicher Hinsicht

3. Beeinträchtigung des Schutzbereichs

- Diskriminierung oder Beschränkung
- durch eine staatliche Maßnahme

4. Rechtfertigung der Beeinträchtigung



Sachverzeichnis

A

- Abstammung, 830
 siehe auch Differenzierungsverbote, besondere
- Abwägungslehre, 241
 siehe auch Allgemeine Gesetze
- Abwehrrechte, 14
 siehe auch Eingriffsabwehrrechte
- Aggressiv kämpferische Haltung, 894, 1015
- Allgemeine Gesetze, 240 ff.
 Abwägungslehre, 241
 Ansicht des BVerfG, 243
 Sonderrechtslehre, 242
 Übersicht, 244
- Allgemeine Handlungsfreiheit, 546 ff.
 allgemeine Verhaltensfreiheit, 560
 Auffanggrundrecht, 578
 Ausländer, 583 ff.
 Bagatellen, 568
 Elfes-Urteil, 550
 erweiterter Eingriffsbegriff, 567
 Konkurrenzen, 577 f.
 Kritik, 557 f.
 Persönlichkeitskerntheorie, 549
 Rechte anderer, 574
 Reiten-im-Walde-Beschluss, 557
 Schutzzumfang, 560
 Sittengesetz, 575
 verfassungsmäßige Ordnung, 555, 571 ff.
 Vertragsfreiheit, 562 ff.
 siehe auch dort
 Vorbehalt des Gesetzes, 553
 siehe auch dort
- Allgemeine Verhaltensfreiheit, 560
 siehe auch Allgemeine Handlungsfreiheit
- Allgemeiner Justizgewährungsanspruch, 926
 siehe auch Rechtsschutzgarantie
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht, 623 ff.
 als Leistungsrecht, 653 f.
- Heimlichkeit, 711
- Intimsphäre, 629, 648
- juristische Personen, 627 f.
- Konkurrenzen, 658
- Privatautonomie, 645
- Privatsphäre, 629
- Rasterfahndung, 708
- Recht am eigenen Bild, 631
- Recht am eigenen Wort, 631
- Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, 637 ff., 646, 650, 652, 659, 673
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung, 634 f., 650 f., 695
- Resozialisierung, 645
- Schutzplichten, 654
- Sexualsphäre, 643
- sexuelle Selbstbestimmung, 643 f., 610
- Sozialsphäre, 629, 648
- Übersicht Eingriffsrechtfertigung, 649
- Volkszählungsurteil, 635, 651
- Analogieverbot, 968 f.
 siehe auch Nulla poena sine lege
- Arbeitszwang, 424
- Asylrecht, 1001 ff.
 politische Verfolgung, 1003 ff.
 sicherer Drittstaat, 1009
 sicherer Herkunftsstaat, 1010
- Auffanggrundrecht, 578
 siehe auch Allgemeine Handlungsfreiheit
- Ausbürgerung, 997 ff.
- Ausgestaltung, 431 ff.
 siehe auch Normgeprägte Grundrechte
- Ehe- und Familie, 504
- Eigentumsfreiheit, 434 ff.
- Erziehungsrecht der Eltern, 519 ff.
- gesetzlicher Richter, 932
- Grenzen der Ausgestaltung, 439
- Koalitionsfreiheit, 905

Die Ziffern beziehen sich auf die Randnummern

rechtliches Gehör, 943 ff.
 Rechtsschutzgarantie, 919 ff.
 Umgestaltung, 442
 Vereinigungsfreiheit, 891
 Verhältnis zum Eingriff, 440
 Verhältnismäßigkeit, 439
 Ausländer, Grundrechtsschutz, 583 ff.
 Auslandsgeltung der Grundrechte, 341 f.
 Auslieferung, 1000
 Ausreisefreiheit, 746
 siehe auch Freizügigkeit

B

Beamte im Sonderstatusverhältnis, 697 ff.
 Behinderung, 837
 siehe auch Differenzierungsverbote, besondere
 Berufsbild, 416
 Berufsfreiheit, 374 ff.
 Beruf, 378 f.
 Berufsausübung, 384, 411
 Berufsbildfixierung, 416
 Berufswahl, 384, 412
 Drei-Stufen-Theorie, 409 ff.
 siehe dort
 einheitlicher Schutzbereich, 381
 negative Berufsfreiheit, 383
 objektiv berufsregelnde Tendenz, 399 f.
 Prüfung der Verhältnismäßigkeit, 647 ff.
 Regelungsvorbehalt, 403
 staatliche gebundene Berufe, 389
 Wahl der Ausbildungsstätte, 386
 Wahl des Arbeitsplatzes, 385
 Wettbewerbsfreiheit, 387
 Berufsregelnde Tendenz, 399 f.
 siehe auch Berufsfreiheit
 Beschwerdebefugnis, 178 ff.
 eigene Betroffenheit, 183 f.
 gegenwärtige Betroffenheit, 184
 Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, 179
 unmittelbare Betroffenheit, 186
 Besonderes Gewaltverhältnis, 697 ff.
 siehe Sonderstatusverhältnis
 Betriebs- und Geschäftsräume, 666 ff.
 Nachschau, 674 ff.
 siehe auch Wohnung, Schutz der
 Beurteilungsspielraum, 921
 siehe auch Rechtsschutzgarantie
 Blinkfuer-Entscheidung, 221, 352
 siehe auch Meinungsfreiheit
 Bremer Klausel, 540
 Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, 687 ff.
 Briefgeheimnis, 690
 Fernmeldegeheimnis, 694
 G 10, 705
 Postgeheimnis, 691 ff.
 Schutzpflicht, 696
 Verhinderung der Kommunikation, 701

