NomosStudium

Towfigh | Gleixner

Smartbook Grundrechte

Ein hybrides Lehrbuch mit 67 Lernvideos



Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

NomosStudium

Prof. Dr. Emanuel V. Towfigh
EBS Universität für Wirtschaft und Recht
Peking University School of Transnational Law
Max-Planck-Institut zur Erforschung
von Gemeinschaftsgütern

Alexander Gleixner
EBS Universität für Wirtschaft und Recht

Smartbook Grundrechte

Ein hybrides Lehrbuch mit 67 Lernvideos

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Open-Access-Veröffentlichung wurde ermöglicht durch die Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB, www.noerr.com.

Noerr

Alle Angaben und Daten wurden nach bestem Wissen erstellt, es wird jedoch keine Gewähr für deren Vollständigkeit und Richtigkeit übernommen. Die Nomos Verlagsgesellschaft hat keinerlei Einfluss auf die aktuelle und zukünftige Gestaltung und auf die Inhalte von per Link verknüpften externen Seiten. Deshalb distanziert sie sich hiermit ausdrücklich von allen Inhalten aller verlinkten Seiten.

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

1. Auflage 2022

© Die Autoren

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8611-4
ISBN (ePDF): 978-3-7489-1119-7

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748911197

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizensiert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dank

An der Entwicklung und Umsetzung dieses „Smartbooks“ haben viele Personen mitgewirkt, bei denen wir uns an dieser Stelle bedanken möchten.

Zunächst gebührt dem Team des Nomos-Verlags Dank: Mit großem Enthusiasmus und viel Kreativität hat man dort die Idee eines „Smartbooks“ mitentwickelt und umgesetzt, zu deren Verwirklichung vielfältige Herausforderungen gemeistert werden mussten. Ohne diesen überobligatorischen Einsatz hätte das Projekt nicht ins Werk gesetzt werden können.

Zudem danken wir der Sozietät Noerr, insbesondere Professor Dr. *Joachim Schrey*: Ihre großzügige finanzielle Unterstützung ermöglicht die *open access* Veröffentlichung dieses Werkes.

Für wertvolle inhaltliche Anmerkungen danken wir Professor Dr. *Christoph Goos*, Professorin Dr. *Anna Katharina Mangold*, Professorin Dr. *Nora Markard*, und Professor Dr. *Johannes Rux*. Für die Bereitstellung auf das Smartbook abgestimmter Jurafuchs-Inhalte danken wir *Christian Leupold-Wendling* und Dr. *Carl-Wendelin Neubert*.

Für das gründliche Schlusslektorat des Manuskripts danken wir Dr. *Katharina Towfigh*. Bei der Produktion der Videos haben *Lukas Hochstätter*, *Jan Keesen*, *Jacob Ulrich* und *Felix Towfigh* die größten Lasten geschultert. Schließlich hat das gesamte Lehrstuhl-Team über Jahre unermüdlich an der Entwicklung und Entstehung des Smartbooks mitgewirkt: *Svea Alberti*, *Bassel Bana*, *Britt Brüggen*, *Eva Chudnovskaya*, *Mike Fecke*, *Markus Hennig*, *Vera Herting*, *Dominik Klucker*, *Klara Krägeloh*, *Julian Luckey*, *Taima Rahman*, *Jan Rosen*, *Lea Schirmer*, *Julia Schönemann*, *Lucie Vogelsang*, *Abdalle Yusuf* und *Jan Zepf*.

Im Wintersemester 2021 haben 100 Jura-Studierende der EBS Law School in der Grundrechte-Vorlesung und im Examinatorium in einem Pilotprojekt mit einer frühen Version des Smartbooks (inklusive Videos und eLibrary) gearbeitet und das Konzept ausführlich evaluiert. Ihre ebenso freundlichen wie klugen Rückmeldungen haben uns ermutigt – und zu einigen wichtigen Verbesserungen geführt. Dass das Buch auch gedruckt erscheint, geht nicht zuletzt darauf zurück, dass die überwältigende Mehrheit dieser Kohorte sich neben der Online-Fassung ein gedrucktes Exemplar wünschte.

Der letzte Dank gebührt *Ihnen*: Das Smartbook Grundrechte wird trotz akribischer Kontrolle leider nicht fehlerfrei sein, das Konzept wird sich weiter verbessern lassen. Für entsprechende Hinweise an feedback@smartbook-grundrechte.de danken wir Ihnen im Voraus!

Wiesbaden, im Oktober 2022

Emanuel V. Towfigh und Alexander Gleixner

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhalt

Dank 5

Über die Arbeit mit diesem Buch 9

Teil 1: Allgemeine Grundrechtslehren

§ 1 Entwicklung und Funktionen der Grundrechte 17

§ 2 Grundrechte im europäischen Mehrebenensystem 33

§ 3 Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung 44

§ 4 Grundrechtsschutz und Grundrechtsbeschränkungen 62

§ 5 Grundrechte im Verfassungsgefüge 78

Teil 2: Würde

§ 6 Ideengeschichte der Menschenwürde 89

§ 7 Schutz der Menschenwürde 92

Teil 3: Freiheit

§ 8 Allgemeine Lehren der Freiheitsrechte 109

§ 9 Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit 113

§ 10 Glaubens- und Gewissensfreiheit 122

§ 11 Kunst- und Wissenschaftsfreiheit 148

§ 12 Kommunikationsgrundrechte 171

§ 13 Versammlungsfreiheit 202

§ 14 Berufsfreiheit 219

§ 15 Eigentum und Erbrecht 240

§ 16 Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit 261

§ 17 Ehe und Familie 278

§ 18 Freiheit der Person und Asyl 293

§ 19 Allgemeines Persönlichkeitsrecht 311

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 20 Schutz der Privatsphäre 331

§ 21 Allgemeine Handlungsfreiheit 352

Teil 4: Gleichheit

§ 22 Allgemeine Lehren der Gleichheitsrechte 365

§ 23 Allgemeiner Gleichheitssatz 372

§ 24 Besondere Gleichheitssätze 389

Teil 5: Rechtsdurchsetzung

§ 25 Justizgrundrechte und grundrechtsgleiche Rechte 408

§ 26 Grundrechtsschutz durch Gerichte 425

§ 27 Grundrechtsschutz vor dem BVerfG 429

Stichwortverzeichnis 441

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Über die Arbeit mit diesem Buch

Konzept

Mit dem „Smartbook" halten Sie ein neuartiges Lernmedium in Händen, das die Einsichten der modernen Hochschuldidaktik aufgreift und optimales Lernen on- und offline ermöglicht (ausführlich zum Konzept der hybriden Lehre ZDRW 2022, 87).

Während Sie das Smartbook wie ein herkömmliches Lehrbuch verwenden können, weist es in folgenden Punkten Innovationen auf, die Ihnen eine umfassendere Lernerfahrung ermöglichen sollen:

Technische Hinweise

- Die **QR-Codes** können Sie am besten mit dem QR-Code-Scanner Ihres Smartphones oder einer QR-Code Scanner-App einlesen, wenn Sie mit dem gedruckten Buch arbeiten. In der PDF-Datei können Sie die QR-Codes auch einfach anklicken, um zum Verweisziel zu gelangen.
- Unabhängig vom verwendeten Endgerät (Desktop/mobiles Endgerät) arbeiten die Funktionen des Smartbooks mit dem **Adobe Acrobat Reader** am zuverlässigsten.
- Jede Norm, jede Gerichtsentscheidung, alle online verfügbaren Aufsätze, Monographien, Kommentierungen und Handbücher und jeder weiteführende Hinweis sind **verlinkt** (und zwar bei jeder Erwähnung): Aus der PDF-Version des Smartbooks können Sie all diese Texte bequem ohne weitere Suche vom Computer, Tablet oder Smartphone mit nur einem Klick aufrufen.
- Mit der **Tastenkombination** „Alt + Pfeil links" können Sie sich nach Verwendung eines internen Verweises im Smartbook an den Startpunkt zurücknavigieren. Diese Funktion ist nur auf Desktop-Endgeräten verfügbar.

Didaktische Hinweise

- **Lern- und Verständnisziele** bereiten auf die Einheit vor und formulieren in überprüfbarer Weise, was Sie am Ende der Einheit beherrschen sollten (Einzelheiten dazu unten).
- Die Inhalte werden **durch Fragen gegliedert** – was abgrenzbare, in sich geschlossene Abschnitte und Ihnen so eine bessere Orientierung im Stoff ermöglicht; außerdem können Sie die Fragen zur Selbstkontrolle nutzen.
- Die **europarechtlichen Bezüge** (Unionsrecht und EMRK), ohne die heute ein seriöses Studium der Grundrechte nicht möglich ist, werden in diesem Smartbook ebenfalls – in der gebotenen Kürze – mitverhandelt.
- **67 Lernvideos** in der Nomos eLibrary (auch als Nur-Audio-Version in den großen Podcast-Bibliotheken verfügbar) vermitteln Ihnen zum Einstieg audiovisuell die Grundlagen des Stoffs, die dann durch die Lektüre des Smartbook-Texts gefestigt und vertieft werden. Diese Vermittlung auf verschiedenen „Kanälen" unterstützt die meisten Lernansätze optimal.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Integriert ist ebenfalls die Möglichkeit, die eigene Lernerfahrung mit der hocheffektiven **Micro-Learning-App „Jurafuchs“** abzurunden.
- Das Smartbook enthält über das ganze Buch hinweg eine **umfassende und aktuelle Entscheidungs- und Fallsammlung**, mit deren Hilfe auch die praktische Anwendung des erarbeiteten Stoffes eingeübt werden kann.
- **Wrap-Ups:** Jede Lerneinheit endet mit einem kurzen Prüfungsschema, das Aufbaufragen anschaulich klärt und an die wichtigsten Prüfungspunkte erinnert.

Lernniveaus

Das Smartbook richtet sich sowohl an Studierende ganz zu Anfang des Studiums als auch an Examenskandidat:innen – deshalb macht es kenntlich, welche Inhalte auf welchem Lernniveau beherrscht werden müssen.

An den Randnummern sind jeweils verschiedene Lernniveaus ausgewiesen:

	GRUNDLAGEN:	Grundlagenstoff ist nicht gesondert gekennzeichnet.
◆	EXAMEN:	Examensstoff ist mit einer gelben Raute gekennzeichnet.
◆	EUROPA:	Europarechtliches ist mit einer blauen Raute gekennzeichnet.

Lern- und Verständnisziele

Am Anfang jeden Kapitels finden Sie Lern- und Verständnisziele – gegliedert nach den sechs Stufen der *Bloomschen Lernzieltaxonomie*. Verstehen Sie diese als Mindestanforderungen an sich selbst. Nach dem Durcharbeiten dieses Smartbooks haben Sie ein Verständnis von den Grundrechten entwickelt und können eigenständig Fälle aus dem Bereich der Grundrechte lösen.

Stufe (nach Komplexität)	Kognitives Lernziel	Beschreibung
1.	Wissen	Informationen können erinnert werden.
2.	Verständnis	Neue Informationen können verarbeitet und in einen größeren Kontext eingebettet werden.
3.	Anwendung	Regeln und Prinzipien können in definierten Situationen verwendet werden.
4.	Analyse	Ein Sachverhalt kann in seine Bestandteile zergliedert werden.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stufe (nach Komplexität)	Kognitives Lernziel	Beschreibung
5.	Synthese	Teile oder Elemente können zu einem (neuen) Ganzen zusammengefügt werden.
6.	Evaluation	Es kann beurteilt werden, ob bestimmte Kriterien erfüllt sind.

Symbolik

Am Seitenrand finden Sie verschiedene Symbole und QR-Codes:



Über die QR-Codes mit der Nomos-Raute erhalten Sie Zugriff auf exklusive Lernvideos.



Nicht alle Sachstände sind immer eindeutig zu lösen, über diesen QR-Code werden Sie zu weitergehenden Inhalten, insbesondere Debattenbeiträgen, geführt.



Mit diesem Symbol sind externe Zusatzinhalte gekennzeichnet, auf die Sie über den QR-Code Zugriff erhalten.



Hier finden Sie ausgewählte Übungsfälle – für die Arbeit allein oder auch in Ihrer Lerngruppe.

Sprache

Im Rahmen der Erprobung und Evaluation des Piloten des Smartbooks durch Studierende an der EBS Law School (2021, N=*100*) wurden auch die Präferenzen der Studierenden zur Verwendung gendergerechter Sprache abgefragt. Das Ergebnis war, wenig überraschend, gespalten: Die größte Gruppe (36 %) gab an, dass sie die Verwendung gendergerechter Sprache begrüße; die zweitgrößte Gruppe (30 %) lehnte sie ab. Die übrigen Studierenden gaben an, dass ihnen das gleichgültig sei (25 %), bzw. dass sie die Verwendung gendergerechter Sprache im Piloten nicht bemerkt hatten (immerhin 9 %). Was die Form des Genderns anbelangt, bevorzugten rund 50 % der Antwortenden den Gender-Stern; im Übrigen ergaben sich keine klaren Präferenzen. Das Smartbook bemüht sich um geschlechtsneutrale Formulierungen und nutzt, wo dies nicht möglich ist, zurückhaltend dosiert den Gender-Doppelpunkt (aus typographischen Gründen und zwecks Reduktion von Barrieren, etwa für Screenreader).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 1: Allgemeine Grundrechtslehren

Lern- und Verständnisziele 1

§ 1 Entwicklung und Funktionen der Grundrechte 2
I. Idee und Entwicklung der Grundrechte 2
1. Was sind Grundrechte und wie werden sie wirksam? 2
2. Warum ist für das Verständnis der Grundrechte Kontext wichtig? 6
3. Wo liegt der Ursprung moderner Grundrechtskataloge? 7
4. Wie stand es historisch um den Schutz der Grundrechte in deutschen Staaten? 11
5. Wie wurden in der Weimarer Republik Grundrechte verbürgt? 14
6. Wie haben die Verbrechen der nationalsozialistischen Diktatur auf die Entwicklung der Grundrechte gewirkt? 15
7. Seit wann gelten in Deutschland wieder Grundrechte? ... 16
8. Welche Grundrechtskataloge gelten in Deutschland? 19
9. Wie ist das Verhältnis zwischen Grundgesetz und Landesverfassungen? 21
II. Grundrechtsfunktionen 23
Wie wurden Grundrechtsfunktionen klassischerweise systematisiert? 23
2 .Wie werden Grundrechtsfunktionen heute systematisiert? 24
3. Wie wirken Grundrechte als Abwehrrechte? 28
4. Wie wirken Grundrechte als Leistungsrechte? 29
5. Was sind Ausgestaltungsaufträge der Grundrechte? 31
6. Was ist die Schutzfunktion der Grundrechte? 35
7. Was meint Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren? 38
8. Was ist die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte? 41
9. Die Klimaschutzgesetz-Entscheidung 42
a) Sachverhalt 42
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 44
c) Relevanz der Entscheidung ... 48
10. Grundrechte als Optimierungsgebote? 50

§ 2 Grundrechte im europäischen Mehrebenensystem 1
I. Das Verhältnis der Grundrechte aus verschiedenen Quellen zueinander 2
1. Wieso muss beim Grundrechtsschutz auch die europäische Dimension beachtet werden? 2
2. Wodurch zeichnet sich das Verhältnis zwischen deutschen Grundrechten und den Menschenrechten der EMRK aus? 2
3. Wie ist das Verhältnis zwischen deutschen Grundrechten und EU-Recht? 3
4. Was sind die europäischen Grundfreiheiten? 7
II. Das Verhältnis von EU-Recht und nationalem (Verfassungs-)Recht 9
1. Können EU-Rechtsakte an deutschen Grundrechten gemessen werden? 9
2. Was ist der Solange-Vorbehalt des BVerfG? 10
3. Was ist die Identitätskontrolle des BVerfG? 14
4. Die Entscheidungen zum Recht auf Vergessen 15
a) Sachverhalt 15
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidungen des BVerfG .. 18
c) Relevanz der Entscheidungen zum Recht auf Vergessen 25
5. Wrap-Up: Prüfungsschema ... 27

§ 3 Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung 1
I. Grundrechtsadressaten 1
1. Wer ist an die Grundrechte gebunden? 1
2. Das BND-Urteil 3
a) Sachverhalt 3
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 4
c) Relevanz der Entscheidung ... 8
3. In welchen Betätigungs- und Organisationsformen ist der Staat an Grundrechte gebunden? 9
II. Grundrechtsberechtigte 10
1. Wer ist grundrechtsberechtigt? 10
a) Menschenrechte 11

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Deutschen(grund)rechte 12
2. Sind juristische Personen grundrechtsberechtigt? 16
a) Juristische Personen 17
b) Inländisch 20
c) Wesensmäßige Anwendbarkeit 22
3. Können sich EU-Ausländer:innen auf die Grundrechte berufen? 25
a) Sind EU-Ausländer:innen umfassend grundrechtsberechtigt? 25
b) Sind EU-ausländische juristische Personen grundrechtsberechtigt? 27
III. Drittwirkung der Grundrechte ... 29
1. Wirken die Grundrechte auch zwischen Privaten? 29
2. Die Lüth-Entscheidung 31
a) Sachverhalt 31
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 32
c) Relevanz der Entscheidung ... 35
3. Die Stadionverbots-Entscheidung 37
a) Sachverhalt 37
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 38
c) Relevanz der Entscheidung ... 42
4. Unter welchen Voraussetzungen ist eine „spezifische Konstellation" gegeben, die zu einer situativen Grundrechtsbindung führt? 44
5. Wirken die Unionsgrundrechte zwischen Privaten? 46

§ 4 Grundrechtsschutz und Grundrechtsbeschränkungen 1
I. Schranken 1
1. Was ist bei der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zu beachten? 1
2. Welchen Schranken unterliegen Grundrechte? 4
3. Was sind vorbehaltlose Grundrechte? 7
4. Können vorbehaltlose Grundrechte beschränkt werden? 8
5. Welche Anforderungen sind an Beschränkungen aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts zu stellen? 11
6. Können Grundrechte mit geschriebenem Gesetzesvorbehalt ebenfalls durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt werden? 13
7. Wie ist praktische Konkordanz herzustellen? 15
8. Lassen sich Schranken anderer Grundrechte auf vorbehaltlose Grundrechte übertragen? 17
9. Welchen Schranken unterliegen die Grundrechte auf europarechtlicher Ebene? 18
II. Schranken-Schranken 19
1. Welchen Schranken-Schranken müssen Gesetze genügen? 19
a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes 20
b) Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) 21
c) Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) 23
d) Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG, Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh) 25
e) Parlamentsvorbehalt 26
f) Bestimmtheitsgebot und Normenklarheit 27
g) Vertrauensschutz 28
2. Wann sind staatliche Maßnahmen verhältnismäßig? 30
a) Legitimer Zweck 32
b) Geeignetheit 33
c) Erforderlichkeit 35
d) Angemessenheit 37
3. Wrap-Up: Prüfungsschema ... 41
III. Einrichtungsgarantien und Normprägung 42
1. Was sind Einrichtungsgarantien? 42
2. Was sind normgeprägte Grundrechte? 44

§ 5 Grundrechte im Verfassungsgefüge ... 1
I. Grundrechtskonkurrenzen 1
1. Was sind Grundrechtskonkurrenzen? 1
2. Was sind Schutzbereichsverstärkungen? 4
3. Wrap-Up 5
II. Grundrechtsverzicht 6
Ist der Schutz durch die Grundrechte dispositionsfähig? 6
III. Verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung 8
1. Was meint verfassungskonforme Auslegung? 8
2. Was meint völkerrechtskonforme Auslegung? 10
IV. „Unfriedliche" Grundrechtswahrnehmung und Einschätzungsprärogativen der Legislative 11
1. Was meint „unfriedliche" Grundrechtswahrnehmung? 11

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Was bedeutet die Einschätzungsprärogative der Legislative? 14
V. **Verfassungswidriges Verfassungsrecht** 16
1. Kann es verfassungswidriges Verfassungsrecht geben? 16
2. Wie wird geprüft, ob Verfassungsrecht verfassungswidrig ist? 19
VI. **Wehrhafte Demokratie und Widerstandsrecht** 21
1. Wie findet das Prinzip der wehrhaften Demokratie Niederschlag im Grundgesetz? ... 21
2. Was regelt das Widerstandsrecht im Grundgesetz? 25

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die verschiedenen Grundrechtsfunktionen (§ 1 Rn. 23 ff.)
- die grundgesetzlichen Einrichtungsgarantien (§ 4 Rn. 42 ff.)
- den Begriff der praktischen Konkordanz (§ 4 Rn. 15 f.)
- die Grundrechtskonkurrenzen (§ 5 Rn. 1 ff.)