C

Computergrundrecht, 637 ff.
 siehe auch Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

D

Datenschutz, 634 ff.
 Denkmalschutz, 488
 Derivative Leistungsrechte, 18, 770 f.
 siehe auch Leistungsrechte
 numerus-clausus-Entscheidung, 772
 Deutsche, 585
 Differenzierungsklauseln, 906
 Differenzierungsverbote, besondere, 822 ff.
 Abstammung, 830
 Behinderung, 837
 Geschlecht, 829
 siehe auch Gleichbehandlung von Männern und Frauen
 Glaube, 835
 Heimat, 833
 Herkunft, 834
 politische Anschauung, 836
 Rasse, 831
 Rechtfertigung der Ungleichbehandlung, 838
 Sprache, 832
 Doppelgrundrecht
 Religions- und Weltanschauungsfreiheit, 304
 Vereinigungsfreiheit, 865 ff.
 Drei-Stufen-Theorie, 409 ff.
 Berufsausübung, 411
 objektive Zulassungsvoraussetzungen, 414
 subjektive Zulassungsvoraussetzungen, 413
 Übersicht, 418
 Verhältnismäßigkeit, 417 ff.
 Drittwirkung der Grundrechte, 344 ff.
 siehe auch unmittelbare bzw. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte
 Durchsuchung, 670 ff., 677, 681
 siehe auch Wohnung, Schutz der

E

EGMR, 1025
 siehe auch Europäische Menschenrechtskonvention
 Ehe und Familie, Schutz von, 502 ff.
 Abwehrrecht, 510
 als besonderer Gleichheitssatz, 511
 Ausgestaltung, 514
 Begriff der Ehe, 505
 Begriff der Familie, 506
 Diskriminierungsgebot, 509
 Erziehungsrecht der Eltern, 516 ff.
 siehe auch dort
 Institutsgarantie der Ehe, 508
 Lebenspartnerschaft, 509
 Schutzpflichten, 508

- Ehrenschutz, 248, 609, 631
Eigentumsfreiheit, 427 ff.
 Abgrenzung zur Berufsfreiheit, 456
 als Abwehrrecht, 444
 als Einrichtungsgarantie, 429 ff.
 Ausgestaltung, 434 ff.
 ausgleichspflichtige Inhalts- und
 Schrankenbestimmungen, 486 ff.
 Bestandsgarantie, 443
 Definition, 447 ff.
 Enteignung, 469 ff.
 siehe auch dort
 Inhalts- und Schrankenbestimmungen, 462 ff.
 siehe auch dort
 Nassauskiesungsbeschluss, 427, 443, 450, 477
 Normprägung, 433 ff.
 siehe auch Normgeprägte Grundrechte
 Nutzung, 455
 öffentlich-rechtliche Positionen, 451 ff.
 Prüfungsschema, 500 f.
 Recht am eingerichteten und ausgeübten
 Gewerbebetrieb, 450
 Salvatorische Klauseln, 488
 Situationsgebundenheit des Eigentums, 483
 Sozialbindung, 481 f.
 Sozialisierung, 460, 478, 498
 Sozialversicherung, Ansprüche aus der, 453
 Vermögen, 448
Eingriff
 Bagatellen, 568
 durch staatliche Genehmigung, 394
 erweiterter Eingriffsbegriff, 393 ff., 567
 Gefährdungsschwelle, 124
 klassischer Eingriffsbegriff, 392
 objektiv berufsregelnde Tendenz, 399 f.
 Verhältnis zur Ausgestaltung, 440
 Vorbehalt des Gesetzes beim erweiterten
 Eingriffsbegriff, 407
 Zurechnung, 394
Eingriffsabwehrrechte, 14
 Privatrecht, 354 ff.
 siehe auch dort
 Prüfungsschema, 27, 42
Einrichtungsgarantie, 429 ff.
 siehe auch Institutsgarantie
Einzelfallgesetzes, Verbot des, 69 f.
Elfes-Urteil, 550, 746
Eltern, 518
 siehe auch Erziehungsrecht der Eltern
Enteignender Eingriff, 496
Enteignung, 469 ff.
 siehe auch Inhalts- und
 Schrankenbestimmungen
 Administrativenteignung, 491
 Höhe der Entschädigung, 497
 Junktimklausel, 496
 Legalenteignung, 491
 Rechtfertigung, 489 ff.
 Übersicht, 475
Enteignungsgleicher Eingriff, 477, 496
Erbrecht, 457 ff.
 als Abwehrrecht, 459
 siehe auch Eingriffsabwehrrechte
 als Institutsgarantie, 458
 siehe auch Einrichtungsgarantie
Erziehungsrecht der Eltern, 516 ff.
 Ausgestaltung, 524
 Begriff der Eltern, 518
 Erziehung, 519
 Kindeswohl, 520, 526
 Pflege, 519
 religiöse Kindererziehung, 519
 Religionsunterricht, 541 f.
 Trennung von Eltern und Kind, 528
 Wächteramt des Staates, 525
Esra-Urteil, 292
EU-Bürger, Grundrechtsschutz, 583 ff.
EuGH
 als gesetzlicher Richter, 939
 Grundrechtsschutz, 1028 ff.
Europäische Menschenrechtskonvention
 (EMRK), 1020 ff.
EGMR, 1025
Gewährleistungen, 1023 f.
Prüfung einer Verletzung, 1027
Rang der EMRK, 1021
Ewigkeitsgarantie (Art. 79 Abs. 3 GG), 73, 591,
 915
 negative Bewegungsfreiheit, 720
 Untersuchungshaft, 687, 733
 Verbot körperlicher und seelischer
 Misshandlung, 723 ff.
 Verfahren bei der Freiheitsentziehung, 735 ff.
 Verhältnis von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und
 Art. 104 GG, 719, 741
F
Familie, 502 ff.
 siehe auch Ehe und Familie, Schutz von
Fernmeldegeheimnis, 694
 siehe auch Brief-, Post- und
 Fernmeldegeheimnis
Filmfreiheit, 234
 siehe auch Rundfunk- und Filmfreiheit
Folter, 115, 607, 725
Forschung, 285
 siehe auch Wissenschaftsfreiheit
Frauenquoten, 851
 siehe auch Gleichbehandlung von
 Männern und Frauen
Freiheit der Person, 713 ff.
 Freiheitsbeschränkungen, 726
 Freiheitsentziehungen, 727
 Konkurrenzen, 758
 körperliche Bewegungsfreiheit, 717
 lebenslange Freiheitsstrafe, 732
Freiheitlich demokratische Grundordnung, 1014
 siehe auch Verfassungsmäßige Ordnung

Freiheitsrechte

Übersicht zu den Funktionen, 17

Freizügigkeit, 742 ff.

Aufenthalt, 743

Ausreise, 746

Auswanderung, 746

Einreise, 746

Einwanderung, 746

Gesetz i. S. v. Art. 11 Abs. 2 GG, 748

Gesetzgebungskompetenz, 749

Konkurrenzen, 758

legitime Zwecke des einschränkenden
Gesetzes, 751

Wohnsitz, 743

G

G 10, 705

Gemeinschaftsgrundrechte

siehe Unionsgrundrechte

Geschlecht, 829

*siehe auch Differenzierungsverbote,
besondere*

Gesetzlicher Richter, 929 ff.

EuGH, 939

Geschäftsverteilungs- und Mitwirkungspläne,
935

Normprägung, 932

Willkür, 937

Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität
informationstechnischer Systeme, 637 ff.,
646, 650, 652, 659, 673

Gewerbebetrieb, eingerichteter und ausgeübter,
450

siehe auch Eigentumsfreiheit

Gewerkschaft, 899

siehe auch Koalitionsfreiheit

Gewissensfreiheit, 325 ff.

Begriff, 328

gewissensgeleitetes Handeln, 329

Kriegsdienstverweigerung, 330

Glaube, 835

*siehe auch Differenzierungsverbote,
besondere*

Glaubensfreiheit, 308

*siehe auch Religions- und
Weltanschauungsfreiheit*

Gleichbehandlung von Männern und Frauen,
842 ff.

Chancengleichheit, 850

Ergebnisgleichheit, 850

Förderungspflicht des Staates, 848 f.

Frauenquoten, 851

kollidierendes Verfassungsrecht, 847

Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem,
787 f.

Gleichheitsrechte, 765 ff.

als Abwehrrechte, 770

als derivative Leistungsrechte, 770

siehe auch dort

Differenzierungsverbote, besondere, 822 ff.
siehe auch dort

Folgen eines Gleichheitsverstößes, 856 ff.

Gleichbehandlung von Männern und Frauen,
842 ff.

siehe auch dort

Gleichbehandlung von wesentlich
Ungleichem, 787 f.

Gleichheit im Unrecht, 791

Prüfungsschema, 776, 860 f.

Rechtsanwendungsgleichheit, 769

Rechtsetzungsgleichheit, 769

Selbstbindung der Verwaltung, 791

Übersicht Funktionen der Gleichheitsrechte,
20

Ungleichbehandlung, 778 ff., 825 ff.
siehe auch dort

Ungleichbehandlungen, Rechtfertigung von,
794 ff.

siehe auch dort

Gleichheitssatz

allgemeiner Gleichheitssatz, 768 ff.

besonderer, 511, 821 ff., 854 f.

*siehe auch Differenzierungsverbote,
besondere*

staatsbürgerliche Rechte und Pflichten, 855

Grundfreiheiten, europäische, 1038 ff.

Prüfung, 1041 ff.

Grundrechte

als derivative Leistungsrechte, 18, 697 f.
siehe auch dort

als Eingriffsabwehrrechte, 14
siehe auch dort

als Einrichtungsgarantien, 429 ff.
siehe auch dort

als Gestaltungsrechte, 21

als Gleichheitsrechte, 765 ff.

siehe auch dort

als Leistungsrechte, 15 ff., 141 ff.

als objektive Wertordnung, 15, 348

als originäre Leistungsrechte, 16, 597
siehe auch dort

als Schutzpflichten, 122 ff.

siehe auch dort

als Verfahrensrechte, 16

siehe auch dort

Geschichte, 1 ff.

objektiv-rechtliche Dimension, 11

subjektiv-rechtliche Dimension, 12, 137 ff.,
594 f.