Jurafuchs

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Inhalte der Schranken und Schranken-Schranken (§ 4 Rn. 1 ff.; 19 ff.)
- was Grundrechte sind und wie sie wirksam werden (§ 1 Rn. 2 ff.)
- ob sich eine juristische Person auf Grundrechte berufen kann (§ 3 Rn. 16 ff.)
- das Prinzip der wehrhaften Demokratie (§ 5 Rn. 21 ff.)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 4 Rn. 30 ff.)
- die Zuordnung von Grundrechtsadressaten und Grundrechtsberechtigten (§ 3 Rn. 1 ff.; 10 ff.)
- die verfassungskonforme und völkerrechtskonforme Auslegung (§ 5 Rn. 8 ff.)
- ◆ die Darstellung des Verhältnisses der verschiedenen Grundrechtsordnungen zueinander (§ 2 Rn. 1 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- welche Schranken nach dem Wortlaut des jeweiligen Grundrechts zu berücksichtigen sind (§ 4 Rn. 4 ff.)
- ob eine Schrankenleihe bei vorbehaltlosen Grundrechten möglich ist (§ 4 Rn. 17)
- in welchen Organisations- und Handlungsformen der Staat tätig werden kann und ob er dabei an Grundrechte gebunden ist (§ 3 Rn. 9)
- die verschiedenen Inhalte der Schranken-Schranken (§ 4 Rn. 19 ff.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- ob auf den Schutz der Grundrechte verzichtet werden kann (§ 5 Rn. 6 f.)
- die Unterschiede zwischen Menschenrechten und Deutschen(grund)rechten (§ 3 Rn. 10 ff.)
- ob Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte gerechtfertigt werden können (§ 4 Rn. 8 ff.)
- ob es verfassungswidriges Verfassungsrecht geben kann (§ 5 Rn. 16 ff.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zum Prinzip der wehrhaften Demokratie (§ 5 Rn. 21 ff.)
- zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten (§ 3 Rn. 29 ff.)
- zur besonderen Behandlung von EU-Ausländer:innen vor dem Hintergrund von Art. 18 AEUV (§ 3 Rn. 25 ff.)
- zur Rechtsprechungslinie des BVerfG, die mit Recht auf Vergessen I und II eingeleitet wurde (§ 2 Rn. 15 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 1 Entwicklung und Funktionen der Grundrechte

I. Idee und Entwicklung der Grundrechte

1. Was sind Grundrechte und wie werden sie wirksam?

Grundrechte sind fundamentale individuelle Rechte, die den Staat adressieren und ihn gegenüber seinen Rechtssubjekten als Grundrechtsträgern binden. Sie stehen normhierarchisch über dem Parlamentsgesetz (oftmals indem sie in einem Verfassungsdokument verbürgt sind) und werden so zum Maßstab, an dem sich das übrige staatliche Recht messen lassen muss. Auf diese Weise sichern Grundrechte Freiheit und Gleichheit der rechtsunterworfenen Subjekte. 2



Historischer und gesellschaftlicher Hintergrund der Grund- und Menschenrechte

Ihre Begründung finden die Grundrechte im Kern im Menschsein – es sind angeborene Rechtspositionen, die in der modernen Grundrechtslehre und (insbesondere im deutschen Kontext) in der Menschenwürde wurzeln. Teilweise bedürfen die Grundrechte der Ausgestaltung durch einfaches Recht (normgeprägte Grundrechte, § 4 Rn. 44 ff.), etwa beim Eigentum: Erst die Bereitstellung einer Eigentumsordnung seitens des Staates (in Deutschland im Bürgerlichen Gesetzbuch) verleiht dem Grundrecht einen spezifischen, schutzfähigen Gehalt. Bisweilen werden Grundrechte von Normen oder weiteren Grundrecht(sausprägung)en flankiert, die funktional auf die Inanspruchnahme oder Sicherung grundrechtlicher Rechtspositionen ausgerichtet sind, etwa im Religionsverfassungsrecht: Bestimmte Rechte der Kirchen bzw. Glaubensgemeinschaften – etwa Organisationsformen wie der Körperschaftsstatus (§ 10 Rn. 30 ff.) oder das Recht, Kirchensteuern zu erheben – gewährt das Grundgesetz mit dem Ziel, die Wahrnehmung der Religionsfreiheit durch die Gläubigen zu ermöglichen oder zu begünstigen. 3

Grundrechte können als Normen gedeutet werden, die Begründungslasten verteilen: Während jegliches Verhalten der Bürger:innen einen nicht begründungsbedürftigen Gebrauch grundrechtlicher Verbürgungen von Freiheit und Gleichheit darstellt, liegt die Rechtfertigungslast für Eingriffe in die Grundrechte – also für Beschränkungen von Freiheit und Gleichheit – bei der Staatsgewalt. 4

> Beispiel: Das Recht, beliebig schnell Auto zu fahren, ist prinzipiell durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützt. Möchte der Staat die zulässige Höchstgeschwindigkeit begrenzen, sind nicht die Bürger:innen verpflichtet zu begründen, warum sie schneller fahren wollen, sondern der Staat muss belastbare Gründe für die Freiheitsbeschränkung darlegen.

Kurzum: Jegliches menschliche Verhalten ist eine nicht begründungsbedürftige Freiheitsausübung, während der Staat jegliche seiner Maßnahmen aus einer Aufgabe und Kompetenz herleiten und rechtfertigen, d.h. begründen muss. Rechtssubjekte handeln im Modus grundsätzlich *ungebundene Freiheitswahrnehmung*, das Handeln des Staates erfolgt im Modus grundsätzlich *gebundene Kompetenzausübung*. 5

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Warum ist für das Verständnis der Grundrechte Kontext wichtig?

6 Wie bei jeder (Rechts-)Norm muss auch der Bedeutungsgehalt der Grundrechte durch Auslegung ermittelt werden. Aufgrund der abstrakten Formulierung der Grundrechte können diese nicht isoliert, das heißt aus sich selbst heraus, interpretiert und auslegelegt werden. Für das Verständnis der Grundrechte ist vielmehr Kontext notwendig: Die Interpretation der Verfassung und der Grundrechte hängt dabei maßgeblich vom gesellschaftlichen Umfeld ab; zwischen beiden besteht eine Interdependenz. Trotz des feststehenden Wortlauts ist der materielle Gehalt der Grundrechte dynamisch und ihre Interpretation ein fortwährender, offener Prozess (sog. **Lehre vom Verfassungswandel**[1]).

> Als Beispiel mag das Verständnis von der Gleichberechtigung der Frau dienen: Sie ist zwar im Grundgesetz seit jeher in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich normiert, ihr Verständnis hat sich indessen über die Jahrzehnte erheblich fortentwickelt (Auswirkungen des Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG auf die privatrechtliche Stellung der Frau, § 24 Rn. 23 ff.).

3. Wo liegt der Ursprung moderner Grundrechtskataloge?

7 Das erste Dokument mit Gewährleistungen mit Grundrechtscharakter ist die englische *Magna Carta Libertatum* von 1215: Sie räumte dem Adel dabei bestimmte Rechte gegenüber dem König ein. Mit dem *Habeas Corpus Act* von 1679 und insbesondere der *Bill of Rights* von 1689 wurden weitere Individualrechte verbürgt.

8 In Nordamerika gewannen die Grund- und Menschenrechte durch die amerikanische Revolution und der Erklärung der Unabhängigkeit von Großbritannien 1776 an Bedeutung. Mit der aus demselben Jahr stammenden *Virginia Bill of Rights* entstand eine erste umfassende Verfassungsurkunde, die maßgeblichen Einfluss auf die spätere amerikanische Verfassung, insbesondere die Verfassungszusätze (*Amendments*), hatte:

> ▶ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.
>
> **First Amendment** ◀

9 Dieser erste Verfassungszusatz verbietet es dem Kongress, Gesetze zu verabschieden, die die Meinungsfreiheit (§ 12 Rn. 3 ff.), Glaubensfreiheit (§ 10 Rn. 2 ff.), Pressefreiheit (§ 12 Rn. 16 ff.), Versammlungsfreiheit (§ 13 Rn. 2 ff.) oder das Petitionsrecht (§ 25 Rn. 41 ff.) einschränken: Gewährleistungen, die heute eine herausragende Bedeutung in modernen Grundrechtskatalogen – namentlich der in diesem Lehrbuch behandelten: Grundgesetz (GG), Europäische

1 Dazu *Voßkuhle*, JuS 2019, 417.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundrechte-Charta (EU-GRCh) und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) – einnehmen.

Parallel zu den Entwicklungen in Nordamerika wurde im Zuge der französischen Revolution 1789 die *Déclaration des droit de l'homme et du citoyen* verkündet. Diese war Grundstein für weitergehende Grundrechtsgewährleistungen in der französischen Verfassungsentwicklung. 10

4. Wie stand es historisch um den Schutz der Grundrechte in deutschen Staaten?

Erste vereinzelte Freiheitsgarantien enthielt die *Deutsche Bundesakte* des Wiener Kongresses von 1815 als Zugeständnisse von Reichsfürsten und freien Städten. In den süddeutschen Einzelstaaten fanden sich zudem erste Freiheitsrechte nach französischem Vorbild. 11

Am Anfang der gesamtdeutschen Verfassungsentwicklung steht dann die *Paulskirchenverfassung* (auch Frankfurter Reichsverfassung), die 1849 von der Frankfurter Nationalversammlung in der Paulskirche verabschiedet wurde. Die Verfassung enthielt einen umfassenden Grundrechtskatalog und sah eine strikte Gewaltenteilung vor. Diese Gedanken bilden heute grundlegende Strukturmerkmale des Grundgesetzes. Die *Paulskirchenverfassung* hat damit ideengeschichtlich eine immense Wirkkraft entfaltet, auch wenn sie selbst nie in Kraft getreten ist. 12

Nach der *Paulskirchenverfassung* gab es weitere Verfassungen. Die wohl bedeutendste – aus der Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 hervorgegangene – Verfassung war die *Reichsverfassung* von 1871. Diese war fast 50 Jahre in Kraft, enthielt allerdings keinen Grundrechtskatalog. 13

5. Wie wurden in der Weimarer Republik Grundrechte verbürgt?

Mit Zusammenbruch der Monarchie und der Abdankung des Kaisers im Zuge der Novemberrevolution 1918/19 befand sich Deutschland nach dem Ersten Weltkrieg in einer politischen und gesellschaftlichen Identitätskrise. Die 1919 verkündete *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) knüpft an die Ideale der *Paulskirchenverfassung* an: Sie enthielt u.a. einen umfassenden Grundrechtskatalog. Allerdings waren die Grundrechte von nachrangiger Bedeutung: Sie werden erst im zweiten Teil der WRV (Art. 109 ff. WRV) etabliert, so dass ihnen eine schwache systematische Stellung zukommt; zudem werden sie als Aufträge an den Staat formuliert („Programmsätze"). Insbesondere aber waren Verletzungen nicht justitiabel, weil die WRV keine Verfassungsgerichtsbarkeit vorsah – so konnten die Gewährleistungen nicht effektiv (individuell) eingeklagt werden (siehe Einrichtung der Verfassungsbeschwerde, § 27 Rn. 2) und krankten an fehlender Durchsetzbarkeit. 14

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Wie haben die Verbrechen der nationalsozialistischen Diktatur auf die Entwicklung der Grundrechte gewirkt?

15 Formal war die WRV bis zur Übernahme der Regierungsgewalt durch die Alliierten 1945 in Kraft; faktisch war sie bereits ab 1933 durch die Machtergreifung der Nationalsozialisten außer Kraft. In der Zeit des nationalsozialistischen Unrechtsregimes wurden die Grundrechte zügig abgeschafft.



NS-Unrecht im Jurastudium

So wurden etwa im März 1933 Berufsverbote für jüdische Ärzt:innen, Rechtsanwält:innen, Apotheker:innen und Bademeister:innen erlassen; ab April 1933 wurden alle „nicht-arischen" Beamt:innen durch das „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums" aus dem Beamtenverhältnis entlassen; im Oktober 1933 folgte die „Gleichschaltung" sämtlicher Medien und damit faktisch die Aufhebung der Pressefreiheit; schließlich wurden mit Inkrafttreten der Nürnberger Gesetze 1935 die Bürgerrechte jüdischer Menschen aufgehoben.

7. Seit wann gelten in Deutschland wieder Grundrechte?

16 Der Zusammenbruch der deutschen Regierungsgewalt durch totale Kapitulation und Besatzungsverwaltung machte auch aus verfassungsrechtlicher Sicht einen Neuanfang zwingend erforderlich. Dieser begann zunächst in den einzelnen Ländern. Das Land Hessen verkündete am 1.12.1946 als erstes eine neue Verfassung. Seit dem 23.5.1949 gelten die Grundrechtsgarantien im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland für die westlichen Bundesländer; seit dem 3.10.1990 für alle Länder.

17 Ausgefertigt wurde die Verfassung 1948 vom Parlamentarischen Rat, dessen Überlegungen von der Zielsetzung geprägt waren, Verbrechen und Unterdrückung wie zu Zeiten der NS-Diktatur unmöglich zu machen („nie wieder!"). Das Grundgesetz versteht sich daher als Gegenentwurf zur nationalsozialistischen Schreckensherrschaft.[2] Deutlich wird dies an verschiedenen Strukturentscheidungen des Grundgesetzes:[3] So rückt der Grundrechtskatalog an den Anfang des Grundgesetzes (Art. 1–19); in der Weimarer Reichsverfassung war dieser als zweiter Hauptteil hinter dem Staatsorganisationsrecht platziert (Art. 109–165 WRV „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen", es folgen nur noch Übergangs- und Schlussbestimmungen). Mit der Stellung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG, § 6 Rn. 2) als erste und fundamentalste Norm der Verfassung hebt das Grundgesetz deren überragende Bedeutung hervor.

18 Zudem kennt das Grundgesetz keine sog. Notverordnung i.S.v. Art. 48 WRV. Das Prinzip „**Not kennt kein Gebot**", wonach in Notzeiten ein Rechtsbuch notwendig sein kann, gilt im Grundgesetz gerade nicht. Dennoch sieht auch das Grundgesetz eine sog. **Notstandsverfassung** vor, um die freiheitliche demokratische Grundordnung auch in Krisenzeiten (bspw. Verteidigungsfall) aufrecht zu

2 Vgl. BVerfGE 124, 300 (Rudolf Heß Gedenkfeier [2009]).
3 Vor allem auch im staatsorganisationsrechtlichen Teil haben sich maßgebliche Änderungen ergeben, etwa hinsichtlich der Stellung des Bundespräsidenten (Art. 54 GG) im Vergleich zum Reichspräsidenten.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erhalten und zu schützen.[4] Das Grundgesetz bleibt allerdings auch in existenziellen Ausnahmesituationen jederzeit Richtschnur jeder staatlichen Maßnahme.

8. Welche Grundrechtskataloge gelten in Deutschland?

Grundrechte sind nicht nur im Grundgesetz kodifiziert, sondern auch international (EMRK), auf Ebene der EU (EU-GRCh) und in den Bundesländern (Landesverfassungen, § 1 Rn. 21 f.). Daraus ergibt sich ein **System des Grundrechtsschutzes**, das aus autonom nebeneinanderstehenden und gleichwohl eng miteinander verflochtenen Grundrechtsordnungen besteht. 19

Das Grundrechtsschutzsystem wird dabei besonders stark von den **supranationalen Grundrechtsgewährleistungen** (§ 2 Rn. 1) beeinflusst: 20

- Auf überstaatlicher (völkerrechtlicher) Ebene enthält die EMRK den wichtigsten Menschenrechtskatalog. Dabei handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, dessen Vertragsstaaten die Mitgliedsstaaten des Europarats sind. Der Europarat setzt sich aus 46 Staaten zusammen und darf nicht mit der Europäischen Union (oder deren Räten) verwechselt werden. Die EMRK wurde 1950 in Rom – u.a. von Deutschland – unterzeichnet und gilt seit 1953. Das BVerfG zieht die EMRK als Auslegungshilfe für Gesetze und die Verfassung heran (Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, § 5 Rn. 10).
- Auf der Ebene der Europäischen Union verbürgt die Europäische Grundrechtecharta (EU-GRCh) als unverbrüchlicher Teil des unionalen Primärrechts grundrechtliche Gewährleistungen. Daneben finden sich vereinzelt in den europäischen Verträgen (EUV und AEUV) grundrechtsähnliche Garantien, etwa das allgemeine Diskriminierungsverbot gem. Art. 18 Abs. 1 AUEV, § 24 Rn. 48 ff.). Verletzungen der EU-GRCh sind vor den nationalen Gerichten geltend zu machen, die diesbezügliche Rechtsfragen erforderlichenfalls dem EuGH vorlegen können; eine Individualbeschwerde (vergleichbar der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG oder der Menschenrechtsbeschwerde zum EGMR) ist im Unionsrecht nicht vorgesehen.
- Die EU-GRCh wurde im Jahr 2000 verabschiedet und bildet seit dem Vertrag von Lissabon (in Kraft seit dem 1.12.2009) einen Pfeiler des europäischen Primärrechts (Art. 6 Abs. 1 EUV); sie ist damit rechtsverbindlich. Die EMRK entfaltet auch Ausstrahlungswirkung auf die EU-GRCh (Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV). Zwar ist die EU ihrem Auftrag aus Art. 6 Abs. 2 EUV, der EMRK beizutreten, bislang noch nicht nachgekommen,[5] die materiellrechtlichen Gehalte der EMRK sind aber Teil der „allgemeinen Grundsätze des Unionrechts“ (Art. 6 Abs. 3 EUV)[6] – und dadurch bei der Auslegung des Unionsrechts im Allgemeinen und der EU-GRCh im Besonderen auch durch den EuGH zu berücksichtigen.[7]

4 *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020.
5 Dazu *Peers*, German Law Journal 16 (2015), 213; *Schmahl*, JZ 2016, 921.
6 Ausführlich *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 6, Rn. 4 f.
7 EuGH v. 13.7.1989, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609, Rn. 17 – Wachauf; ferner *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 6, Rn. 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

9. Wie ist das Verhältnis zwischen Grundgesetz und Landesverfassungen?

◆ 21 Hinsichtlich der in den Landesverfassungen gewährleisteten Grundrechte stellt sich zunächst die Frage, inwiefern diese neben den Grundrechten des Grundgesetzes Geltung beanspruchen können.[8] Nach Art. 31 GG gilt der Grundsatz „Bundesrecht bricht Landesrecht" (**Derogation**), dem Bundesrecht kommt also Geltungsvorrang zu. In Bezug auf die Grundrechte trifft Art. 142 GG als *lex specialis* zu Art. 31 GG indessen eine andere Regelung: Danach bleiben Grundrechte der Landesverfassungen insoweit in Kraft, „als sie in Übereinstimmung" mit Art. 1–18 GG stehen. Wann Gewährleistungsgehalte i.S.d. Art. 142 GG übereinstimmen, konkretisierte das BVerfG:

> ▶ Art. 142 GG sieht die Geltung der Grundrechte der Landesverfassungen nur vor, soweit sie mit den entsprechenden Rechten des Grundgesetzes übereinstimmen. Das ist der Fall, wenn der Gewährleistungsbereich der jeweiligen Grundrechte und ihre Schranken einander **nicht widersprechen**. Diese Widerspruchsfreiheit besteht bei Grundrechten, die inhaltsgleich sind, weil sie ‚den gleichen Gegenstand in gleichem Sinne, mit gleichem Inhalt und in gleichem Umfang' regeln. Aber auch soweit Landesgrundrechte gegenüber dem Grundgesetz einen weitergehenden Schutz oder auch einen geringeren Schutz verbürgen, widersprechen sie den entsprechenden Bundesgrundrechten als solchen nicht, wenn das jeweils engere Grundrecht als Mindestgarantie zu verstehen ist und daher nicht den Normbefehl enthält, einen weitergehenden Schutz zu unterlassen.
>
> **BverfGE 96, 345, 365 (Landesverfassungsgerichte [1997])** ◀

◆ 22 Landesgrundrechte binden natürlich immer nur die Landesstaatsgewalt, nicht aber die Bundesstaatsgewalt oder gar Organe der EU. Davon unberührt bleibt die Bindung der Landesstaatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes (Art. 1 Abs. 3 GG). Die Landesstaatsgewalt ist damit doppelt gebunden: einerseits an die Grundrechte des Grundgesetzes, andererseits an die Grundrechte der Landesverfassung.[9]

Weiterführende Hinweise

Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1
Kizil, EU-Grundrechtsschutz im Vertrag von Lissabon, JA 2011, 277
Scheidler, Einführung in die allgemeine Grundrechtslehre, Jura 2012, 256
Kingreen, Die Unionsgrundrechte, Jura 2014, 295
Uerpmann-Wittzack, Die Bedeutung der EMRK für den deutschen und unionalen Grundrechtsschutz, Jura 2014, 916
Voßkuhle/Wischmeyer, Grundwissen – Öffentliches Recht: Grundrechte im Unionsrecht, JuS 2017, 1171
Nußberger, Die europäische Menschenrechtskonvention – Eine Verfassung für Europa?, JZ 2019, 421
Ruffert/Grischek/Schramm, Europarecht im Examen – Die Grundrechte, JuS 2020, 1022

8 Dazu *Lindner*, JuS 2018, 233.
9 Siehe *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 93, Rn. 67 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Honer, Die Grundrechte der EU-Grundrechtecharta, JA 2021, 219
Lorenzen, Grundlagen des Europarechts, Jura 2021, 482; 607
Knoth/Seyer, Grundfälle zur Grundrechtecharta, JuS 2021, 928; 1018
Voßkuhle/Schemmel, Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit, JuS 2021, 1137

II. Grundrechtsfunktionen

Wie wurden Grundrechtsfunktionen klassischerweise systematisiert?

Die wohl bekannteste Einteilung geht auf *Georg Jellinek* zurück, der zwischen drei Funktionen unterschiedet (sog. **Statuslehre**):[10] 23

- *status negativus*: Freiheit **vom** Staat – Grundrechte als Abwehrrechte.
- *status positivus*: Freiheit **durch** den Staat – Grundrechte als Leistungsrechte.
- *status activus*: Freiheit **im** und **für** den Staat – Grundrechte als politische Teilhaberechte.



Die Grundrechts-funktionen

2 .Wie werden Grundrechtsfunktionen heute systematisiert?

Eine aktuellere Systematisierung unterscheidet zwischen **„subjektiv-rechtlichen“** und **„objektiv-rechtlichen“ Grundrechtsgehalten.**[11] Grundrechte sind seit jeher als subjektive Rechte verstanden worden; die Entwicklung objektiv-rechtlicher Gehalte ist erst im Laufe der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik durch das BVerfG danebengetreten: 24

> ▶ 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. [...] 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.
>
> **BVerfGE 7, 198, 204 f. (Lüth [1958])** ◀

Die Figur der „objektiven Wertordnung“ wird durchaus kritisch gesehen.[12] Das BVerfG kann sich mit diesem Begriff nämlich neben dem Grundrechtsschutz ein Argumentationsreservoir schaffen, das den parlamentarischen Gesetzgeber wirkmächtig zu beschränken geeignet ist. Das birgt die Gefahr einer Selbstermächtigung des Gerichts. 25

10 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechten, 2. Aufl. 1905, S. 85 ff.
11 Dazu *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 26 ff.; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411.
12 Zur Kritik siehe *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 178 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

26 Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Gehalte sind eng miteinander verknüpft,[13] sie können als unterschiedliche **Perspektiven** auf dasselbe Phänomen interpretiert werden, als zwei Seiten derselben Medaille: Aus subjektiv-rechtlicher Perspektive werden Grundrechte als Rechte des Individuums gedeutet; aus objektiv-rechtlicher Perspektive werden sie als Werteentscheidungen verstanden, die dem Staat Pflichten auferlegen, ihn binden.

27 Die subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen umfassen Elemente der Statuslehre: Die **Abwehrfunktion** (§ 1 Rn. 28) entspricht dem *status negativus*, die **Leistungsfunktion** (§ 1 Rn. 29 f.) entspricht dem *status positivus*. Die objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen umfassen den **Ausgestaltungsauftrag** (§ 1 Rn. 31 ff.), die **Schutzfunktion** (§ 1 Rn. 35 ff.), den Grundrechtsschutz durch **Organisation und Verfahren** (§ 1 Rn. 38 ff.) und die **Ausstrahlungswirkung** (§ 1 Rn. 41).

3. Wie wirken Grundrechte als Abwehrrechte?

28 Im Zentrum des grundgesetzlichen Grundrechtsverständnisses steht ihre Abwehrfunktion.[14] Dabei handelt es sich um Unterlassungspflichten: Der Staat hat (ungerechtfertigte) Eingriffe in die grundrechtlich gewährleisteten Schutzgehalte zu unterlassen. So darf der Staat beispielsweise grds. Meinungsäußerungen oder Berufe nicht ohne gewichtige Gründe verbieten. Dieser Verpflichtung kommt er nach, indem er derlei Eingriffe schlicht unterlässt.

4. Wie wirken Grundrechte als Leistungsrechte?

29 Freiheit *vom* Staat und die Abwehr staatlicher Eingriffe genügen nicht, um einen umfassenden Grundrechtsschutz der Grundrechtsträger:innen zu gewährleisten. Das gilt insbesondere dort, wo das Individuum die Ausübung einer grundrechtlichen Freiheit nicht eigenständig garantieren kann: Stellt der Staat etwa Einrichtungen und Leistungen zu Verfügung, so verwirklicht sich Grundrechtsschutz in Form eines subjektiven Anspruchs auf Teilhabe (sog. ***derivatives* Leistungsrecht**). So stellte das BVerfG zur Vergabe von Studienplätzen fest:

> ▶ Hier folgt daraus, daß der Staat Leistungen anbietet, ein Recht jedes hochschulreifen Staatsbürgers, an der damit gebotenen Lebenschance prinzipiell gleichberechtigt beteiligt zu werden. Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsgebot gewährleistet also ein Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden Staatsbürgers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl.
>
> **BVerfGE 33, 303, 332 (numerus clausus I [1972])** ◀

30 Daneben stehen sog. ***originäre* Leistungsrechte**, die den Staat zur Schaffung noch nicht vorhandener Leistungen oder Einrichtungen verpflichten. Nur in sehr wenigen Konstellationen hat das BVerfG ein solches Recht angenommen.

13 BVerfGE 50, 290, 337 (Mitbestimmung [1979]).
14 BVerfGE 7, 189 (Lüth [1958]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Praktisch wichtigstes Beispiel ist der Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (§ 7 Rn. 31 ff.) aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG.[15]

5. Was sind Ausgestaltungsaufträge der Grundrechte?

31 Grundrechte – das zeigen nicht zuletzt die hohlen Gewährleistungen in Diktaturen – ergeben überhaupt nur in einem Rechtsstaat Sinn, sie bedürfen für ihren Schutz einer ausgeprägten Rechtsordnung. Teilweise sind Grundrechte aber darüber hinaus auf eine spezifische rechtliche Ausgestaltung einer Materie angewiesen.

> Das gilt namentlich für die Einrichtungsgarantien (§ 4 Rn. 42 f.): Ehe, Art. 6 Abs. 1 GG (§ 17 Rn. 4), Eigentum und Erbrecht, Art. 14 Abs. 1 GG (§ 15 Rn. 12 f.) sowie die Privatschulfreiheit, Art. 7 Abs. 5 GG). Ausgestaltungsbedürftig sind ferner normgeprägte Grundrechte (§ 4 Rn. 44 ff.) wie die Vertragsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG (§ 21 Rn. 27 ff.), die Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG (§ 16 Rn. 26) oder die Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 GG (§ 25 Rn. 6).

32 Das Problem liegt auf der Hand: Ohne Eigentumsordnung kann es keinen grundrechtlichen Schutz des Eigentums, ohne Eherecht keinen Schutz der Ehe, ohne Vertragsrecht keinen grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit geben. Der Staat ist hier gefordert, entsprechende rechtliche Regelungen vorzuhalten, denen dann eine **Ermöglichungsfunktion** zukommt: Das BGB ermöglicht Vertragsschlüsse, etabliert Eigentum und Ehe, die dann auch grundrechtlich geschützt werden können.

33 Damit die Grundrechtsträger:innen ihre Grundrechte sinnvoll ausüben können, müssen diese Schutzgegenstände *in ihrem Bestand* von der Rechtsordnung gewährleistet werden. Eine Änderung der Ausgestaltung oder gar eine Aufhebung durch den Gesetzgeber stellt einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff dar.

34 Umstritten ist, inwiefern aus dem Ausgestaltungsauftrag eine Verpflichtung des Gesetzgebers resultieren kann, neue gesellschaftliche Entwicklungen einfachgesetzlich zu regeln. So haben beispielsweise Daten in der heutigen Informationsgesellschaft einen hohen (materiellen) Wert. Der Gesetzgeber steht damit vor der Herausforderung, Besitz und Eigentum an Daten rechtlich einzufassen.[16]

6. Was ist die Schutzfunktion der Grundrechte?

35 Grundrechte können in einer weiteren Dimension auch eine Pflicht des Staates statuieren, die von ihnen gewährleisteten Rechte vor Gefährdungen oder Verletzungen durch Dritte (etwa Private oder auch ausländische Staaten[17]) zu schützen. Das hängt damit zusammen, dass die Grundrechte grundsätzlich nur den Staat, nicht aber die Bürger:innen, verpflichten (§ 3 Rn. 1). Daraus ergibt sich in manchen Bereichen das Bedürfnis, die Wirkmechanismen der Grundrechte um



Podcast „Spruchreif" – US-Drohnenangriffe

15 Vgl. BVerfGE 125, 175 (Hartz IV [2009]).
16 Dazu *Michl*, NJW 2019, 2729; *Werner*, NJOZ 2019, 1041.
17 BVerwGE 170, 346 (Drohneneinsätze der USA [2020]); dazu *Payandeh/Sauer*, NJW 2021, 1570.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Schutzdimension zu erweitern und den Staat zur Grundrechtsgewährleistung durch einen Schutz vor Rechtsverletzungen seitens Dritter zu verpflichten.

36 Ausdrücklich normierte Schutzpflichten finden sich in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG (Schutz der Menschenwürde) und Art. 6 Abs. 1 und 4 GG (Schutz von Ehe und Familie sowie Mutterschutz).[18] Den Beginn der Entwicklung der Schutzdimension markiert die erste Abtreibungsentscheidung des BVerfG, der zufolge Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG den Staat verpflichtet, das sich entwickelnde Leben zu schützen.[19] In seinem zweiten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch konkretisierte das BVerfG das zu gewährende Schutzniveau:

ZJS 2022, 393

> ▶ 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.
>
> **BVerfGE 88, 203, 254 (Schwangerschaftsabbruch II [1993])** ◀

37 Die Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus korrespondiert mit einem Schutzanspruch der Bürger:innen:[20] Die objektiv-rechtliche Schutzfunktion wird also subjektiviert und so justiziabel.

7. Was meint Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren?

38 Mit der leistungsrechtlichen Funktion (§ 1 Rn. 29 f.) eng verbunden ist der Einfluss, den die Grundrechte auf die Ausgestaltung von Organisation und Verfahrensstrukturen entfalten: Chancengleiche und leistungsgerechte Teilhabe an Leistungen oder Einrichtungen ist auch durch grundrechtssichernde Organisation und Verfahren zu gewährleisten.

> Folgende Beispiele mögen dies für verfahrensrechtliche Anforderungen verdeutlichen: Wem ein Studienplatz an einer Universität zugewiesen werden soll, muss in einem fairen Verfahren bestimmt werden. Dem Anspruch auf gleichheitsgerechte Zulassung zu Studienplätzen aus Art. 12 Abs. 1 i.V.m Art. 3 Abs. 1 GG kommt also auch eine prozedurale Wirkung zu.[21] Ferner hat das BVerfG an die Aussprache eines Stadionverbots bestimmte verfahrensrechtliche Anforderungen, etwa einen hinreichenden sachlichen Grund und eine Anhörung der jeweiligen Betroffenen, geknüpft.[22] Auch der BGH hat entschieden, dass aus der Meinungsfreiheit (§ 12

18 BVerfGE 6, 55, 76 (Steuersplitting [1957]).
19 BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I [1974]).
20 BVerfGE 77, 170, 214 (Lagerung chemischer Waffen [1987]); ferner BVerfG NVwZ 2018, 1224.
21 Siehe BVerfGE 147, 253 (numerus clausus III [2017]).
22 BVerfGE 148, 267 (Stadionverbot [2018]); ausführlich zur Entscheidung (§ 3 Rn. 37 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rn. 3 ff.) folge, dass *Facebook* seine Nutzer:innen vor Löschung eines Beitrags informieren und ihnen ein „Recht auf Gegenäußerung" einräumen muss.[23]

Bereits *Werner Böhmer*, Richter des BVerfG, stellte dazu in einem Sondervotum fest: 39

> ▶ Das Mittel zur Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen ist das Verfahrensrecht. Die staatlichen Organe haben nicht nur die Pflicht, die materiellen Grundrechte zu beachten, sie müssen ihnen auch durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung Wirksamkeit verschaffen. Wenn das Verfahrensrecht nicht auf die Effektuierung der Grundrechte ausgerichtet ist, kann deren substantieller Gehalt beeinträchtigt werden. **Im Grunde ist ein ordnungsgemäßes Verfahren die einzige Möglichkeit, Grundrechte durchzusetzen oder wirksam zu gewährleisten.**
>
> **BVerfGE 49, 220, 235 (Zwangsversteigerung III [1978])** ◀

Grundrechtsschutz durch Organisation lässt sich am Beispiel der Ausgestaltung der Hochschulorganisation veranschaulichen: Die Wissenschaftsfreiheit (§ 11 Rn. 29 f.) enthält eine **institutionelle Garantie** (§ 4 Rn. 42) der wissenschaftlichen Hochschulen (Universitäten und Fachhochschulen). Mit umfasst ist dabei insbesondere die Selbstverwaltungsgarantie; wissenschaftliche Hochschulen können sich also grundsätzlich selbst verwalten und damit unabhängig vom Staat agieren (sog. Hochschulautonomie), wodurch die Wissenschaftsfreiheit auch organisatorisch abgesichert wird: 40

> ▶ Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG enthält neben einem individuellen Freiheitsrecht eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde, wertentscheidende Grundsatznorm. Diese Wertentscheidung schließt das Einstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein. Der Staat muss danach **für funktionsfähige Institutionen eines freien universitären Wissenschaftsbetriebs sorgen und durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellen**, dass das individuelle Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung so weit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist. [...] Dem einzelnen Träger des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG erwächst aus dieser Wertentscheidung ein Recht auf solche staatlichen Maßnahmen auch organisatorischer Art, die zum Schutz seines grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums unerlässlich sind, weil sie ihm freie wissenschaftliche Betätigung überhaupt erst ermöglichen.
>
> **BVerfGE 127, 87, 114 f. (Hamburgisches Hochschulgesetz [2010])** ◀

23 BGH ZUM 2021, 953; dazu *Raue*, JZ 2018, 96.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Folgende Tabelle gibt einen Überblick über verschiedene grundrechtlich geschützte Selbstverwaltungsinstitutionen:

	Selbstverwaltungsinstitution	grundrechtsrelevanter Bereich	durch Organisation ermöglichtes Verhalten
Kultur	Hochschulen (i.d.R. Körperschaften)	Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 Var. 2 GG	■ freie Forschung und Lehre
	öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten (i.d.R. Anstalten)	Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG	■ Programmfreiheit ■ alle mit Rundfunk zusammenhängende Tätigkeiten
Wirtschaft/ Beruf	u.a. Industrie- und Handelskammern, freie Berufe (z.B. Ärzteschaft, Anwaltschaft) (i.d.R. Körperschaften)	Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG Wettbewerbsfreiheit, Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG	■ berufsrechtliche Regelungen für die freien Berufe ■ Regelung branchenspezifischer Streitigkeiten ■ Interessenvertretung gegenüber dem Staat
Eigentum	u.a. Wasserverbände, Deichverbände, Jagdgenossenschaften (i.d.R. Körperschaften)	Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG	■ effektive Ausübung des Eigentumsrechts, insb. des Nutzungsrechts ■ Kostenübernahme für Erhaltungsmaßnahmen durch die Mitglieder

8. Was ist die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte?

41 Grundrechte entfalten Ausstrahlungswirkung in alle Bereiche des Rechts. Einfachgesetzliche Normen sind im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden (siehe auch verfassungskonforme Auslegung, § 5 Rn. 8 f.). Die Grundrechte wirken etwa durch **Generalklauseln**, also unbestimmte Rechtsbegriffe, in das jeweilige Rechtsgebiet. Beispielsweise kann der Begriff der guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB mit grundrechtlichen Wertungen aufgeladen werden.[24] Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht wird auch im Zusammenhang mit der Drittwirkung der Grundrechte (§ 3 Rn. 29 f.) diskutiert.