Übersicht Funktionen der Freiheitsrechte, 17

Übersicht Funktionen der Gleichheitsrechte,
20

Übersicht Grundrechtsbindung des Staates,
356

vorbehaltlose, 78 ff.

Grundrechtecharta, 1033 f.

siehe auch Unionsgrundrechte

Grundrechtsberechtigung

gemischter Unternehmen, 160
juristischer Personen, 156 ff.
 siehe auch dort
natürlicher Personen, 154 f.
öffentlicher Unternehmen, 161
Parteien, 159
Sonderstatusverhältnis, 697 ff.
Grundrechtsgleiche Rechte, 10
Grundrechtskonkurrenzen, 258 ff.
 allgemeine Handlungsfreiheit, 577 ff.
 allgemeines Persönlichkeitsrecht, 658
 Brief-, Post-, Fernmeldegeheimnis, 695
 effektiver Rechtsschutz, 920 ff., 926
 Freizügigkeit und Freiheit der Person, 758
 Idealkonkurrenz, 261
 Kommunikationsgrundrechte, 208 ff.
 Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, 293
 Logische Spezialität, 267
 Menschenwürde, 602 ff.
 Normative Spezialität, 266
 Rechtliches Gehör, 943 ff.
 Vereinigungsfreiheit, 864 ff., 874, 879, 881
Grundrechtsmündigkeit, 173
Grundrechtsverpflichtete, 337 ff.
Grundrechtsverzicht, 111 ff.
 Menschenwürde, 616

H

Habeas Corpus, 3, 713
Heimat, 833
 siehe auch Differenzierungsverbote, besondere
Heimlichkeit staatlicher Maßnahmen, 711
Herkunft, 834
 siehe auch Differenzierungsverbote, besondere
Horizontalwirkung der Grundrechte, 344 ff.
 siehe auch Unmittelbare Drittwirkung

I

Informationelle Selbstbestimmung, 634 f., 650 f., 695
 siehe auch Allgemeines Persönlichkeitsrecht
Informationsfreiheit, 223 ff.
 allgemein zugängliche Quellen, 224
Inhalts- und Schrankenbestimmungen, 462 ff.
 siehe auch Enteignung
 Ausgleichspflicht, 486 ff.
 Denkmalschutzentscheidung, 488
 Pflichtexemplarentscheidung, 487
 Rechtfertigung, 480 ff.
 Übergangsbestimmungen, 485
 Übersicht, 475
 Vertrauensschutz, 484
Inkorporierte Artikel der WRV, 297
Institutionelle Garantie, 429 ff.
Institutsgarantie, 429 ff.

Begriff, 430
Ehe und Familie, 505
Eigentumsfreiheit, 429 ff.
Erbrecht, 458
Privatschulfreiheit, 544
Religionsunterricht, 538
Vertragsfreiheit, 564
subjektives Recht, 432

J

Jugendschutz, 247, 755
Junktimklausel, 496
 siehe auch Enteignung
Juristische Personen, 156 ff., 303
 Begriff, 158
 des öffentlichen Rechts, 161 ff., 931, 946
 des Privatrechts, 158 f.
 des Privatrechts im (teilweisen) Besitz der öffentlichen Hand, 160
 Doppelgrundrecht, 304, 866 f.
 grundrechtstypische Gefährdungslage, 162
 Handwerksinnung, 168
 inländisch, 170
 Kirchen und Religionsgemeinschaften, 165, 324
 öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, 166
 personales Substrat, 163
 Universitäten und Fakultäten, 167
 wesensmäßige Anwendbarkeit, 172
Justizgrundrechte, 911 ff.
 faïres Verfahren, 943, 954
 gesetzlicher Richter, 929 ff.
 siehe auch dort
 ne bis in idem, 976 ff.
 siehe auch dort
 nulla poena sine lege, 959 ff.
 siehe auch dort
 rechtliches Gehör, 943 ff.
 siehe auch dort
 Rechtsschutzgarantie, 914
 siehe auch dort

K

Keine Gleichheit im Unrecht, 791
 siehe auch Gleichheitsrechte
Kernbereich
 bei der Koalitionsfreiheit, 902
 bei der Vereinigungsfreiheit, 878
 bei Eingriffen in die Privatsphäre, 749, 683 f., 707
Kinder
 Kinderrechte, 656
Kirchen, 322 ff.
 siehe auch Staatskirchenrecht
Koalitionsfreiheit, 895 ff.
 Arbeitsbedingungen, 897
 Ausgestaltung, 905
 Gewerkschaft, 899