9. Die Klimaschutzgesetz-Entscheidung

a) Sachverhalt

42 Die Beschwerdeführenden sind der Auffassung, der Gesetzgeber habe mit § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 S. 3 Klimaschutzgesetz (KSG) a.F. keine ausreichenden Regelungen zur alsbaldigen Reduktion von Treibhausgasen, vor allem von Kohlenstoffdioxid (CO_2), unternommen. § 3 Abs. 1 KSG a.F. sah zwar eine schrittweise Minderung der Treibhausgasemissionen um mindestens 55 % im

24 Siehe etwa BVerfGE 89, 214, 229 (Bürgschaftsverträge [1993]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -



Die Klimaschutzgesetz-Entscheidung

Vergleich zum Jahr 1990 bis zum Zieljahr 2030 vor; und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG a.F. regelte in Verbindung mit Anlage 2 die der Minderungsquote entsprechenden zulässigen Jahresemissionen in verschiedenen Industriesektoren. Regelungen über 2030 hinaus enthielt das Gesetz hingegen nicht, vielmehr sollte die Bundesregierung im Jahr 2025 nach § 4 Abs. 6 KSG a.F. für weitere Zeiträume nach dem Jahr 2030 jährlich absinkende Emissionsmengen durch Rechtsverordnung festlegen. Die Beschwerdeführenden, unter anderem junge Menschen aus Deutschland, Nepal und Bangladesch sowie zwei Umweltverbände, hielten diese Regelung für nicht ausreichend, um die Erwärmung der Erde auf 1,5 °C oder wenigstens deutlich unter 2 °C zu beschränken – was nach dem Stand der Wissenschaft zu Vermeidung der Überschreitung von sog. Kipppunkten mit unabsehbaren Folgen für das Klimasystem erforderlich ist, und wozu sich die Bundesrepublik internationalrechtlich verpflichtet hat. Soll dieses Ziel erreicht werden, würden wegen zu geringer Minderungsquoten für die Zeit vor 2030 in der Zeit danach sehr viel drastischere Einschnitte und damit Freiheitsbeschränkungen erforderlich werden.

Die Beschwerdeführenden machen daher eine Verletzung der staatlichen Schutzpflichten (§ 1 Rn. 35 ff.) aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie teilweise aus Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG geltend. Darüber hinaus rügen sie eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG („**ökologisches Existenzminimum**“) und eine Verletzung der Freiheitsrechte in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG wegen Missachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes. Das BVerfG entschied, die Verfassungsbeschwerden seien teilweise begründet. 43

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Zunächst stellt das BVerfG die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden hinsichtlich der inländischen natürlichen Personen fest; jene der in Bangladesch und Nepal lebenden Beschwerdeführenden seien nur teilweise zulässig. Eine Beschwerdebefugnis der Umweltvereinigungen als „Anwälte der Natur“ sei in der Verfassung indessen nicht vorgesehen.[25] Sodann formuliert das BVerfG eine „Vorwirkung auf künftige Freiheiten“ durch den Klimawandel;[26] grundrechtsdogmatisch folge daraus bereits heute die Beschwerdebefugnis (§ 27 Rn. 9) der Beschwerdeführenden: 44

> ▶ Die beschriebene **Gefahr künftiger Freiheitsbeschränkungen** begründet gegenwärtig eine Grundrechtsbetroffenheit, weil diese Gefahr im aktuellen Recht angelegt ist. Freiheitsausübungen, die direkt oder indirekt mit CO_2-Emissionen verbunden sind, sind nach 2030 gerade dadurch bedroht, dass § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG iVm Anlage 2 Treibhausgasemissionen bis 2030 in einem möglicherweise zu hohen Umfang zulassen. [...] Da eine damit heute möglicherweise **unumkehrbar in Gang gesetzte Grundrechtsbeeinträchtigung** mit einer späteren Verfassungsbeschwerde gegen dann erfolgende Freiheitsbeschränkungen nicht mehr ohne

25 Siehe BVerfGE 157, 30, Rn. 136 (Klimaschutz [2021]).
26 So BVerfGE 157, 30, Rn. 116 (Klimaschutz [2021]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weiteres erfolgreich angegriffen werden könnte, sind die Bf. jetzt schon beschwerdebefugt.

BVerfGE 157, 30, Rn. 130 (Klimaschutz [2021]) ◀

45 Dagegen lehnt das BVerfG die Beschwerdebefugnis hinsichtlich der Geltendmachung eines „**Grundrechts auf ein ökologisches Existenzminimum**" oder eines diesem ähnelnden „**Rechts auf eine menschenwürdige Zukunft**" ab.[27] Auch eine Verletzung von staatlichen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG erkannte das Gericht nicht.[28] Zur Erfüllung dieser Schutzpflichten stehe der Legislative ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, welcher nur dann überschritten sei, wenn die getroffenen Vorkehrungen offensichtlich ungeeignet oder unzulänglich seien. Dies konnte das Gericht in Bezug auf das Klimaschutzgesetz nicht feststellen. Eine Grundrechtsverletzung erkennt das BVerfG jedoch in der Verletzung zukünftiger Freiheitsrechte:

Podcast „Spruchreif" – Die Klimaschutzgesetz-Entscheidung

▶ Die Entscheidung des Gesetzgebers, bis zum Jahr 2030 die in § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG iVm Anlage 2 geregelte Menge an CO_2-Emissionen zuzulassen, entfaltet **eingriffsähnliche Vorwirkung** auf die durch das Grundgesetz umfassend geschützte Freiheit der Bf. und bedarf verfassungsrechtlicher Rechtfertigung. [...] § 3 Abs. 1 S. 2 und § 4 Abs. 1 S. 3 KSG iVm Anlage 2 sind [...] insoweit verfassungswidrig, als sie unverhältnismäßige Gefahren der Beeinträchtigung künftiger grundrechtlicher Freiheit begründen. Weil die in den beiden Vorschriften bis 2030 vorgesehenen Emissionsmengen die nach 2030 unter Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen Klimaschutzes noch verbleibenden Emissionsmöglichkeiten erheblich reduzieren, muss der Gesetzgeber zur **Gewährleistung eines freiheitsschonenden Übergangs in die Klimaneutralität** hinreichende Vorkehrungen treffen. Das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen. Als **intertemporale Freiheitssicherung** schützen die Grundrechte die Bf. hier vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20 a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft. Insoweit fehlen Mindestregelungen über Reduktionserfordernisse nach 2030, die geeignet wären, einer notwendigen Entwicklung klimaneutraler Techniken und Praktiken rechtzeitig grundlegende Orientierung und Anreiz zu bieten.

BVerfGE 157, 30, Rn. 183 (Klimaschutz [2021]) ◀

46 Das BVerfG stellt also auf die klassische Abwehrfunktion der Grundrechte (§ 1 Rn. 28) ab. Das Unterlassen des Gesetzgebers, hinreichende Vorkehrungen für den voranschreitenden Klimawandel zu erlassen, ist daher grundrechtsdogmatisch als Eingriff in Grundrechte zukünftiger Generationen einzuordnen. Die Innovation durch diese Entscheidung liegt darin, dass dem Gericht zufolge Grundrechte in die Zukunft (vor-)wirken können (**intertemporaler Freiheitsschutz**).[29]

JA 2022, 47 ◆

27 BVerfGE 157, 30, Rn. 113 f. (Klimaschutz [2021]).
28 BVerfGE 157, 30, Rn. 151 f. (Klimaschutz [2021]).
29 Dazu *Berkemann*, DÖV 2021, 701; *Schlacke*, NVwZ 2021, 912; *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Auswirkungen des Klimaschutzes und diesbezüglicher Klimaschutzregelungen beschäftigen auch europäische Gerichte:[30] So ist beim EGMR etwa eine Beschwerde von Kindern und Jugendlichen aus Portugal anhängig.[31] Der EuGH hatte sich im „People's Climate Case" mit der Verschärfung der europäischen Klimaschutzregelungen von 2018 zu beschäftigen.[32] Auch andere nationale Gerichte reihen sich in diese neue Linie der Klimaschutz-Rechtsprechung ein: Besondere mediale Aufmerksamkeit gewann etwa ein Urteil eines Gerichts in Den Haag, das das Unternehmen *Shell* zur Reduzierung seiner Emissionen verurteilte.[33] 47

c) Relevanz der Entscheidung

Durch die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen erfahren die Staatszielbestimmungen des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen und des Tierschutzes (Art. 20a GG) eine erhebliche Aufwertung. Die Botschaft des BVerfG an die Legislative ist eindeutig: Das Grundgesetz lasse „die tatenlose Hinnahme eines *ad infinitum* fortschreitenden Klimawandels" durch den Staat nicht zu.[34] Den heutigen CO_2-Emissionen kommt eine eingriffsähnliche Vorwirkung für die Ausübung künftiger Freiheitsrechte zu (intertemporaler Freiheitsschutz).[35] Bereits heute muss der Gesetzgeber angemessene Regelungen für die Zukunft treffen. Das Urteil setzt damit zugleich ein wichtiges Zeichen für eine grundrechtliche Absicherung der **Generationengerechtigkeit**. Der Gesetzgeber hat auf die BVerfG-Entscheidung reagiert und 2021 ein neues Klimaschutzgesetz beschlossen. 48



Der Umwelt- und Tierschutz im Grundgesetz

Offen ist, wie andere Generationenfragen (etwa die Staatsverschuldung oder die Sozialversicherungssysteme betreffend) vor dem Hintergrund dieses Urteils zu bewerten sind.[36] Hier gilt es zu berücksichtigen, dass es – anders als durch Art. 20a GG – keinen ausdrücklich verfassungsrechtlich normierten Schutz der Freiheitsausübung künftiger Generationen gibt. Hinsichtlich der Annahme einer pauschalen intertemporalen Freiheitssicherung ist daher Zurückhaltung geboten. 49

10. Grundrechte als Optimierungsgebote?

Eine weitere Systematisierung der Grundrechtsfunktionen bietet *Robert Alexys* **Prinzipientheorie** an.[37] Sie differenziert zwischen Regeln und Prinzipien: Regeln verlangten unbedingte Befolgung; Prinzipien seien Gebote, auf die hin Entscheidungen zu optimieren seien, denen möglichst weitgehend Wirkung zu verschaf- 50

30 Ein Überblick bieten *Fellenberg*, NVwZ 2022, 913; *Schmahl*, JZ 2022, 317.
31 Zur Verfahrensmitteilung des EGMR.
32 EuGH, ECLI:EU:C:2021:252 – Carvalho ua/Europäisches Parlament.
33 Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 – Royal Dutch Shell. Vgl. ferner die Ausführungen zur „climate change litigation" (§ 9 Rn. 24 f.).
34 BVerfGE 157, 30, Rn. 118 (Klimaschutz [2021]); zum Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Britz*, NVwZ 2022, 825.
35 Dazu *Ruttloff/Freihoff*, NVwZ 2021, 917; *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069; *Sinder*, JZ 2021, 1078; *Wagner*, NJW 2021, 2256; *Wahnschaffe/Lücke*, DÖV 2021, 1099.
36 Dazu *Groß*, ZRP 2022, 6; *Kersten/Kaupp*, JuS 2022, 473; *Oettingen/Schmidt*, DÖV 2022, 477.
37 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fen sei, die aber in der Regel nicht erreicht oder voll verwirklicht würden. Der Unterschied wird besonders im Kollisionsfall sichtbar: Treffen zwei Regeln aufeinander, so kommt einer Regel Vorrang gegenüber der anderen Regel zu – etwa aufgrund der Grundsätze *lex posterior* oder *lex specialis*.[38] Prinzipien sind hingegen **Optimierungsgebote**, deren Kollision sich nicht nach starren Kollisionsregeln (also Vorrangsverhältnissen) auflösen lässt. Hier sind vielmehr die Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen.[39]

Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Wenn Personen bestimmte Aussagen über andere Personen treffen, kommt es typischerweise zu einem Konflikt zwischen der Meinungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (§ 12 Rn. 44 ff.). Das BVerfG betont in diesen Fällen stets, dass keinem dieser beiden Prinzipien von vornherein Vorrang zukommt, sondern eine Kollisionsauflösung nur für den konkreten Einzelfall getroffen werden kann.

38 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 77 f.
39 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 78 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 2 Grundrechte im europäischen Mehrebenensystem



Das Verhältnis der Grundrechte aus verschiedenen Quellen zueinander

1

Wenn es darum geht, staatliches Handeln an Grundrechten zu messen, sind heute längst nicht mehr allein die Grundrechte des GG maßgeblich. In der Praxis und in der juristischen Ausbildung und Prüfung ist vielmehr auch den Grundrechten aus der EMRK und der EU-GRCh und dem Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen Beachtung zu schenken. Die Grundrechte des GG können nicht ohne Bezug auf die europäische Ebene interpretiert und angewendet werden: So legt das BVerfG die Grundrechte des GG im Lichte der Grundrechte der EMRK aus (völkerrechtskonforme Auslegung, § 5 Rn. 10). Wie das BVerfG in seinen Entscheidungen zum Recht auf Vergessen (§ 2 Rn. 15 ff.) darlegt, können auch die Grundrechte der EU-GRCh im Rahmen einer herkömmlichen Verfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 9) Prüfungsmaßstab sein; und auch die Interpretation der Grundrechte der EU-GRCh ist ihrerseits maßgeblich an jene der Grundrechte der EMRK angelehnt. Das Verständnis der verschiedenen Grundrechtskataloge und ihres Zusammenwirkens im europäischen Mehrebenensystem ist damit für die verfassungsrechtliche Prüfung in der Praxis und im Examen unerlässlich.

I. Das Verhältnis der Grundrechte aus verschiedenen Quellen zueinander

1. Wieso muss beim Grundrechtsschutz auch die europäische Dimension beachtet werden?

Grundrechte sind nicht nur im Grundgesetz kanonisiert, sondern werden auch durch die Europäische Grundrechte-Charta (EU-GRCh) und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verbürgt; ferner finden sich grundrechtliche oder grundrechtsähnliche Gewährleistungen in internationalen Verträgen und Pakten. Das grundgesetzliche Regime des Grundrechtsschutzes ist daher stark von Wechselwirkungen mit internationalen Grundrechtsgewährleistungen geprägt. Diese Wechselwirkungen sind kompliziert und nicht immer spannungsfrei: GG, die EU-GRCh und EMRK stellen kein einheitliches, (terminologisch) abgestimmtes oder geschlossenes Grundrechtssystem dar, sie stehen vielmehr autonom nebeneinander, sind aber auf vielfältige Weise rechtlich miteinander verflochten.[1] Die wichtigsten Akteure in diesem Miteinander sind dabei die Gerichte. Stets wird in diesem Zusammenhang das **Kooperationsverhältnis** zwischen BVerfG und europäischen Gerichten, insbesondere dem EuGH (§ 26 Rn. 6 f.) und dem EGMR (§ 26 Rn. 9 f.), betont.

1 Dazu *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wodurch zeichnet sich das Verhältnis zwischen deutschen Grundrechten und den Menschenrechten der EMRK aus?

2 Für die Verhältnisbestimmung der Grundrechte des GG zu den Menschenrechten der EMRK ist die Beantwortung der Fragen entscheidend, ob eine von deutschen Behörden ausgehende Verletzung der Menschenrechte der EMRK vor deutschen Gerichten geltend gemacht werden kann und inwiefern Entscheidungen des EGMR von deutschen Gerichten berücksichtigt werden müssen (völkerrechtskonforme Auslegung, § 5 Rn. 10). Zwischen dem BVerfG und dem EGMR besteht ein Kooperationsverhältnis.[2] Die Gerichte sind deshalb bemüht, durch einen über ihre jeweiligen Entscheidungen geführten Dialog eine einheitliche Rechtsprechungslinie zu finden.[3] Den Entscheidungen des EGMR kommt eine „faktische Orientierungs- und Leitfunktion" zu (siehe dazu die Caroline-Rechtsprechung, § 12 Rn. 63 ff.).[4] Deutsche Gerichte müssen EGMR-Entscheidungen damit bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen (siehe Görgülü-Entscheidung, § 17 Rn. 21 ff.).

3. Wie ist das Verhältnis zwischen deutschen Grundrechten und EU-Recht?

3 Die Grundrechte des Grundgesetzes binden gem. Art. 1 Abs. 3 GG die deutsche Staatsgewalt (Legislative, Exekutive, Judikative) bei jeglichem Handeln. Demgegenüber ordnet Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh die Geltung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union für die Mitgliedsstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts an. Während die grundrechtlichen Gewährleistungen des GG (und auch der EMRK) also immer (= für jedwedes staatliches Handeln) gelten, stehen die Grundrechte der EU-GRCh im Zusammenhang mit dem **Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung** (Art. 5 EUV); sie gelten demnach nur, wenn Unionsrecht einschlägig ist.[5] In der Sache handelt es sich dabei um eine Kompetenzausübungsschranke für Unionsrecht, die einen Übergriff in mitgliedsstaatliche Kompetenzbereiche verhindern soll. Wann immer ein Sachverhalt einen unionsrechtlichen Bezug aufweist, müssen deshalb die Fragen des Verhältnisses zwischen deutschen Grundrechten und EU-Recht beantwortet werden.

Jurafuchs

4 Das Verhältnis von deutschen Grundrechten zu den EU-Gewährleistungen bewerten EuGH und BVerfG unterschiedlich; ihre jeweiligen Begründungsansätze sind geprägt durch unterschiedliche Perspektiven auf dieses Verhältnis:

- Der EuGH spricht von einem absoluten **Anwendungsvorrang** des EU-Rechts.[6] Damit das EU-Recht möglichst effektiv wirken (u.a. ***effet utile***) und die rechtliche Harmonisierung innerhalb des einheitlichen Rechtsraumes voranschreiten könne, sei es notwendig, dass dieses dem nationalen Recht bei grenzüberschreitenden bzw. EU-rechtlich geprägten Sachverhalten vorgehe.

2 So BVerfGE 111, 307 (Görgülü [2004]); siehe auch *Daiber*, DÖV 2018, 957.
3 BVerfGE 111, 307, 324 (Görgülü [2004]).
4 So BVerfGE 128, 326, 368 (EGMR Sicherungsverwahrung [2011]).
5 EuGH, ECLI:EU:C:2013:105 – Åkerberg Fransson; EuGH, ECLI:EU:C:2014:126 – Siragusa.
6 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1963:1 – van Gend & Loos; ECLI:EU:C:1964:66 – Costa ./. E.N.E.L.; ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3 – Internationale Handelsgesellschaft.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Deshalb sollen auch die Entscheidungen des EuGH jenen des BVerfG vorgehen; sie sollen letztentscheidend und verbindlich in der gesamten EU gelten.

- Das BVerfG erkennt den Anwendungsvorrang des EU-Rechts zwar grundsätzlich, aber nicht bedingungslos an.[7] So behält sich das BVerfG in bestimmten Konstellationen ein finales Entscheidungsrecht vor (siehe zum Verhältnis von EU-Recht und nationalem [Verfassungs-]Recht, § 2 Rn. 9 ff.).