Kernbereich, 902
 Koalition, 897
 negative Koalitionsfreiheit, 901
 positive Koalitionsfreiheit, 901
 Übersicht Art. 9 GG, 903
 Wirtschaftsbedingungen, 897
 kollidierendes Verfassungsrecht, 77 ff.
 begrenzungstaugliches Verfassungsrecht, 84 ff.
 Begründung, 79 ff.
 bei Grundrechten mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt, 89
 Kritik, 80 f.
 praktische Konkordanz, 91 ff.
 Kommunikationsgrundrechte, 208 ff.
 allgemeine Gesetze, 240 ff.
 siehe auch dort
 Informationsfreiheit, 223 ff.
 siehe auch dort
 Konkurrenzen, 258 ff.
 siehe auch Grundrechtskonkurrenzen
 Meinungsfreiheit, 212 ff.
 siehe auch dort
 Pressefreiheit, 226 ff.
 siehe auch dort
 Rundfunk- und Filmfreiheit, 232 ff.
 siehe dort
 Wechselwirkungslehre, 249 ff.
 Konkurrenzen, 258 ff.
 siehe auch Grundrechtskonkurrenzen
 Körperliche Misshandlung, 724
 Körperliche Unversehrtheit, 104 ff., 107 f.
 Folter, 115, 725
 geringfügige Beeinträchtigungen, 110
 Integrität des Körpers, 107
 psychische Krankheitszustände, 107
 psychisches Wohlbefinden, 108
 Kriegsdienstverweigerung, 330
 kollidierendes Verfassungsrecht, 333
 Kunstfreiheit, 270 ff.
 Dispens von allgemeinen Bestimmungen der Rechtsordnung, 279
 formaler Kunstbegriff, 276
 materialer Kunstbegriff, 275
 offener Kunstbegriff, 275
 Werkbereich, 278
 Wirkbereich, 278

L

Landesgrundrechte, 23
 Lauschangriff, 677 ff., 683 ff.
 siehe auch Wohnung, Schutz der
 großer Lauschangriff, 680, 683
 kleiner Lauschangriff, 679, 685
 betroffene Personen, 684
 Leben, 104 ff., 106, 109
 Polizeilicher Todesschuss, 120
 Recht zum Sterben, 106
 Schutzbereich, 106 f.

Todesstrafe, 115, 121
 Lebenslange Freiheitsstrafe, 732
 Lebenspartnerschaft homosexueller Paare, 509
 Lehre, 286
 siehe auch Wissenschaftsfreiheit
 Leistungsrechte, 15 f.
 siehe auch Originäre Leistungsrechte, Derivative Leistungsrechte, Schutzpflichten, Verfahrensrechte
 allgemeines Persönlichkeitsrecht, 653 f.
 Anspruch auf den gesetzlichen Richter, 936 ff.
 Anspruch auf rechtliches Gehör, 945, 955 ff.
 Asylrecht, 1002
 effektiver Rechtsschutz, 916, 920, 927
 Eigentum und Erbrecht, 432
 in der Fallbearbeitung, 141 ff.
 Menschenwürde, 597
 Mutterschutz, 533
 Petitionsrecht, 994
 Pressefreiheit, 230
 Prüfungsschema, 143
 rechtliches Gehör, 945
 Rechtsschutzgarantie, 916
 Wissenschaftsfreiheit, 288
 Leistungsverwaltung, 406
 siehe auch Vorbehalt des Gesetzes, Parlamentsvorbehalt
 Lüth-Entscheidung, 220, 243, 249, 352
 siehe auch Meinungsfreiheit
 Luftsicherheitsgesetz, 117 f.

M

Maßregeln der Besserung und Sicherung, 963
 Sicherungsverwahrung, 977
 Meinungsfreiheit, 212 ff.
 Blinkfuer-Entscheidung, 221, 352
 Lüth-Entscheidung, 220, 243, 249, 352
 Meinung, 213 f.
 Tatsachen, 213 f.
 Wechselwirkungslehre, 249 ff.
 Zensur, 257
 Menschenwürde, 589 ff.
 als originäres Leistungsrecht, 597
 Ehrenschutz, 609
 siehe auch dort
 Einwilligung des Betroffenen, 616
 Folter, 115, 607, 725
 Inhalt, 602 ff.
 Intimsphäre, 610
 Konkurrenzen, 620
 Objektformel, 604
 postmortaler Persönlichkeitschutz, 600 f.
 Schränkenlosigkeit, 617
 Schutzpflicht, 593, 600 f.
 subjektiv-rechtliche Wirkung, 594 ff.
 Todesstrafe, 115, 121, 607
 unmittelbare Drittwirkung, 591
 verächtliche Behandlung, 605
 Mephistobeschluss, 82, 601

Mindestlohn, 901, 909
 Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, 347 ff.
 Schutzpflicht des Staates, 350 ff.
 Mutterschutz, 533

N

Nachschau, 674 ff.
 siehe auch Wohnung, Schutz der
 Nasciturus, 109, 155
 Nassauskiesungsbeschluss, 427, 443, 450, 477
 Ne bis in idem, 976 ff.
 Freisprüche, 980
 Sicherungsverwahrung, 977
 Tat, 982
 Verfahrenshindernis, 980
 Negative Freiheiten, 313 f., 880 ff.
 negative Bewegungsfreiheit, 720 f.
 negative Koalitionsfreiheit, 901
 negative Meinungsfreiheit, 222
 negative Religions- und
 Weltanschauungsfreiheit, 313 f.
 negative Vereinigungsfreiheit, 880 ff.
 Nichteheliche Kinder, 534
 Nichtraucherchutz, 135
 Normenklarheit, 651, 703
 Normgeprägte Grundrechte, 433 ff.
 Ausgestaltung, 434 ff.
 siehe auch dort
 Nulla poena sine lege, 959 ff.
 Analogieverbot, 968 f.
 Begriff der Strafbarkeit, 963
 Bestimmtheitsgebot, 967
 Maßregeln der Besserung und Sicherung, 963
 Radbruchsche Formel, 974
 Rückwirkungsverbot, 964, 970
 Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 974
 Verjährungsregelungen, 963
 Numerus-clausus-Entscheidung, 772