Die Herausforderung effektiven Grundrechtsschutzes im Verhältnis von deutschem und EU-Recht manifestiert sich insbesondere in zwei Problembereichen: 5

- Problem 1: Kann ein EU-Rechtsakt durch das BVerfG überprüft werden? (Frage des Beschwerdegegenstandes und des Prüfungsmaßstabs der Begründetheit, § 27 Rn. 8, 16)
- Problem 2: Kann unionsrechtlich determiniertes Handeln deutscher Behörden durch das BVerfG an den Grundrechten des Grundgesetzes gemessen werden? Kann es an den Grundrechten der EU-GRCh gemessen werden? (Frage der Beschwerdebefugnis und des Prüfungsmaßstabs der Begründetheit, § 27 Rn. 9, 16)

Mit den Entscheidungen zum Recht auf Vergessen (§ 2 Rn. 15 ff.) hat das BVerfG beide Problemstellungen neu bewertet und damit eine Neuausrichtung in der europäischen Grundrechte-Architektur vorgenommen. Die Überprüfung europäischer Rechtsakte im Wege einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG ist damit nicht länger grds. unzulässig. 6

4. Was sind die europäischen Grundfreiheiten?

Die EU-Grundfreiheiten bilden den Kern des Binnenmarktrechts.[8] Sie gewährleisten den freien Waren- (Art. 34 ff. AEUV) und Personenverkehr (Arbeitnehmer:innen, Art. 45 ff. AEUV), die Niederlassungs- (Art. 49 ff. AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) sowie den freien Kapital- und Zahlungsverkehr (Art. 63 ff. AEUV). Die Grundfreiheiten sind nur einschlägig, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, nicht jedoch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten.[9] 7 ◆

Die Grundfreiheiten sollen Behinderungen des gemeinsamen Binnenmarkts durch mitgliedsstaatliches Handeln unterbinden (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV, Art. 26 Abs. 2 AEUV),[10] etwa die Erhebung von Zöllen, Subventionen für inländische Industrien oder mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen. Anders gewendet: Im Zentrum der Grundfreiheiten steht die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des europäischen Binnenmarktes, nicht die Gewährleistung subjektiver 8 ◆

7 Siehe BVerfGE 37, 271 (Solange I [1974]); BVerfGE 73, 339 (Solange II [1986]); BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung [2000]); BVerfGE 123, 267 (Vertrag von Lissabon [2009]); 140, 317 (Identitätskontrolle [2015]).

8 Dazu *Cremer*, Jura 2015, 39; *Manger-Nestler/Noack*, JuS 2013, 503; *Ruffert/Grischek/Schramm*, JuS 2021, 407; *Sauer*, JuS 2017, 310.

9 EuGH, ECLI:EU:C:1992:39, Rn. 7 – Brea/Palacios.

10 EuGH, ECLI:EU:C:1995:411 – Gebhard.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechte.[11] Ihrer Rechtnatur nach sind die Grundfreiheiten daher *keine* Grundrechte.

II. Das Verhältnis von EU-Recht und nationalem (Verfassungs-)Recht

1. Können EU-Rechtsakte an deutschen Grundrechten gemessen werden?

◆ 9



Das Verhältnis von EU-Recht und nationalem (Verfassungs-)Recht

Aus dem Konkurrenzverhältnis von EU-Recht und nationalem Recht (§ 2 Rn. 4) folgt: EU-Recht kommt Anwendungsvorrang vor den deutschen Grundrechten zu; umgekehrt können die Grundrechte des Grundgesetzes also grundsätzlich kein Maßstab für EU-Akte sein. Das BVerfG hat in diesem komplexen Miteinander der supranationalen Grundrechtsgewährleistung durch den EuGH indes drei Kontrollvorbehalte entwickelt. Eine Kontrolle von Rechtsakten der EU am Maßstab der Grundrechte ist demnach in folgenden Konstellationen möglich (sog. **Reservekontrolle** durch das BVerfG)[12]:

- Kontrolle unter dem Solange-Vorbehalt (§ 2 Rn. 10 ff.)
- Identitätskontrolle[13] (§ 2 Rn. 14)
- *ultra vires*-Kontrolle[14]

2. Was ist der Solange-Vorbehalt des BVerfG?

◆ 10

Der Solange-Vorbehalt wurde in verschiedenen Entscheidungen des BVerfG entwickelt und verläuft letztlich parallel zum sich weiterentwickelnden europäischen Integrationsprozess. Dieser Prozess befand sich zur Zeit des Solange I-Beschlusses 1974 in einem Anfangsstadium, so dass sich das BVerfG in der Pflicht sah, Rechtsschutzlücken zu schließen:

> ▶ Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 des Vertrags geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom

11 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1963:1, Rn. 24 f. – van Gend & Loos.

12 Einen Überblick bieten *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 93, Rn. 83 ff.; *Thiemann*, Jura 2012, 902.

13 Dazu *Uerpmann-Wittzack*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 23, Rn. 95 ff.

14 Als *ultra vires* Akt wird eine Entscheidung bezeichnet, die ein Gericht oder eine Behörde außerhalb ihres Kompetenzbereichs trifft. Es handelt sich insoweit um kein grundrechtsspezifisches Kontrollinstrument und soll daher an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Zur *ultra vires*-Kontrolle siehe *Uerpmann-Wittzack*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 23, Rn. 71 ff.; *Pegatzky*, NVwZ 2022, 761; *Schneider*, AöR 139 (2014), 196; *Schneider*, German Law Journal 21 (2020), 968.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert.
>
> **BVerfGE 37, 271, 285 (Solange I [1974])** ◀

EU-Rechtsakte können daher durch das BVerfG geprüft werden, wenn es im Vergleich zum grundgesetzlichen Schutzniveau zu strukturellen Defiziten des Grundrechtsschutzes auf EU-Ebene kommt. 11

Mit dem Solange II-Beschluss des BVerfG 1986 fand vor dem Hintergrund eines inzwischen fortgeschrittenen Integrationsprozesses eine Umkehr von der Solange I-Rechtsprechung statt. Das BVerfG wollte fortan auf einen innerstaatlichen Rechtsschutz zugunsten der europäischen Gerichte verzichten, „solange" auf Unionsebene ein Grundrechtsschutz besteht, der mit dem Schutzniveau des GG vergleichbar ist: 12

> ▶ 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; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig.
>
> **BVerfGE 73, 339, 387 (Solange II [1986])** ◀

Das BVerfG entschied, dass auf Unionsebene (mittlerweile) ein ausreichender Grundrechtsschutz bestehe; solange dieser erhalten bleibe, werde das BVerfG seine Kompetenz, das Unionsrecht auf die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu prüfen, nicht mehr ausüben.[15] Dies deckt sich mit den Integrationsbestimmungen des Art. 23 Abs. 1 GG. Daraus folgt: Verfassungsbeschwerden, in denen eine Verletzung deutscher Grundrechte durch Rechtsakte der EU beanstandet werden, sind unzulässig. Es fehlt an einem tauglichen Beschwerdegegenstand (§ 27 Rn. 8). 13

Da der Integrationsprozess weiter voranschreitet und damit auch der Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene immer differenzierter wird, ist es unwahrscheinlich, dass das BVerfG auf den Solange-Vorbehalt zurückgreift.

15 BVerfGE 102, 147 (Bananenmarktordnung [2000]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Was ist die Identitätskontrolle des BVerfG?

14 Das Instrument der Identitätskontrolle wurde vom BVerfG in seinem Maastricht-Urteil 1993 entwickelt.[16] Es zielt auf die Wahrung der deutschen Verfassungsordnung in ihrem Grundgefüge: Der verfassungsrechtliche Identitätskern darf durch EU-Recht nicht verletzt werden. Welche grundgesetzlichen Bestimmungen vom Kern umfasst sind, hat das BVerfG allerdings nicht im Einzelnen bestimmt. Orientierung bietet die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG (§ 5 Rn. 19), wonach jedenfalls die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG, § 6 Rn. 3) und die Prinzipien des Art. 20 GG nicht berührt werden dürfen. Das BVerfG hat ferner in seiner Lissabon-Entscheidung einzelne Elemente des Verfassungskerns herausgearbeitet.[17]

4. Die Entscheidungen zum Recht auf Vergessen

a) Sachverhalt

15 In der Entscheidung zum Recht auf Vergessen I geht es um Onlineartikel des Magazins *Spiegel*.[18] Der Beschwerdeführer wurde im Jahr 1982 rechtskräftig wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Der *Spiegel* veröffentlichte 1982 und 1983 unter Auseinandersetzung mit der Person des namentlich genannten Beschwerdeführers drei Artikel in seiner gedruckten Ausgabe. Seit 1999 stehen diese Berichte in einem Onlinearchiv kostenlos und ohne Zugangsbarrieren zum Abruf bereit. Gibt man den Namen des Beschwerdeführers bei einem gängigen Internetsuchdienst ein, werden die Artikel unter den ersten Treffern angezeigt; der Beschwerdeführer wandte sich gegen die Bereitstellung der Artikel im Onlinearchiv des Magazins *Spiegel*.

Recht auf Vergessen I und II

16 In der Entscheidung zum Recht auf Vergessen II geht es um einen Beitrag des *Norddeutschen Rundfunks (NDR)*.[19] Am 21.1.2010 strahlte der Sender einen Beitrag mit dem Titel „Kündigung: Die fiesen Tricks der Arbeitgeber“ aus. Darin wurde der Beschwerdeführerin ein unfairer Umgang mit einem gekündigten ehemaligen Mitarbeiter vorgeworfen. Der *NDR* stellte eine Datei mit einem Transkript des Beitrags auf seiner Internetseite ein. Bei Eingabe des vollständigen Namens der Beschwerdeführerin in die Suchmaske des im Ausgangsverfahren beklagten Suchmaschinenbetreibers *Google Inc.* wurde als eines der ersten Suchergebnisse die Verlinkung auf diese Datei angezeigt. Gegen die Anzeige dieses Links durch die Internetsuchmaschine wandte sich die Beschwerdeführerin.

17 Beide Sachverhalte der Entscheidungen sind damit hinsichtlich des Begehrens vergleichbar, durch die verschiedenen Anspruchsgegner jedoch unionsrechtlich unterschiedlich zu beurteilen. Während die Ansprüche gegen den Suchmaschinenbetreiber *Google Inc.* in der Entscheidung Recht auf Vergessen II den vollharmonisierten Bereich des Unionsrechts betreffen – die Datenverarbeitung

16 BVerfGE 89, 155 (Maastricht [1993]); weiter konkretisiert in BVerfGE 123, 267 (Vertrag von Lissabon [2009]); 140, 317 (Identitätskontrolle [2015]).
17 BVerfGE 123, 267, Rn. 240 (Vertrag von Lissabon [2009]).
18 BVerfG 152, 152 (Recht auf Vergessen I [2019]).
19 BVerfGE 152, 216, Rn. 53 ff. (Recht auf Vergessen II [2019]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch Suchmaschinen fällt in den Anwendungsbereich der zum Zeitpunkt der Entscheidung noch einschlägigen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG (inzwischen abgelöst durch die DS-GVO), steht in der Entscheidung Recht auf Vergessen I dem Medienunternehmen *Spiegel* das sog. Medienprivileg (Art. 85 DS-GVO) zu, welches den Mitgliedstaaten einen eigenen Gestaltungsspielraum belässt.

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidungen des BVerfG

Mit den Entscheidungen zum Recht auf Vergessen hat das BVerfG einen Paradigmenwechsel in seiner Rechtsprechung vorgenommen: Bislang vertrat das BVerfG eine **Trennungsthese** hinsichtlich der Grundrechtssphären des Grundgesetzes und der EU-GRCh:[20] Entscheidend dafür, welche Grundrechtssphäre als betroffen betrachtet wurde, war dabei, ob bei der Umsetzung des Unionsrechts den Mitgliedsstaaten ein Gestaltungsspielraum eingeräumt wird. 18

War **kein Gestaltungsspielraum** gegeben, so waren die Vorgaben der EU-GRCh maßgeblich. Erhobene Verfassungsbeschwerden wurden mangels Prüfungskompetenz vom BVerfG grundsätzlich zurückgewiesen. Dies wurde damit begründet, dass Prüfungsmaßstab des BVerfG nur die Grundrechte des Grundgesetzes und nicht die der EU-GRCh seien. Dem BVerfG stehe daher also nur eine Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AUEV offen. Eine eigene Grundrechtsprüfung des BVerfG im vollständig determinierten Bereich kam daher allenfalls im Bereich der Justizgrundrechte (§ 25 Rn. 2), bspw. Entzug des gesetzlichen Richters[21], oder in den engen Grenzen des Solange-Vorbehalts (§ 2 Rn. 10 ff.) und der Identitätskontrolle (§ 2 Rn. 14) ausnahmsweise in Betracht. Sobald jedoch den Mitgliedstaaten ein **Gestaltungsspielraum** gewährt wurde, musste sich der nicht determinierte Teil des Umsetzungsrechtsaktes an den Vorgaben des Grundgesetzes messen lassen. 19

Diese strikte Trennung der Grundrechtssphären hat das BVerfG mit seinen Entscheidungen zu Recht auf Vergessen aufgegeben. Nunmehr gilt die **These der „Überlappung der Grundrechtssphären“**.[22] Das BVerfG erweitert damit seinen Prüfungsmaßstab: 20

> ▶ Bezogen auf die Rechtsordnung des Grundgesetzes ist damit – unabhängig davon, wie das in anderen Mitgliedsstaaten zu beurteilen ist – von einem jeweiligen Eigenstand der unionsrechtlichen und der nationalen Grundrechte auszugehen. **Maßstab für die konkretisierende Anwendung von vollvereinheitlichtem Unionsrecht durch innerstaatliche Behörden und Gerichte ist die Grundrechtecharta.**
>
> **BVerfGE 152, 216, Rn. 46 (Recht auf Vergessen II [2019])** ◀

Im sog. **volldeterminierten Bereich** ist der Prüfungsmaßstab weiterhin die EU-GRCh. Allerdings sieht sich das BVerfG in der Position, auch die Grundrechte 21

20 BVerfGE 73, 339, 387 (Solange II [1986]); 102, 147, 165 (Bananenmarktordnung [2000]); ferner *Thym*, NVwZ 2013, 889; anders EuGH, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 29 – Åkerberg Fransson.
21 BVerfGE 82, 159, 192 (Absatzfonds [1990]).
22 Dazu *Calliess*, Jura 2021, 1302.

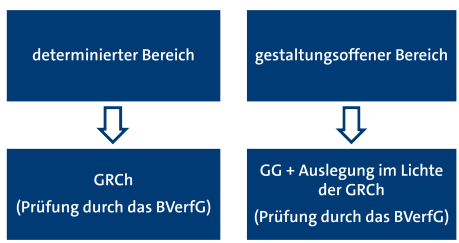
https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der EU-GRCh in seine Prüfungskompetenzen einzugliedern.[23] Daraus folgt, dass eine Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der möglichen Verletzung von Grundrechten der EU-GRCh erhoben werden kann. Allerdings stellt das BVerfG klar, dass es hierbei in einem engen Kooperationsverhältnis mit dem EuGH steht. Zudem bekennt sich das BVerfG ausdrücklich zu seiner „Solange"-Rechtsprechung (§ 2 Rn. 10 ff.) und prüft daher nur die Anwendung des Unionsrechts durch die deutsche Staatsgewalt.[24] In streitigen Konstellationen legt das BVerfG gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV die Auslegungsfrage beim EuGH vor.[25]

◆ 22 Im sog. **gestaltungsoffenen Bereich** sind Prüfungsmaßstab allein die Grundrechte des Grundgesetzes, die allerdings im Lichte der EU-GRCh ausgelegt werden.[26] Darüber hinaus erkennt das BVerfG eine „Vermutung der Mitgewährleistung des Schutzstandards der EU-GRCh" an.[27] Demnach ist doch unmittelbar auf die Vorgaben der EU-GRCh zurückzugreifen, wenn der grundgesetzliche Schutz ausnahmsweise hinter dem Schutzniveau der Grundrechtecharta zurückbleibt oder explizit ausgeführt wird, dass allein der Schutzstandard der EU-GRCh maßgeblich sein soll.



JuS 2020, 612 ◆
ZJS 2021, 334 ◆
ZJS 2021, 501 ◆
Jura 2021, 705 ◆
Jura 2021, 718 ◆
ZJS 2022, 575 ◆



◆ 23 Das BVerfG begründet die Erweiterung seines Prüfungsmaßstabs mit der **Integrationsverantwortung**. Dabei geht es dem BVerfG wohl auch darum, seine Bedeutung im System des Grundrechtsschutzes zu sichern:[28]

> ▶ **Die Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts für die Unionsgrundrechte folgt hier aus Art. 23 Abs. 1 GG** in Verbindung mit den grundgesetzlichen Vorschriften über die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Grundrechtsschutzes. Das Bundesverfassungsgericht nimmt entsprechend seiner Aufgabe, gegenüber der deutschen Staatsgewalt umfassend Grundrechtsschutz zu gewähren, im Bereich der Anwendung vollständig vereinheitlichten Unionsrechts gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG durch eine Prüfung der Rechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG **seine Integrationsverantwortung** wahr.
>
> **BVerfGE 152, 216, Rn. 53 (Recht auf Vergessen II [2019])** ◀

23 BVerfGE 152, 216, Rn. 32 (Recht auf Vergessen II [2019]).
24 BVerfGE 152, 216, Rn. 88 (Recht auf Vergessen II [2019]).
25 Dazu *Kühling*, NJW 2020, 275.
26 BVerfG 152, 152, Rn. 60 (Recht auf Vergessen I [2019]); ferner *Hoffmann*, NVwZ 2020, 33.
27 BVerfG 152, 152, Rn. 66 (Recht auf Vergessen I [2019]).
28 BVerfGE 152, 216, Rn. 53 ff. (Recht auf Vergessen II [2019]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Prüfung der Grundrechte der EU-GRCh ist mit dem Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG allerdings kaum vereinbar, welcher jedenfalls nach bisher einheitlicher Auffassung gerade nur die Grundrechte des Grundgesetzes erfasst: 24

> (1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: [...]
>
> 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;
>
> **Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG**

c) Relevanz der Entscheidungen zum Recht auf Vergessen

Die Entscheidungen des BVerfG stellen einen Paradigmenwechsel im Sinne einer Stärkung des Grundrechtsschutzes dar.[29] Mit Blick auf die voranschreitende unionsrechtliche Harmonisierung des Rechts scheint dieser Schritt konsequent, damit das BVerfG auch in Zukunft seine Rolle als Hüter der Verfassung und der Grundrechte angemessen ausüben kann. Durch die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs um die Grundrechte der EU-GRCh können nun auch Maßnahmen deutscher Staatsgewalt aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit der EU-GRCh für verfassungswidrig erklärt werden. Dogmatisch ist das nicht ganz unbedenklich, weil der Wortlaut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG überdehnt wird.[30] 25

Dass die „Recht auf Vergessen"-Rechtsprechungslinie kein kurzlebiges Strohfeuer aus Karlsruhe ist, zeigen weitere Entscheidungen, die diese neuen Maßstäbe umsetzen.[31] Damit einhergehend gilt es in einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu beachten:[32] Neben den Grundrechten des GG können auch die Grundrechte der EU-GRCh zu berücksichtigen sein; in welcher Form hängt dabei davon ab, ob es sich um einen unionsrechtlich volldeterminierten oder gestaltungsoffenen Bereich handelt (siehe Verfassungsbeschwerde, § 27 Rn. 9). 26

5. Wrap-Up: Prüfungsschema

A. Zulässigkeit 27

Beschwerdegegenstand

Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG: Das Bundesverfassungsgericht entscheidet über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt **in einem seiner Grundrechte**





Jurafuchs

29 *Kämmerer/Kotzur*, NVwZ 2020, 177.
30 Ausführlich *Klein*, DÖV 2020, 341.
31 Siehe etwa BVerfGE 156, 182 (Rumänien II [2020]); ferner BVerfG BeckRS 2020, 26957; NVwZ 2021, 1211.
32 Einen guten Überblick zu den neuen Prüfungsmaßstäben bieten *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 52 ff.; *Toros/Weiß*, ZJS 2020, 100.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein; [...]