O

Objektformel
 siehe Menschenwürde
 Objektive Wertordnung, 15, 348
 Objektiv-rechtliche Dimension, 11
 siehe auch Grundrechte
 Online-Durchsuchung, 637 ff., 707 f.
 Originäre Leistungsrechte, 16, 597
 siehe auch Leistungsrechte

P

Parlamentsvorbehalt, 404 ff.
 siehe auch Vorbehalt des Gesetzes
 Leistungsverwaltung, 406
 Pressesubventionen, 406
 Wesentlichkeitstheorie, 405
 Paulskirchenverfassung, 5
 Petitionsrecht, 986 ff.

Politische Anschauung, 836
 siehe auch Differenzierungsverbote, besondere
 Politische Verfolgung, 1003 ff.
 siehe auch Asylrecht
 Polizeilicher Todesschuss, 120
 Postgeheimnis, 691 ff.
 siehe auch Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis
 Postmortaler Persönlichkeitsschutz, 600 f.
 siehe auch Menschenwürde
 Präklusionsnormen, 958
 siehe auch Rechtliches Gehör
 Praktische Konkordanz, 91 ff.
 Pressefreiheit, 226 ff.
 Begriff der Presse, 228 f.
 neue Medien, 229
 Schutz des Inhalts der Presseerzeugnisse, 231
 Pressesubventionen, 406
 siehe auch Vorbehalt des Gesetzes, Parlamentsvorbehalt
 Privatautonomie, 366, 645
 siehe auch Vertragsfreiheit, Allgemeines Persönlichkeitsrecht
 Privatrecht, 135, 343 ff.
 abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte, 354 ff.
 Grundrechtseingriffe durch den Zivilrechtsgesetzgeber, 363 ff.
 Grundrechtseingriffe durch den Zivilrichter, 358 ff.
 mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, 347 ff.
 Umfang der verfassungsgerichtlichen Prüfung, 367 ff.
 unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte, 344 ff., 591
 Privatschulfreiheit, 542 ff.
 Anspruch auf Schutz und Förderung, 544
 institutionelle Garantie, 544
 Privatsphäre, 629
 siehe auch Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis
 Prozessfähigkeit, 173

R

Radbruchsche Formel, 974
 siehe auch Nulla poena sine lege
 Rauchverbot, 135
 Rasse, 831
 siehe auch Differenzierungsverbote, besondere
 Rasterfahndung, 708
 Rechtfertigung von Eingriffen, 42 ff.
 siehe auch Verhältnismäßigkeit, Vorbehalt des Gesetzes, Parlamentsvorbehalt, Zitiiergebot
 Rechtliches Gehör, 943 ff.

Erheblichkeit von Fehlern, 955
 Heilung, 956
 Leistungsrecht, 945
 Präklusionsnormen, 958
 Recht auf Äußerung, 952
 Recht auf Berücksichtigung, 953
 Recht auf Information, 951
 Rechtsschutzgarantie, 914 ff.
 allgemeiner Justizgewährungsanspruch, 926
 Ausgestaltung, 927
 Eröffnung des Rechtsweges, 919
 faïres Verfahren, 943, 954
 Grundrechte als Verfahrensrechte, 925
 siehe auch Verfahrensrechte
 Leistungsrecht, 916
 öffentliche Gewalt, 924
 Rechtsstaatsprinzip, 926
 subjektive Rechte, 923
 Verwaltungsverfahren, 922
 Rechtsstaatsprinzip, 404, 926
 siehe auch Rechtsschutzgarantie
 Regelungsvorbehalt, 334, 382, 403
 Reiten-im-Walde-Beschluss, 557
 siehe auch Allgemeine Handlungsfreiheit
 Religiöses Erziehungsrecht, 519
 Religions- und Weltanschauungsfreiheit, 295 ff.
 Begriff der Religion und der Weltanschauung,
 307
 Bekenntnisfreiheit, 308
 Doppelgrundrecht, 304
 einheitlicher Schutzbereich, 309
 Freiheit der Religionsausübung, 308
 Glaubensfreiheit, 308
 inkorporierte Artikel der WRV, 297
 juristische Personen, 303 ff.
 Kinder und Jugendliche, 299
 Kopftuch, 700
 negative Freiheit, 313 f.
 Religionsunterricht, 536 ff.
 siehe auch dort
 Schranke Art. 136 Abs. 1 WRV, 317 f.
 Schranke kollidierendes Verfassungsrecht,
 320
 Scientology, 307
 Sonderstellung der Religions- und
 Weltanschauungsfreiheit, 306
 Staatskirchenrecht, 322 ff.
 siehe auch dort
 Religionsunterricht, 536 ff.
 Bestimmungsrecht des
 Erziehungsberechtigten, 541
 Bremer Klausel, 540
 Einrichtungsgarantie, 538
 Ethikunterricht, 532
 Islamischer Religionsunterricht, 539
 Resozialisierung, 645
 siehe auch Allgemeines
 Persönlichkeitsrecht
 Rückwirkungsverbot, 964, 970

siehe auch Nulla poena sine lege
 Rundfunk- und Filmfreiheit, 232 ff.
 Film, 234
 Internet, 233
 Rundfunk, 232
 Wochenschau, 234
 Zensur, 257