- bisher einhelliges Verständnis: „Grundrechte" = Grundrechte des GG
- jetzt unter Berücksichtigung der Integrationsverantwortung auch die Grundrechte der EU-GRCh

Beschwerdebefugnis

- wenn es um eine Maßnahme im **gestaltungsoffenen Bereich** geht, dann sind (allein) die Grundrechte des Grundgesetzes einschlägig – es sei denn, das Schutzniveau der EU-GRCh ist höher
- wenn es sich um eine **vollständig unionsrechtlich determinierte Materie** handelt, dann ist in der Folge die EU-GRCh der (alleinige) Prüfungsmaßstab
  Ausnahme: Menschenwürde geht immer! (Identitätskontrolle)

B. Begründetheit

Obersatz anpassen, Verweis auf „Art. 23 Abs. 1 GG i.V.m. den grundgesetzlichen Vorschriften über die Aufgaben des BVerfG im Bereich des Grundrechtsschutzes" aufnehmen

Klausurhinweis: Am elegantesten wirkt es, wenn der Prüfungsmaßstab in der Beschwerdebefugnis (§ 27 Rn. 9) kurz angesprochen wird, um früh anzuzeigen, dass die Differenzierung bekannt ist und berücksichtigt wird. Eine tiefere Auseinandersetzung empfiehlt sich aber erst zu Beginn der Begründetheit, um die Prüfung nicht zu kopflastig zu gestalten.

Weiterführende Hinweise

Hoffmann/Mellech/Rudolphi, Der Einfluss der EMRK auf die grundrechtliche Fallbearbeitung, Jura 2009, 256
Polzin, Das Rangverhältnis von Verfassungs- und Unionsrecht nach der ersten Rechtsprechung des BVerfG, JuS 2012, 1
Michels, Die dreidimensionale Reservekompetenz des BVerfG im Europarecht – Von der Solange-Rechtsprechung zum Honeywell-Beschluss, JA 2012, 515
Eifert/Gerberding, Verfassungsbeschwerde und Unionsgewalt, Jura 2016, 628
Hoffmann, Unionsgrundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, NVwZ 2020, 33
Wendel, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 2020, 157
Kühling, Das „Recht auf Vergessenwerden" vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, 275
Edenharter, Die EU-Grundrechte-Charta als Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 2020, 349
Michl, Die Neuausrichtung des Bundesverfassungsgerichts in der digitalisierten Grundrechtelandschaft, Jura 2020, 479
Neumann/Eichberger, Die Unionsgrundrechte vor dem Bundesverfassungsgericht, JuS 2020, 502
Britz, Kooperativer Grundrechtsschutz in der EU, NJW 2021, 1489

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dersarkissian, Die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG bei unionsrechtlichen Bezügen, ZJS 2022, 31
Lehner, Deutscher und europäischer Grundrechtsschutz nach den Entscheidungen zum „Recht auf Vergessen", JA 2022, 177

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 3 Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung

I. Grundrechtsadressaten

1. Wer ist an die Grundrechte gebunden?

1 Normativer Ausgangspunkt einer Grundrechtsbindung ist Art. 1 Abs. 3 GG: Danach ist die **deutsche Staatsgewalt** (also Legislative, Exekutive, Judikative) an die Grundrechte gebunden. Der deutsche Staat ist damit der zentrale Grundrechtsadressat; ausländische Staaten oder Private sind demgegenüber grds. nicht an die Grundrechte gebunden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Staatsgewalt auf Bundes- oder Landesebene ausgeübt wird.[1] Auch spielt die konkrete Betätigungs- und Organisationsform (§ 3 Rn. 9) keine Rolle. Damit wird auch eine „Flucht aus der Grundrechtsbindung ins Privatrecht" unterbunden (vgl. dazu die Fraport-Entscheidung des BVerfG, § 13 Rn. 24 f.).[2] Die Bindungswirkung der Grundrechte ist ferner nicht auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland begrenzt (vgl. das BND-Urteil des BVerfG, § 3 Rn. 3 ff.).

Die Grundrechtsadressaten

2 Adressatin der europäischen Grundrechtsgewährleistungen ist ebenfalls die konstituierte Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland: Die EU-Grundrechte sind gem. Art. 51 Abs. 1 EU-GRCh für die Mitgliedsstaaten (und damit für Deutschland) bindend, soweit Unionsrecht durchgeführt wird. Im Hinblick auf die EMRK gilt, dass die Bundesrepublik als Konventionsstaat gem. Art 59 Abs. 3 EMRK und aufgrund der Ratifizierung gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG an die Grundrechtsgarantien gebunden ist.

2. Das BND-Urteil

a) Sachverhalt

3 In der Sache geht es um die Überprüfung der Verfassungskonformität der Regelungen des Bundesnachrichtendienstgesetzes (BNDG) von 2016, insbesondere der sog. *Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*. Durch diese werden dem *BND* Kooperationen mit ausländischen Nachrichtendiensten ermöglicht. Die sog. **strategische Telekommunikationsüberwachung**, die auf Telekommunikationsübertragungswege oder -netze bezogen ist, zielt darauf ab, aus der Gesamtheit der in den Netzen übermittelten Telekommunikationsdaten diejenigen herauszufiltern, die nachrichtendienstliche Relevanz besitzen. Die Regelungsinhalte des BNDG beschränkten sich dabei auf Aktivitäten des *BND* im Inland; mangels Grundrechtsrelevanz hielt der Gesetzgeber die gesetzliche Regelung von Aktivitäten im Ausland für nicht erforderlich.

Das BND-Urteil

Jurafuchs

1 BVerfGE 42, 312, 325 (Inkompatibilität/Kirchliches Amt [1976]).
2 BVerfGE 128, 226, 245 (Fraport [2011]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Die zentrale Aussage des BVerfG: Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG ist nicht auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt. Den Gedanken, deutsche Staatsgewalt werde von den Staatsorganen nach dem sog. **Territorialitätsprinzip** grundsätzlich nur auf dem eigenen Staatsgebiet ausgeübt, weist das BVerfG zurück: 4

> ▶ Art. 1 Abs. 3 GG begründet eine **umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes**. Einschränkende Anforderungen, die die Grundrechtsbindung von einem territorialen Bezug zum Bundesgebiet oder der Ausübung spezifischer Hoheitsbefugnisse abhängig machen, lassen sich der Vorschrift nicht entnehmen. [...]
>
> Die Grundrechte binden die staatliche Gewalt vielmehr **umfassend und insgesamt**, unabhängig von bestimmten Funktionen, Handlungsformen oder Gegenständen staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Das Verständnis der staatlichen Gewalt ist dabei weit zu fassen und erstreckt sich nicht nur auf imperative Maßnahmen oder solche, die durch Hoheitsbefugnisse unterlegt sind. Alle Entscheidungen, die auf den jeweiligen staatlichen Entscheidungsebenen den Anspruch erheben können, autorisiert im Namen aller Bürgerinnen und Bürger getroffen zu werden, sind von der Grundrechtsbindung erfasst. Eingeschlossen sind hiervon **Maßnahmen, Äußerungen und Handlungen hoheitlicher wie nicht hoheitlicher Art**. Grundrechtsgebundene staatliche Gewalt iSd Art. 1 Abs. 3 GG ist danach **jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen**, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt.
>
> **BVerfGE 154, 152, Rn. 89, 91 (BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung [2020])** ◀

Die Annahme der Grundrechtsbindung auch bei Maßnahmen deutscher Staatsgewalt gegenüber Ausländer:innen im Ausland steht zudem im Einklang mit der Einbindung der Bundesrepublik in die internationale Staatengemeinschaft. Das BVerfG stellt dazu fest: 5

> ▶ Mit dieser Verknüpfung der Grundrechte und der Gewährleistung der Menschenrechte wäre ein Verständnis der Grundrechte des Grundgesetzes, das deren Geltung an der Staatsgrenze enden lässt und deutsche Stellen gegenüber Ausländern im Ausland von ihrer Verpflichtung auf die Grund- und Menschenrechte entbindet, nicht vereinbar. Der Anspruch des Grundgesetzes, auf der Grundlage internationaler Konventionen im Zusammenwirken über die Staatsgrenzen hinweg unveräußerliche Rechte einer jeden Person – einschließlich des Schutzes vor Überwachung (vgl. Art. 12 AEMR; Art. 17 Abs. 1 IPbpR) – sicherzustellen, würde damit konterkariert.
>
> **BVerfGE 154, 152, Rn. 96 (BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung [2020])** ◀

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6 Allerdings kann sich der Schutzgehalt der einzelnen Grundrechte im Inland und im Ausland unterscheiden:

> ▶ Die umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte lässt unberührt, dass sich die aus den Grundrechten konkret folgenden Schutzwirkungen danach unterscheiden können, unter welchen Umständen sie zur Anwendung kommen. Das gilt – wie schon für die verschiedenen Wirkungsdimensionen der Grundrechte im Inland – auch für die Reichweite ihrer Schutzwirkung im Ausland. [...] Ebenso kann zwischen verschiedenen Grundrechtsdimensionen, etwa der Wirkung der Grundrechte als Abwehrrechte, als Leistungsrechte, als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen oder als Grundlage von Schutzpflichten zu unterscheiden sein.
>
> **BVerfGE 154, 152, Rn. 104 (BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung [2020])** ◀

7 Jedenfalls der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG und des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als Abwehrrechte gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung erstreckt sich auch auf Ausländer:innen im Ausland. Zudem stellt das BVerfG einen Verstoß der derzeitigen Regelungen der Ausland-Ausland-Telekommunikationsüberwachung gegen das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) fest.[3] Darüber hinaus seien die Befugnisse zur strategischen Telekommunikationsüberwachung mit den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 4 Rn. 30 ff.) nur vereinbar, wenn sie durch eine unabhängige objektivrechtliche Kontrolle flankiert würden. Sie sei so auszugestalten, dass ein umfassender Kontrollzugriff möglich ist.[4] Seit dem 1.1.2022 gibt es nach § 41 BNDG den „Unabhängigen Kontrollrat", der die Nachrichtendienste des Bundes beaufsichtigt.

Der „Unabhängige Kontrollrat"

c) Relevanz der Entscheidung

8 In seiner Entscheidung stellt das BVerfG die grundrechtlichen Anforderungen an das Handeln deutscher Staatsorgane im Ausland und gegenüber Ausländer:innen dar.[5] Aus praktischer Sicht werden zudem grundsätzliche rechtsstaatliche Anforderungen für die Arbeit der Nachrichtendienste im Ausland ausgeführt. Das BNDG ist vor dem Hintergrund der detaillierten Maßgaben des BVerfG neu gestaltet worden.

3. In welchen Betätigungs- und Organisationsformen ist der Staat an Grundrechte gebunden?

9 Der Staat kann in unterschiedlichen Formen handeln. Bei klassischen hoheitlichen Tätigkeiten (bspw. Erlass eines Parlamentsgesetzes, Eingriffsverwaltung) besteht kein Zweifel an der Grundrechtsbindung des Staates. Dies gilt auch dann, wenn Hoheitsgewalt nach Übertragung durch Private (sog. **Beliehene**) ausgeübt wird.

3 BVerfGE 154, 152, Rn. 121 (BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung [2020]).
4 BVerfGE 154, 152, Rn. 272 (BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung [2020]).
5 Dazu *Gött*, DÖV 2022, 616; *Schmahl*, NJW 2020, 2221.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Andere Handlungsformen werfen hingegen Fragen auf:

- Im Bereich der **mittelbaren Staatsverwaltung**, wenn staatliche Aufgaben von rechtlich autonomen Verwaltungseinheiten wahrgenommen werden, gilt ebenfalls eine umfassende Grundrechtsbindung. Damit sind alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten, Stiftungen) grundrechtsverpflichtet (bspw. Kommunen als Gebietskörperschaften). Dies gilt auch dann, wenn sie in bestimmten Fällen selbst grundrechtsberechtigt sind – etwa öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten im Hinblick auf die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG, § 12 Rn. 27) oder öffentlich-rechtliche Universitäten im Hinblick auf die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Alt. 2 GG, § 11 Rn. 29 f.).[6]

  Öffentlich-rechtliche Glaubensgemeinschaften sind – trotz ihres (historisch bedingten) Status als juristische Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaftsstatus, § 10 Rn. 5) – nicht der Staatssphäre zuzurechnen und daher grundsätzlich nicht grundrechtsverpflichtet; nur ausnahmsweise ist eine Bindung an die Grundrechte anzunehmen, etwa bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (bspw. Friedhofswesen) oder bei der Ausübung hoheitlicher Befugnisse (bspw. Erhebung von Kirchensteuern).
- Staatliche Organe können zudem auch **ohne Hoheitsgewalt** gegenüber Bürger:innen auftreten, etwa bei der Beschaffung von Büromaterial (sog. **Fiskalverwaltung**). Weil der Staat dann wie ein Privatrechtssubjekt auftritt, wird in diesen Fällen eine Grundrechtsbindung teilweise abgelehnt. Da die Grundrechte die Bürger:innen allerdings umfassend schützen, ist der Staat – auch in diesen Fällen – grundsätzlich an die Grundrechte gebunden.[7] Diese Auffassung ist insbesondere zum Gleichheitsgrundsatz im Vergaberecht gefestigt.
- Als schwierig erweist sich schließlich die Konstellation, wenn sowohl der Staat als auch Private gemeinsam an einem Unternehmen in privater Rechtsform beteiligt sind (sog. **gemischtwirtschaftliche Unternehmen**), bspw. Deutsche Post AG oder Fraport AG). Maßgeblich für die Beurteilung der Grundrechtsbindung ist in derlei Fällen das *Beherrschungskriterium*[8]: Beherrscht der Staat ein Unternehmen – dies ist regelmäßig anzunehmen wenn er mehr als 50 % der stimmberechtigten Anteile am Unternehmen hält – unterliegt er einer Grundrechtsbindung. Dies gilt nur dann nicht, wenn der beherrschende Einfluss des Staates sicher ausgeschlossen werden kann, etwa durch eine gesetzliche Regelung.[9]

6 BVerfGE 21, 362, 369 f. (Sozialversicherungsträger [1967]).
7 Ausführlich *Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., § 29 Rn. 12.
8 BVerfGE 128, 226, 246 f. (Fraport [2011]); ausführlich zur Fraport-Entscheidung (§ 13 Rn. 23 ff.).
9 BVerfGE 115, 205, 227 f. (Betriebs- und Geschäftsgeheimnis [2006]); ferner *Goldhammer*, JuS 2014, 891.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Grundrechtsberechtigte

1. Wer ist grundrechtsberechtigt?

10 Zu allererst ist festzustellen, dass grundsätzlich *jeder* Mensch als natürliche Person, unabhängig von Alter und Fähigkeiten grundrechtsberechtigt ist. Allerdings kann sich nicht jeder Mensch auf jedes Grundrecht berufen. Das Grundgesetz unterscheidet zwischen **Menschenrechten** und **Deutschen(grund)rechten**. In der Prüfung wird diese Differenzierung üblicherweise im Rahmen des persönlichen Schutzbereichs bei den Freiheitsrechten (§ 8 Rn. 6) bzw. bei der Vergleichsgruppenbildung bei den Gleichheitsrechten (§ 22 Rn. 8 ff.) vorgenommen.

a) Menschenrechte

11 Bei Menschenrechten (auch als Jedermann-Grundrechte bezeichnet) ist jede natürliche Person grundrechtsberechtigt.[10] Die Staatsangehörigkeit spielt hier keine Rolle. Grundrechte, die *keine* Aussage über den persönlichen Schutzbereich treffen, sind Menschenrechte. Folgende Grundrechte sind Menschenrechte:

- Schutz der Menschwürde (Art. 1 Abs. 1 GG, § 7 Rn. 1)
- Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 9)
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 4)
- Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, § 9 Rn. 2)
- Recht auf Freiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, § 18 Rn. 2)
- Gleichheitsrechte (Art. 3 GG, § 23 Rn. 2; § 24 Rn. 2)
- Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG, § 10 Rn. 3; 34)
- Kommunikationsgrundrechte (Art. 5 Abs. 1 GG, § 12 Rn. 3; 12; 16; 27; 33)
- Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG, § 11 Rn. 3; 26)
- Schutz der Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG, § 17 Rn. 3; 15)
- Schul-Grundrechte (Art. 7 GG)
- Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG, § 16 Rn. 18)
- Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG, § 20 Rn. 2)
- Schutz der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG, § 20 Rn. 21)
- Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG, § 15 Rn. 2)
- Asylgrundrecht (Art. 16a Abs. 1 GG, § 18 Rn. 24)
- Petitionsrecht (Art. 17 GG, § 25 Rn. 41)
- Justizgrundrechte (§ 25 Rn. 4; 31)

10 Dazu *Tonikidis*, JA 2013, 38.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Deutschen(grund)rechte

Im Unterschied zu den Menschenrechten werden von den Deutschenrechten (auch als Bürger[grund]rechte bezeichnet) nur Deutsche i.S.v. Art. 116 Abs. 1 GG als grundrechtsberechtigt erfasst. Inwieweit sich auch Unionsbürger:innen auf Deutschenrechte berufen können, wird unter dem Schlagwort Grundrechtsfähigkeit von EU-Ausländer:innen (§ 3 Rn. 25 f.) diskutiert. Nicht-EU-Ausländer:innen sind indes nicht schutzlos gestellt; ihnen bleibt der Rückgriff auf das umfassende Menschenrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 9).[11] Folgende Grundrechte sind Deutschenrechte: 12

- Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG, § 13 Rn. 2)
- Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG, § 16 Rn. 2)
- Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG, § 18 Rn. 16)
- Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, § 14 Rn. 2)
- Schutz vor Ausbürgerung und Auslieferung (Art. 16 GG, § 18 Rn. 39 f.)

In der EU-GRCh findet sich eine ähnliche Differenzierung: So können sich auf bestimmte Grundrechte nur Unionsbürger:innen berufen, während andere unabhängig von der Staatsangehörigkeit gewährleistet werden. In der EMRK findet sich keine solche Beschränkung. 13

Auch wenn grundsätzlich jeder Mensch als natürliche Person grundrechtsberechtigt ist, gibt es Fälle, in denen die Grundrechtsberechtigung besonders diskutiert wird: 14

- Auch Kinder und Jugendliche sind grundrechtsberechtigt,[12] ebenso Geschäftsunfähige.[13] Der in diesem Zusammenhang häufig genannte Begriff der **Grundrechtsmündigkeit** bezieht sich nur auf die Frage, ob die Person *selbst* eine Verfassungsbeschwerde erheben darf oder ob der/die gesetzliche Vertreter:in dies für sie tun muss. In einer Prüfung sollten ohne Hinweise im Sachverhalt keine Ausführungen zur Grundrechtsberechtigung gemacht werden.
- Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach der Grundrechtsberechtigung vor der Geburt und nach dem Tod eines Menschen: Das gezeugte, aber noch ungeborene Kind (*Nasciturus*) ist mit der Nidation bereits Träger der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG, § 7 Rn. 3) und des Rechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, § 9 Rn. 6).[14] Mit dem Tod eines Menschen endet grds. seine Grundrechtsberechtigung; anerkannt ist allerdings ein postmortaler Schutz der Menschenwürde (§ 7 Rn. 4).
- Im Zusammenhang mit der Frage nach der Grundrechtsberechtigung wurde früher die Figur des **besonderen Gewaltverhältnisses** diskutiert. Diese diente dazu, Bereiche mit einer besonders engen Beziehung zwischen Staat und Bür-


Kinderrechte im Grundgesetz

11 Vgl. BVerfGE 78, 179, 196 f. (Heilpraktikergesetz [1988]).
12 BVerfGE 57, 361, 382 (Erstes Eherechtsreformgesetz [1981]).
13 BVerfGE 10, 302, 322 ff. (Vormundschaft [1960]).
14 BVerfGE 39, 1, 41 (Schwangerschaftsabbruch I [1974]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ger:innen – wie etwa den Strafvollzug oder das Schulwesen – der allgemeinen Grundrechtsbindung zu entziehen. Das Verhalten in diesen Bereichen sollte aufgrund der starken öffentlich-rechtlichen Prägung nicht grundrechtlich geschützt sein. Das BVerfG verwarf diese Figur:

> ▶ 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 aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden**.
>
> **BVerfGE 33, 1, 11 (Strafgefangene [1972])** ◀

15 Abgelöst wurde die Figur des besonderen Gewaltverhältnisses durch die Figur des **Sonderstatusverhältnisses**.[15] Danach ist zu unterschieden, ob das **Grundverhältnis** berührt wird, also der Rechtsstatus des oder der Betroffenen in seinem Wesen – oder ob lediglich das **Betriebsverhältnis** tangiert ist, welches innerbetrieblich-organisatorische Abläufe betrifft. Nur im ersten Fall ist eine Grundrechtsbindung des Staates anzunehmen.