S

Salvatorische Klauseln, 488
 siehe auch Eigentumsfreiheit
 Schranken
 einfacher Gesetzesvorbehalt, 45
 grundrechtsunmittelbare, 667, 892,
 qualifizierter Gesetzesvorbehalt, 239
 Schrankenlosigkeit der Menschenwürde, 617
 und Auslegung des Schutzbereichs, 551
 verfassungsimmanente Schranken, 77 ff.
 siehe auch Kollidierendes
 Verfassungsrecht
 Schulaufsicht des Staates, 529 ff.
 Schule
 Erziehungsauftrag, 532
 Integration, 532
 Privatschulfreiheit, 542 ff.
 siehe auch dort
 Religionsunterricht, 536 ff.
 siehe auch dort
 Schüler im Sonderstatusverhältnis, 697 ff.
 Schutzbereich, 28
 Bedeutung der Schranken für die Auslegung,
 551
 Schutznormlehre, 137 f.
 Schutzpflichten, 16, 122 ff., 508, 654, 669, 696,
 722
 siehe auch Leistungsrechte
 Abtreibung, 133
 Abwägung, 128 ff.
 Adressat, 136
 Art und Umfang, 126 ff.
 Begründung, 123
 evidente Verfehlung, 127 f.
 Folge einer Verletzung, 139
 Gleichheitsrechte, 773
 in der Fallbearbeitung, 141 ff.
 mittelbare Drittwirkung der Grundrechte,
 350 ff.
 objektive Schutzpflicht, 137
 postmortaler Persönlichkeitsschutz, 600 f.
 Privatrecht, 135, 157 ff., 343 ff.
 siehe auch dort
 subjektives Schutzrecht, 137 f.
 Umwelt- und Technikrecht, 134
 Untermaßverbot, 127 ff.
 Seelische Misshandlung, 724
 Selbstbindung der Verwaltung, 791
 siehe auch Gleichheitsrechte
 Sexuelle Orientierung, 509
 Sicherungsverwahrung, 977

Sittengesetz, 575
 Sonderrechtslehre, 242
 siehe auch Allgemeine Gesetze
 Sonderstatusverhältnis, 697 ff.
 Sozialbindung des Eigentums, 481 f.
 Sozialisierung, 460, 478 f., 498
 Sozialsphäre, 629, 648
 siehe auch Allgemeines Persönlichkeitsrecht
 Sozialversicherung, Ansprüche aus der, 453
 Spezifisches Verfassungsrecht, 206, 367 ff.
 siehe auch Verfassungsbeschwerde
 Sprache, 832
 siehe auch Differenzierungsverbote, besondere
 Staatsbürgerliche Rechte und Pflichten, 855
 Staatskirchenrecht, 322 ff.
 Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, 324
 Neutralität des Staates, 323
 Status activus, 21
 siehe auch Grundrechte als Gestaltungsrechte
 Status negativus, 14
 siehe auch Eingriffsabwehrrechte
 Status positivus, 15
 siehe auch Leistungsrechte, Derivative Leistungsrechte, Originäre Leistungsrechte, Schutzpflichten, Verfahrensrechte
 Strafgefangene im Sonderstatusverhältnis, 697 ff.
 Strafgefangenenentscheidung, 697
 Subjektiv-rechtliche Dimension, 12, 137 ff., 594 f.
 siehe auch Grundrechte
 Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, 191 f.
 Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG, 577 f.
 siehe auch Allgemeine Handlungsfreiheit, Konkurrenzen
 Superrevisionsinstanz, 371
 siehe auch Verfassungsbeschwerde

T

Teilhaberechte, 18, 770 f.
 siehe auch Derivative Leistungsrechte
 Todesstrafe, 115, 121, 606
 Transsexuellenentscheidung, 805 ff.

U

Übermaßverbot, 14, 48 ff.
 siehe auch Verhältnismäßigkeit
 Umgestaltung, 442
 siehe auch Ausgestaltung
 Ungleichbehandlung, 778 ff., 825 ff.
 durch gleiche Hoheitsträger, 793
 faktische und mittelbare, 828
 personenbezogene Ungleichbehandlung, 811
 sachbezogene Ungleichbehandlung, 811 ff.