Ein Beispiel: Wird einer Lehrerin das Tragen eines Kopftuchs verboten, so wird die Lehrerin in ihrer persönlichen Rechtsstellung als Bürgerin betroffen und damit in ihrem „Grundverhältnis". Ein Kopftuchverbot für Lehrerinnen oder Richterinnen (§ 10 Rn. 47 ff.) muss sich daher an den Grundrechten der Betroffenen messen lassen.[16] Werden dagegen bestimmte Weisungen in Bezug auf das Stellen von Hausaufgaben erteilt, dann ist lediglich das „Betriebsverhältnis" tangiert. Solche rein verwaltungsinterne Maßnahmen unterliegen keiner Grundrechtsbindung.

2. Sind juristische Personen grundrechtsberechtigt?

16 Neben natürlichen Personen können sich auch juristische Personen des Privatrechts und Personengesellschaften unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG auf Grundrechte berufen.[17]

a) Juristische Personen

Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen

17 Anders als im Zivilrecht umfasst der grundrechtliche Begriff der „juristischen Person" sämtliche Personenmehrheiten unabhängig von ihrer einfachgesetzlichen Rechtsfähigkeit: Er erstreckt sich auf juristische Personen des Privatrechts

15 Dazu *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1 Rn. 295 ff.; *Graf Kielmansegg*, Grundrechte im Näheverhältnis, 2012; *Graf Kielmansegg*, JA 2012, 881.
16 Siehe BayVerfGH NVwZ 2019, 721.
17 Dazu *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 55 ff.; ferner *Becker*, Jura 2019, 496; *Hummel*, JA 2010, 346; *Ludwigs/Friedmann*, JA 2018, 807; *Tonikidis*, Jura 2012, 517.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(bspw. GmbH, AG, Vereine) ebenso wie auf Personenvereinigungen (bspw. oHG, GbR).

Juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 3 Rn. 9) sind grds. nicht grundrechtsberechtigt. Sie nehmen öffentliche Aufgaben wahr und üben Kompetenzen aus, sind also grundrechtsverpflichtet. Ein- und dieselbe Person kann aber grundsätzlich nicht zugleich grundrechtsverpflichtet und grundrechtsberechtigt sein (**Konfusionsargument**). An Ausnahmen von diesem Grundsatz stellt das BVerfG strenge Anforderungen:[18] 18

> ▶ Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen hat das Bundesverfassungsgericht nur für solche juristische Personen des öffentlichen Rechts oder ihre Teilgliederungen anerkannt, die wie Universitäten und Fakultäten oder Rundfunkanstalten von der ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgabe her unmittelbar einem **durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet** sind oder wie die Kirchen und andere mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts versehene Religionsgesellschaften kraft ihrer Eigenart ihm von vornherein zugehören. [...] Bei den in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG anerkannten Ausnahmen handelt es sich [somit] durchweg um juristische Personen des öffentlichen Rechts, die den Bürgern auch zur **Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen**, und die als eigenständige, **vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen** bestehen.
>
> **BVerfGE 61, 82, 102 ff. (Sasbach [1982])** ◀

Letztlich handelt es sich in diesen Fällen um die personale Dimension des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren (§ 1 Rn. 38 ff.).

Dieser Logik zufolge werden von Art. 19 Abs. 3 GG auch vom Staat beherrschte juristische Personen des Privatrechts *nicht* erfasst (gemischtwirtschaftliche Unternehmen, § 3 Rn. 9; siehe aber Grundrechtsberechtigung EU-ausländischer Staatsunternehmen, § 3 Rn. 28).[19] 19

b) Inländisch

Inländisch ist eine juristische Person i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG, wenn ihr Sitz, also Mittelpunkt ihrer Tätigkeit, im Bundesgebiet liegt. Die Staatsangehörigkeit der Mitglieder (bspw. Gesellschafter:innen) spielt keine Rolle. 20

Ausländische juristische Personen können sich nicht über Art. 19 Abs. 3 GG auf Grundrechte berufen; allerdings sind die Justizgrundrechte (§ 25 Rn. 2) anwendbar (zu den Besonderheiten bei *EU-ausländischen* Personen, § 3 Rn. 27).[20] 21

18 *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 79 ff.
19 Vgl. BVerfG NVwZ 2020, 1500; ferner *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 279 ff.; *Ludwigs/Friedmann*, NVwZ 2018, 22.
20 BVerfGE 138, 64, Rn. 53 (Grundrechtsträgerschaft einer Behörde [2014]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Wesensmäßige Anwendbarkeit

22 Eine wesensmäßige Anwendbarkeit wird dann angenommen, wenn eine **grundrechtstypische Gefährdungslage** besteht.[21] Dabei geht es um die Frage, ob das jeweilige Grundrecht nur individuell oder auch korporativ ausgeübt werden kann.[22] Das BVerfG formuliert:

> ▶ Das Wertsystem der Grundrechte geht von der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen als natürlicher Person aus. Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern. Von dieser zentralen Vorstellung her ist auch Art. 19 Abs. 3 GG auszulegen und anzuwenden. Sie rechtfertigt eine Einbeziehung der juristischen Personen in den Schutzbereich der Grundrechte nur, wenn ihre **Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen** sind, besonders wenn der „Durchgriff" auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll oder erforderlich erscheinen läßt.
>
> **BVerfGE 21, 362, 369 (Sozialversicherungsträger [1967])** ◀

23 Eine grundrechtstypische Gefährdungslage liegt dann vor, wenn die juristische Person einer vergleichbaren Gefahr einer Grundrechtsverletzung ausgesetzt wird wie eine natürliche Person. Eine solche fehlt hingegen, wenn der Grundrechtsschutz gerade an „Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen wesenseigen sind" (sog. **personales Substrat**).[23]

> Beispiel: Im Rahmen der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) macht es keinen Unterschied, ob eine natürliche oder eine juristische Person betroffen ist – die für die Gefährdung des Grundrechts typische Situation ist vergleichbar, die Eigentumsfreiheit damit wesensmäßig anwendbar. Umgekehrt fehlt es an einer wesensgemäßen Anwendbarkeit etwa beim Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, § 9 Rn. 2), das sich schon begrifflich nur auf Menschen bezieht.

24 Die Grundrechte der EU-GRCh erstrecken sich unter ähnlichen Voraussetzungen auf juristische Personen. Es kommt auch hier im konkreten Einzelfall darauf an, ob das Grundrecht seinem Wesen nach auf Personenmehrheiten anwendbar ist.[24] Auf die EMRK können sich juristische Personen ohne Einschränkungen berufen, Art. 34 EMRK.

3. Können sich EU-Ausländer:innen auf die Grundrechte berufen?

a) Sind EU-Ausländer:innen umfassend grundrechtsberechtigt?

25 Im Bereich der Menschenrechte (§ 3 Rn. 11) kommt es auf eine Differenzierung hinsichtlich der Staatsangehörigkeit nicht an, grundrechtsberechtigt sind

21 Siehe *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 56 ff.
22 BVerfGE 122, 342, 355 (Bayerisches Versammlungsgesetz [2009]).
23 BVerfGE 95, 220, 242 (Aufzeichnungspflicht [1997]).
24 Siehe *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 52, Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

alle Menschen. Auf Deutschengrundrechte (§ 3 Rn. 12) können sich hingegen zunächst einmal nur deutsche Staatsangehörige berufen. Ein solches Verständnis kollidiert allerdings mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot des Art. 18 Abs. 1 AEUV (§ 24 Rn. 48 ff.): Hiernach ist jede Schlechterstellung von EU-Bürger:innen aufgrund der Staatsangehörigkeit verboten. EU-Bürger:innen müssen daher denselben Grundrechtsschutz genießen wie Deutsche.



Die Grundrechtsfähigkeit von EU-Ausländer:innen

26

Dies kann mindestens auf zwei Wegen erreicht werden:

- Nach einer Ansicht können sich EU-Ausländer:innen – aufgrund des Wortlauts der Deutschengrundrechte – nur auf das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 9) berufen.[25] Allerdings sind in dieses Grundrecht die spezifische Dogmatik und der spezifische Schutzgehalt des jeweiligen Deutschengrundrechts hineinzulesen: Berufen sich EU-Bürger:innen etwa auf die Berufsfreiheit, so sind sie auf Art. 2 Abs. 1 GG verwiesen; allerdings mit der Maßgabe, dass eine Rechtfertigung eines Eingriffs nur unter den Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 GG möglich ist, so dass Deutsche und andere Unionsbürger:innen im Ergebnis gleich behandelt werden.
- Nach anderer Ansicht ist der Begriff „Deutsche" europarechtskonform auszulegen: Gedanklich zu lesen ist daher „Deutsche und andere EU-Bürger:innen".[26] Sodann ist das betroffene Spezialgrundrecht ohne weitere Besonderheiten zu prüfen.

Beide Wege sind in der Fallbearbeitung gangbar, wobei die letztere Ansicht leichter darzustellen und aufzubauen ist; weil beide Auffassungen zum identischen Ergebnis führen, scheint die zweite Ansicht vorzugswürdig.

b) Sind EU-ausländische juristische Personen grundrechtsberechtigt?

Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen richtet sich nach den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG. Ein Kriterium ist dabei, dass die juristische Person „inländisch" (§ 3 Rn. 20) ist, ihren Sitz also in Deutschland hat. Der EuGH stellte auch in diesem Zusammenhang fest, dass einer juristischen Person mit Sitz bzw. Zentrum der Geschäftstätigkeit in der EU ein vergleichbarer Grundrechtsschutz zukommen muss.[27] Das BVerfG hat daher eine „Anwendungserweiterung" von Art. 19 Abs. 3 GG durch unionsrechtskonforme Auslegung vorgenommen: Das Merkmal „inländisch" in Art. 19 Abs. 3 GG darf bei Fällen mit Unionsrechtsbezug nicht angewendet werden.[28] Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man „inländisch" als „EU-inländisch" liest.

27

Umstritten ist die Grundrechtsberechtigung von Staatsunternehmen, die von EU-Mitgliedsstaaten beherrscht werden. Das BVerfG hat die Grundrechtsberechtigung mit der Begründung bejaht, dass das Konfusionsargument (§ 3

28

25 BVerfGE 129, 78, 96 ff. (Anwendungserweiterung [2011]); ferner *von Coelln*, JuS 2009, 335, 336; *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 10 f.

26 *Wernsmann*, Jura 2000, 657, 659.

27 EuGH, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering BV.

28 BVerfGE 129, 78, 94 ff. (Anwendungserweiterung [2011]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rn. 18) bei ausländischen Staaten nicht zum Tragen komme: Fremde Staaten seien keine Grundrechtsadressaten (§ 3 Rn. 1) und daher nicht verpflichtet, die deutschen Grundrechte zu achten, würden durch sie nicht gebunden. Darüber hinaus sei die insoweit offene Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG auch mit Blick auf die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit (§ 2 Rn. 7 f.) vorzunehmen.[29]

III. Drittwirkung der Grundrechte

1. Wirken die Grundrechte auch zwischen Privaten?

29 Unter dem Begriff der **Drittwirkung** wird die Anwendung der Grundrechte im Privatrecht diskutiert.[30] Grundrechte sind zuvörderst Abwehrrechte (§ 1 Rn. 28) der Bürger:innen gegen den Staat; Grundrechtsadressat (§ 3 Rn. 1) ist der Staat. Private können als Grundrechtsberechtigte (§ 3 Rn. 10) grundsätzlich nicht gleichzeitig auch Adressaten der Grundrechte sein (Konfusionsargument).

> Beispiel: Eine Privatperson, die durch eine körperliche Auseinandersetzung einen anderen Menschen verletzt, beeinträchtigt dessen körperliche Unversehrtheit. Diese wird zwar durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG grundrechtlich geschützt, allerdings nur gegenüber dem Staat, nicht gegenüber Privaten. Der Staat erzeugt diesen Schutz dann über das einfache Recht, etwa durch den Erlass diesbezüglicher Strafrechtsnormen (z.B. §§ 223 ff. StGB) und die Verfolgung entsprechender Straftaten.

Bürger:innen sind daher – jenseits ausdrücklicher anderslautender Normierungen in Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 9 Abs. 3 GG – gerade nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden (keine sog. unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte).

30 Dies lässt indes nicht den Schluss zu, dass Grundrechte im Privatrecht bedeutungslos sind. Mit seiner Lüth-Entscheidung (§ 3 Rn. 31 ff.) legte das BVerfG vielmehr schon 1958 den Grundstein für die Figur der sog. **mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte**. Die Grundrechte haben demzufolge maßgeblichen Einfluss auf die Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Rechtsnormen (**Ausstrahlungswirkung der Grundrechte**, § 1 Rn. 41). Vor allem die jüngere Rechtsprechung des BVerfG – mit den Entscheidungen zu Fraport[31], Bierdosen-Flashmob[32] und Stadionverbot[33] – weitet die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte erheblich aus.[34] Vereinzelt wird daher gar von einer Rechtsprechungsänderung hin zu einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gesprochen.[35] Das BVerfG formuliert:

29 BVerfGE 143, 246, Rn. 184 ff. (Atomausstieg [2016]); allgemein *Goldhammer/Sieber*, JuS 2018, 22; *Meyer*, JuS 2021, 1141.
30 Instruktiv de Wall/Wagner, JA 2011, 734; *Kulick*, AöR 145 (2020), 649; *Lindner*, Jura 2020, 9; *Michl*, Jura 2017, 1062; *Schaaf*, Jura 2021, 249; ausführlich *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 53 ff.
31 BVerfGE 128, 226 (Fraport [2011]).
32 BVerfGE 139, 378 (Bierdosenflashmob [2015]).
33 BVerfGE 148, 267 (Stadionverbot [2018]).
34 Einen Überblick bietet *Ruffert*, JuS 2020, 1.
35 Siehe *Jobst*, NJW 2020, 11; *Michl*, JZ 2018, 910; *Neuner*, NJW 2020, 1851.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleich kommen.

BVerfGE 128, 226, 249 (Fraport [2011]) ◀

2. Die Lüth-Entscheidung

a) Sachverhalt

Der Hamburg Senatsdirektor und Direktor der staatlichen Pressestelle *Erich Lüth* kritisierte öffentlich, dass ein Film des Regisseurs *Veit Harlan* bei der „Woche des deutschen Filmes" gezeigt werden sollte und bezeichnete diesen als „Nazifilm-Regisseur Nr. 1". *Harlan* hatte im Auftrag des nationalsozialistischen Regimes den antisemitischen Propagandafilm „Jud Süß" gedreht. Seine Produktionsfirma erwirkte vor dem Landgericht Hamburg eine einstweilige Verfügung gegen *Lüth* wegen „sittenwidriger Aufforderung zum Boykott" nach § 826 BGB. *Lüth* sah sich durch das Urteil in seiner Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, § 12 Rn. 3 ff.) verletzt und erhob (erfolgreich) Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG. 31


Jurafuchs


Die Lüth-Entscheidung


Analyse des antisemitischen Propagandafilms „Jud Süß"

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Nach Auffassung des BVerfG kommt den Grundrechten neben ihrer subjektivrechtlichen auch eine objektiv-rechtliche Funktion (§ 1 Rn. 24) zu; sie bilden eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt. Das BVerfG stellt fest:

▶ Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften.

BVerfGE 7, 198, 205 (Lüth [1958]) ◀ 32

Die Fachgerichte sind gehalten, einfachgesetzliche Normen im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden. Die Grundrechte wirken dadurch – insbesondere durch Generalklauseln, beispielsweise durch §§ 242, 826, 862, 1004 BGB, oder §§ 185, 242, 303 StGB – auf das jeweilige Rechtsgebiet ein (Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, § 1 Rn. 41). 33

In der einstweiligen Verfügung des Landgerichts im Fall *Lüth* sah das Bundesverfassungsgericht dieses Rechtsprinzip verletzt: Eine Meinungsäußerung, die eine Aufforderung zum Boykott enthalte, verstoße nicht notwendig gegen die „guten Sitten" i.S.d. § 826 BGB; sie könne durch die Freiheit der Meinungsäußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies habe das Landgericht in seiner Urteilsfindung nicht hinreichend berücksichtigt. 34

c) Relevanz der Entscheidung

Im Lüth-Urteil betont das BVerfG das Grundgesetz als „Wertesystem mit Mittelpunkt in der sich innerhalb der Gemeinschaft frei entfaltenden menschlichen 35

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Persönlichkeit".[36] Aufgrund dieses umfassenden Geltungsgrundsatzes muss jede Vorschrift und müssen insbesondere wertungsausfüllungsbedürftige Begriffe des Privatrechts im Lichte des Grundgesetzes und seiner Grundrechte ausgelegt werden. Das Lüth-Urteil steht dabei am Anfang einer Rechtsprechungsentwicklung, wonach Grundrechte mittelbar auch im Verhältnis zwischen Privaten Wirkung entfalten.

36 Die Meinungsfreiheit als eines der „vornehmsten Menschenrechte"[37] steht dabei – gerade auch zwischen Privaten – unter besonderem Schutz. Zentrales Instrument ist die sog. **Wechselwirkungslehre** (§ 12 Rn. 43 ff.):[38] „Allgemeine Gesetze" i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG setzen zwar der Meinungsfreiheit Schranken, gleichzeitig müssen sie aber ihrerseits an diesem Grundrecht gemessen und so selbst wieder eingeschränkt werden. Dieser Konflikt (§ 12 Rn. 44 ff.) entzündet sich insbesondere bei ehrverletzenden Äußerungen, also zwischen Meinungsfreiheit und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht.

3. Die Stadionverbots-Entscheidung

a) Sachverhalt

37 Einem Fan des FC Bayern München wurde aufgrund seiner Mitgliedschaft in einer „Ultra"-Fangruppe ein bundesweites Stadionverbot auferlegt. Konkreter Anlass waren der Verdacht auf Beteiligung an körperlichen Auseinandersetzungen und ein (in der Zwischenzeit eingestelltes) Verfahren wegen Landfriedensbruchs. Das Verbot wurde auf das Hausrecht (§§ 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) und die Stadionverbots-Richtlinien des DFB gestützt. Klagen des Fans gegen das Stadionverbot blieben in allen Instanzen erfolglos. Gegen das letztinstanzliche Urteil des BGH erhob der Fan (erfolgreich) Verfassungsbeschwerde, mit der Begründung, das Gericht habe die Ausstrahlungswirkung (§ 1 Rn. 41) von Art. 3 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG nicht ausreichend gewürdigt.