Ungleichbehandlungen, Rechtfertigung von bei besonderen Differenzierungsverboten, 838
 siehe auch Gleichbehandlung von Männern und Frauen
 externe Zwecke, 803
 Intensität der Ungleichbehandlung, 799, 810
 interne Zwecke, 802
 neue Formel, 796 ff.
 neue Formel, Verhältnis zwischen den beiden Varianten, 797
 Übersicht Angemessenheitsprüfung, 818
 Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, 842 ff.
 Verhältnis von Willkürformel und neuer Formel, 797
 Verhältnismäßigkeitsprüfung, 801 ff.
 Willkürformel, 795
 Unionsgrundrechte, 1028 ff.
 Begründung, 1029 ff.
 Bindung, 1034 ff.
 EuGH, 1031 ff.
 Europ. Grundrechtecharta, 1033 f.
 Europ. Menschenrechtskonvention (EMRK), 1020 ff.
 siehe auch dort
 Prüfung, 1038
 Rechtsschutz, 1037
 Solange-Rechtsprechung (BVerfG), 1032
 Unionsrechtskonforme Auslegung, 584 f.
 Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte, 344 ff.
 Koalitionsfreiheit, 906
 Menschenwürde, 591
 Widerstandsrecht, 1017
 Untermaßverbot, 127 ff.
 siehe auch Schutzpflichten
 Untersuchungshaft, 733

V

Vereinigungsfreiheit, 862 ff.
 aggressiv kämpferische Haltung, 894
 Ausgestaltung, 891
 Ausländervereine, 868
 Doppelgrundrecht, 866
 geschütztes Verhalten, 876 ff.
 individuelle, 865
 Kernbereich, 878, 902
 kollektive, 866
 Konkurrenzen, 874, 879
 negative, 880 ff.
 öffentlich-rechtliche Zwangsvereinigungen, 884 ff.
 positive, 869 ff.
 Übersicht Art. 9 GG, 903
 Vereinigung, 869 ff.
 verfassungsmäßige Ordnung, 893
 Verfahrensrechte, 16, 134, 770, 911 ff., 1002
 Verfassungsbeschwerde, 145 ff.
 Begründetheit, 205 ff.

bei Maßnahmen der europäischen Gemeinschaften, 177, 1032
 Beschwerdebefugnis, 178 ff.
siehe auch dort
 Prüfungsschema, 207
 Prüfungsumfang, spezifisches Verfassungsrecht, 206, 367 ff.
 Subsidiarität, 191 f.
 Superrevisionsinstanz, 371
 Zulässigkeit, 150 ff.
 Verfassungskonforme Auslegung, 67
siehe auch Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung
 Verfassungsmäßige Ordnung, 571 ff., 893
siehe auch allgemeine Handlungsfreiheit, Freizügigkeit, Vereinigungsfreiheit, Verwirkung von Grundrechten
 Verhältnismäßigkeit, 48 ff.
 Angemessenheit, 57 f.
 Ausgestaltung, 439
 Erforderlichkeit, 55 ff.
 Geeignetheit, 53
 legitimer Zweck, 50 ff.
 Wechselwirkungslehre, 249 ff.
 Vermögen, 448
siehe auch Eigentumsfreiheit
 Versammlung
 Begriff, 31 ff.
 Eilversammlung, 66
 Spontanversammlung, 66
 unfriedlich, 38
 unter freiem Himmel, 44
 Zweck, 33 f.
 Versammlungsfreiheit, 24 ff.
 sachliche Reichweite des Schutzes, 35 ff.
 Vertragsfreiheit, 562 ff.
 Ausgestaltung, 565, 569
 Institutsgarantie, 564
siehe auch Einrichtungsgarantie
 Verwirkung von Grundrechten, 1012 ff.
 Volkszählungsurteil, 635
 Vorbehalt des Gesetzes, 404 ff., 553
siehe auch Parlamentsvorbehalt
 erweiterter Eingriffsbegriff, 407 f.
 Leistungsverwaltung, 406

Vorratsdatenspeicherung, 694

W

Wechselwirkungslehre, 249 ff.
siehe auch Verhältnismäßigkeit
 Normanwendungsebene, 255
 Normauslegungsebene, 254
 Sinn- oder Deutungsebene, 251
 Wehrhafte Demokratie, 1012
 Weimarer Reichsverfassung, 6
 Wesensgehaltsgarantie, 71 ff.
 als Kompetenzverteilung, 73
 Theorie vom absoluten Wesensgehalt, 72
 Theorie vom relativen Wesensgehalt, 72
 Wesentlichkeitstheorie, 405
siehe auch Parlamentsvorbehalt
 Wettbewerbsfreiheit, 387 f.
 wirtschaftliche Betätigung des Staates, 388
 Widerstandsrecht, 1017 ff.
 Wissenschaftsfreiheit, 270, 280 ff.
 Begriff der Wissenschaft, 283
 Freiheit der Forschung, 285
 Freiheit der Lehre, 286
 Treue zur Verfassung, 290
 Wohnung, Schutz der, 662 ff.
 Betriebs- und Geschäftsräume, 666 ff., 674 f.
 Definition der Wohnung, 664
 Durchsuchung, 670 ff., 677, 681
 Eingriffe und Beschränkungen im Übrigen (sonstige Maßnahmen), 670 ff., 677, 686
 Hafträume der Strafgefangenen, 665
 Lauschangriff, 677 ff., 683 ff.
siehe auch dort
 Online-Durchsuchung, 637 ff., 707 f.
 Nachschau, 674 ff.
 Schutzpflichten, 669

Z

Zensur, 257
 Zitiergebot, 759 ff.
 Übersicht, 764
 Zwangsarbeit, 425