Jurafuchs

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

38 Die Stadionverbots-Entscheidung knüpft an die Rechtsprechungslinie des BVerfG zur mittelbaren Drittwirkung an; das Gericht fasst seine Konzeption der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte wie folgt zusammen:

> ▶ Nach ständiger Rechtsprechung können die Grundrechte in solchen Streitigkeiten im Wege der mittelbaren Drittwirkung Wirksamkeit entfalten. Danach verpflichten die Grundrechte die Privaten grundsätzlich **nicht unmittelbar untereinander** selbst. Sie entfalten jedoch auch auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen **Ausstrahlungswirkung** und sind von den Fachgerichten, insbesondere über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, bei der Auslegung des Fachrechts zur Geltung zu bringen. Die Grundrechte entfalten hierbei ihre **Wirkung als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und strahlen als „Richtlinien"**

36 BVerfGE 7, 198, 205 (Lüth [1958]).
37 BVerfGE 12, 113, 125 (Schmid-Spiegel [1961]).
38 BVerfG 7, 198, 209 (Lüth [1958]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in das Zivilrecht ein; die Rechtsprechung hat insoweit auch von den Grundrechten als einer „objektiven Wertordnung" gesprochen. Sie zielen hier nicht auf eine möglichst konsequente Minimierung von freiheitsbeschränkenden Eingriffen, sondern sind als Grundsatzentscheidungen im Ausgleich gleichberechtigter Freiheit zu entfalten. Die Freiheit der einen ist dabei mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem **Grundsatz der praktischen Konkordanz** so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.

Die Reichweite der mittelbaren Grundrechtswirkung hängt dabei von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. **Maßgeblich ist, dass die Freiheitssphären der Bürgerinnen und Bürger in einen Ausgleich gebracht werden müssen, der die in den Grundrechten liegenden Wertentscheidungen hinreichend zur Geltung bringt.**

BVerfGE 148, 267, 280 f. (Stadionverbot [2018]) ◀

Darüber hinaus beschäftigt sich das BVerfG erstmals mit der Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) im Privatrecht.[39] Eine mittelbare Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist vor allem mit Blick auf die im Privatrecht geltende Privatautonomie problematisch, die es gerade erlaubt, die Vertragspartner frei auszuwählen und grds. **Kontraktionszwang** unterbindet – was im Umkehrschluss als Freiheit zu diskriminieren interpretiert werden kann. Das BVerfG stellt daher ausdrücklich fest, dass der allgemeine Gleichheitssatz kein objektives Verfassungsrecht enthält, wonach Rechtsverhältnisse zwischen Privaten prinzipiell gleichheitsgerecht auszugestalten seien.[40] **39**

Auf den konkreten Fall gewendet: Die mit dem Stadionverbot einhergehende Ungleichbehandlung des Fans gegenüber denjenigen, die das Stadion besuchen dürfen, ist nicht schon *per se* verfassungswidrig. Die Gleichheitsbindung privater Akteure begründet das BVerfG erst in „**spezifischen Konstellationen**" (§ 3 Rn. 44 f.): **40**

▶ Ein allgemeiner Grundsatz, wonach private Vertragsbeziehungen jeweils den Rechtfertigungsanforderungen des Gleichbehandlungsgebots unterlägen, folgt demgegenüber aus Art. 3 Abs. 1 GG auch im Wege der mittelbaren Drittwirkung nicht. [...] Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedoch für **spezifische Konstellationen** ergeben. Eine solche Konstellation liegt dem hier in Frage stehenden bundesweit gültigen Stadionverbot zugrunde. Maßgeblich für die mittelbare Drittwirkung des Gleichbehandlungsgebots ist dessen Charakter als einseitiger, auf das Hausrecht gestützter Ausschluss von Veranstaltungen, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter **einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und der für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet**. Indem ein Privater eine solche Veranstaltung ins Werk setzt, erwächst ihm von Verfassungs wegen auch eine besondere recht-

39 Dazu *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542.
40 BVerfGE 148, 267, 283 (Stadionverbot [2018]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

liche Verantwortung. Er darf seine hier aus dem Hausrecht – so wie in anderen Fällen möglicherweise aus einem Monopol oder aus **struktureller Überlegenheit** – resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen.

BVerfGE 148, 267, 283 f. (Stadionverbot [2018]) ◀

41 Die Fachgerichte haben daher sicherzustellen, dass das Stadionverbot nicht willkürlich erlassen worden ist. Das BVerfG etabliert dabei Hürden aus der verwaltungsrechtlichen Dogmatik:[41] Es bedarf eines sachlichen Grundes und einer Anhörung der jeweiligen Betroffenen. Das führt letztlich zu einer „situativ staatsgleichen Grundrechtsbindung privater Akteure".[42]

c) Relevanz der Entscheidung

42 Die Stadionverbots-Entscheidung ist eine Weiterentwicklung der Rechtsprechungslinie zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Die Entscheidung des BVerfG schlug hohe Wellen: So wird befürchtet, eine konsequente Verfolgung dieser Rechtsprechungslinie könne einen Dammbruch in der Grundrechtsdogmatik zufolge haben: Ein extensives Verständnis der „spezifischen Konstellationen" könne zur Konstruktion einer umfassenden Grundrechtsverpflichtung Privater führen. Aus einer mittelbaren Drittwirkung werde dann eine unmittelbare Grundrechtswirkung zwischen Privaten – mit unübersehbaren Konsequenzen, die sich aus einer Konfusion von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung ergeben könnten.[43]

43 Eine Alternative zur Ausweitung der Privatwirkung der Grundrechte ist die Verpflichtung Privater durch entsprechende einfachgesetzliche Regelungen – wie etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das die Möglichkeiten Privater, andere Private zu diskriminieren, einschränkt, indem es sie in bestimmten Bereichen zur Gleichbehandlung verpflichtet (und ihnen damit Pflichten auferlegt, wie sie auch Art. 3 GG für den Staat vorsieht). Die Ausweitung der mittelbaren Drittwirkung wird vor allem mit Blick auf die Meinungsmacht sozialer Netzwerke und der größten Digitalkonzerne („GAFA" = Google, Apple, Facebook, Amazon) diskutiert (§ 12 Rn. 58 ff.); gerade hier zeigt sich, dass es um Materien geht, die die Legislative zu regulieren berufen wäre. Durch eine einfachgesetzliche Regulierung werden die Konfusion von Grundrechtsberechtigten und Grundrechtsadressaten und eine Versteinerung des Verfassungsrechts vermieden, ferner bleiben den Betroffenen verfassungsgerichtliche Rechtschutzmöglichkeiten gegen die Regulierungsmaßnahmen erhalten – denn das einfache Gesetz bleibt an den Grundrechten zu messen. Das BVerfG mag zeitweise durch eine Ausdehnung der Drittwirkung aushelfen, es ist aber kein Ersatz-Gesetzgeber. Deshalb ist eine weitere Ausdehnung der Drittwirkung der Grundrechte abzulehnen. Die Stadionverbots-Entscheidung des BVerfG kann vor diesem Hintergrund auch als Auftrag an den Gesetzgeber verstanden werden, Regelungen

41 BVerfGE 148, 267, 285 f. (Stadionverbot [2018]).
42 *Michl*, JZ 2018, 910.
43 Siehe *Smets*, NVwZ 2019, 34.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu erlassen, um auf neue Phänomene und Bedrohungen von Grundrechten zu reagieren.

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Drittwirkung der Grundrechte ist im Fluss und bleibt damit in den nächsten Jahren zu beobachten – das macht die Thematik auch prüfungsträchtig.

4. Unter welchen Voraussetzungen ist eine „spezifische Konstellation" gegeben, die zu einer situativen Grundrechtsbindung führt?

Wann eine „spezifische Konstellation" im Einzelfall vorliegt, ist nur rudimentär anhand dreier Anhaltspunkte durch das BVerfG abgesteckt worden: 44

- Öffnung einer Veranstaltung oder Einrichtung für den Publikumsverkehr ohne Ansehen der Person;
- Bedeutung für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben;
- Entscheidungsmacht aufgrund struktureller Überlegenheit.

Den Gerichten bleibt damit ein großer Entscheidungsspielraum, eine „spezifische Konstellation" anzunehmen.

Folgende Beispiele mögen dies verdeutlichen:

a) Die Beschwerdeführerin – eine politische Partei („Der III. Weg") – klagt auf Entsperren einer Facebook-Seite. Das BVerfG stellte fest, dass das Verhältnis zwischen dem bzw. der Betreiber:in eines sozialen Netzwerks (hier: Facebook) und den Nutzer:innen eine „spezifische Konstellation" darstellen könne (vgl. auch Grundrechtsbindung von Plattformbetreiber:innen, § 12 Rn. 61 f.).[44]

b) Einem ehemaligen NPD-Funktionär wurde von einem Wellness-Hotel ein Hausverbot erteilt. Das BVerfG lehnte eine spezifische Konstellation ab, da dem Hotel keine Entscheidungsmacht aufgrund struktureller Überlegenheit zukomme: im Ort gebe es weitere Hotels.[45]

c) Dem Beschwerdeführer wurde ohne Darlegung eines sachlichen Grundes ein Hausverbot in einer Therme erteilt. Der BGH stellte fest, dass der Besuch einer Therme nicht in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheide – und das Hausverbot daher keines sachlichen Grundes bedürfe.[46]

d) Die Beschwerdeführerin klagte gegen den (privatrechtlich organisierten) Memminger Fischertagsverein auf Zulassung zur Teilnahme am traditionellen jährlichen Ausfischen des Stadtbaches, das nach jahrhundertelanger Tradition und der Vereinssatzung zufolge Mitgliedern männlichen Geschlechts vorbehalten ist. Das AG Memmingen entschied in erster Instanz, dass der Fischertagsverein

44 BVerfG NJW 2019, 1935.
45 BVerfG NJW 2019, 3769; a.A. *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104.
46 BGH NJW 2020, 3382.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aufgrund seiner „regionalen sozialen Macht- und Monopolstellung" an die Grundrechte gebunden sei.[47]

45 Insgesamt kann festgehalten werden, dass das Vorliegen einer „spezifischen Konstellation" von den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls abhängt; hier ist künftig eine weitere Ausdifferenzierung und Fallgruppenbildung zu erwarten. Als Faustformel gilt: Je mächtiger der private Akteur ist und je weniger Ausweichmöglichkeiten bestehen, desto eher wird eine „spezifische Konstellation" und damit eine Grundrechtsbindung des privaten Akteurs anzunehmen sein.

5. Wirken die Unionsgrundrechte zwischen Privaten?

◆ 46 Auch auf europäischer Ebene stellt sich die Frage nach der Wirkungsrichtung des Unionsrecht, insbesondere der Anwendung der EU-GRCh. Wichtigster Akteur ist dabei der EuGH. Eine Bindung Privater an die Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) hat der EuGH dabei insbesondere im Fall von mächtigen Verbänden – etwa im Bereich Gewerkschaft[48] und Sport[49] – früh angenommen. Die Argumentation weist Parallelen zur situativ staatsgleichen Grundrechtsbindung in der Stadionverbots-Entscheidung des BVerfG (§ 3 Rn. 37 ff.) auf.

◆ 47 Die Vorschrift über die Grundrechtsverpflichteten der EU-Grundrechtecharta, Art. 51 Abs. 1 EU-GRCh, lässt wie ihre Parallelnorm in Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 GG allerdings offen, inwieweit den Grundrechten auch eine Privatrechtswirkung zukommt.[50] Das BVerfG stellt fest:

> ▶ Eine Lehre der „mittelbaren Drittwirkung", wie sie das deutsche Recht kennt wird der Auslegung des Unionsrechts dabei nicht zugrunde gelegt. Im Ergebnis kommt den Unionsgrundrechten für das Verhältnis zwischen Privaten jedoch eine ähnliche Wirkung zu. Die Grundrechte der Charta können einzelfallbezogen in das Privatrecht hineinwirken.
>
> **BVerfGE 152, 216, Rn. 97 (Recht auf Vergessen II [2019])** ◀

◆ 48 Der EuGH verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass unions- und mitgliedstaatliches Privatrechtrecht chartakonform ausgelegt werden[51] – was gleichsam zu einer mittelbaren Drittwirkung der EU-Grundrechte führt. Eine unmittelbare Drittwirkung wurde bislang allein für die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 21 EU-GRCh (§ 24 Rn. 42 ff.) angenommen.[52] Es spricht nichts dafür,

47 AG Memmingen BeckRS 2020, 21087; bestätigt durch LG Memmingen NJW-RR 2021, 1560 (rechtskräftig).
48 EuGH, ECLI:EU:C:2007:772 – Viking.
49 EuGH, ECLI:EU:C:1995:463 – Bosman.
50 Siehe *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 51, Rn. 41; ferner *Mörsdorf*, JZ 2019, 1066.
51 EuGH, ECLI:EU:C:2018:87, Rn. 51 ff. – Bauer; ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 49 ff. – Max Planck-Gesellschaft; ECLI:EU:C:2019:402, Rn. 33, 71 – CCOO.
52 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 77 – Egenberger.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass der EuGH diese Rechtsprechung zur unmittelbaren Privatrechtswirkung auf weitere Unionsgrundrechte übertragen sollte.[53]

53 So *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 51, Rn. 24 ff.; *Kainer*, NZA 2018, 894.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 4 Grundrechtsschutz und Grundrechtsbeschränkungen

Die Dogmatik der Freiheitsrechte

I. Schranken

1. Was ist bei der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zu beachten?

1 Kein Recht – einen Sonderfall stellt insoweit allein die Menschenwürde (§ 7 Rn. 11) dar – wird absolut und grenzenlos gewährleistet, die Begrenzung von Rechten ist der Idee des Rechts immanent. Auch die Ausübung der Grundrechte kann daher restringiert werden. Weil Grundrechte aber besonders hervorragende subjektive Rechte sind, ist der Preis für jeden Begrenzungsversuch eine Rechtfertigungslast: Jeder Eingriff in Grundrechte muss verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Während die Grundrechtsträger:innen jede Freiheit wahrnehmen dürfen, ohne sich in irgendeiner Form erklären zu müssen, sind (staatliche) Eingriffe in Grundrechtspositionen grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig.

2 Nach alledem ist ein Grundrecht verletzt, wenn ein Eingriff in den Schutzbereich (bei Freiheitsrechten) oder eine Ungleichbehandlung (bei Gleichheitsrechten) nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Begrifflich ist zwischen Grundrechts*eingriff* und Grundrechts*verletzung* zu differenzieren: Grundrechts*eingriff* meint die Beeinträchtigung des Schutzbereichs eines Grundrechts; Grundrechts*verletzung* die Beeinträchtigung des Schutzbereichs eines Grundrechts, die nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

3 Die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs gelingt, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Der Eingriff muss auf eine Ermächtigungsgrundlage der Verfassung gestützt werden können (**Grundrechtsschranke**).

b) Der Eingriff muss diejenigen Grenzen beachten, die die Verfassung für die Ausübung der Eingriffsmöglichkeit vorsieht (**Schranken-Schranke**).

2. Welchen Schranken unterliegen Grundrechte?

4 Wie die Beschränkung eines Grundrechts verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann, wird im ersten Schritt durch die einschlägigen Grundrechtsschranken bestimmt. Die Grundrechte des Grundgesetzes weisen zwei Typen solcher Schranken auf: geschriebene (**Gesetzesvorbehalte**) und ungeschriebene (**verfassungsimmanente Schranken**).

5 Für Grundrechte *mit* Gesetzesvorbehalt verfügt die Verfassung ausdrücklich, wie das Grundrecht beschränkt werden kann – nämlich entweder „durch Gesetz“ oder „auf Grund eines Gesetzes“ (vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, Art. 8 Abs. 2 GG, Art. 10 Abs. 2 GG, Art. 11 Abs. 2 GG, Art. 13 Abs. 3 GG):[1]

1 Allgemein *Pieroth*, Jura 2013, 248.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Lässt sich ein Grundrecht *durch* Gesetz beschränken, so hat der Gesetzgeber den Eingriff selbst durch (formelles) Gesetz vorzunehmen.
- Kann ein Grundrecht *aufgrund eines* Gesetzes beschränkt werden, so erfolgt der Eingriff durch behördlichen Einzelakt, Voraussetzung ist allerdings auch hier eine abstrakt-generelle Vorschrift, die einen solchen exekutiven Grundrechtseingriff gestattet (**Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes**, § 4 Rn. 26).

Im Rahmen der Gesetzesvorbehalte werden zudem *einfache* und *qualifizierte* Gesetzesvorbehalte unterschieden: 6

- Ein **einfacher Gesetzesvorbehalt** lässt für die Beschränkung jedes Parlamentsgesetz ausreichen. Häufiges Beispiel ist der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG (§ 13 Rn. 16); auch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG (§ 21 Rn. 12 f.) und der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG (§ 14 Rn. 19) werden als einfache Gesetzesvorbehalte interpretiert.
- Ein **qualifizierter Gesetzesvorbehalt** liegt demgegenüber vor, wenn das Grundgesetz die Eingriffsermächtigung von weiteren Bedingungen abhängig macht. Das in das Grundrecht eingreifende Gesetz muss dabei erhöhten Anforderungen genügen: So fordert der Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG das Vorliegen einer bestimmten Situation; Art. 14 Abs. 3 GG verlangt eine Entschädigungsregelung bei Enteignungen (§ 15 Rn. 34). Anders als es der Wortlaut auf den ersten Blick vermuten lässt, handelt es sich auch bei den „Vorschriften der allgemeinen Gesetze" (§ 12 Rn. 36) des Art. 5 Abs. 2 GG um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt.

3. Was sind vorbehaltlose Grundrechte?

Vorbehaltlose Grundrechte unterliegen keinem ausdrücklich normierten Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 5), d.h. die jeweilige grundgesetzliche Norm schweigt zu einem etwaigen Vorbehalt. Das sind im Einzelnen: 7



Eingriffe in vorbehaltlose Grundrechte

- Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG, § 10 Rn. 13; 38 f.),
- Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG, § 11 Rn. 12; 32),
- Schutz der Ehe und Familie sowie Mutterschutz und Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Art. 6 GG, § 17 Rn. 13; 19; 36),
- Recht auf Religionsunterricht und Privatschulfreiheit (Art. 7 GG, § 10 Rn. 57),
- Versammlungsfreiheit in geschlossenen Räumen (Art. 8 Abs. 1 GG, § 13 Rn. 16),
- Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG, § 16 Rn. 27),
- Petitionsrecht (Art. 17 GG, § 25 Rn. 41),
- Rechtschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG, § 25 Rn. 13).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Können vorbehaltlose Grundrechte beschränkt werden?

8 Vorbehaltlose Grundrechte sind zwar nicht mit geschriebenen Gesetzesvorbehalten ausgestattet, die einen Eingriff rechtfertigen können, sie werden aber dennoch **nicht schrankenlos** gewährleistet.

Der Grund dafür lässt sich an der Kollision vorbehaltloser Verfassungsnormen in den beiden folgenden Situationen illustrieren:

a) Wie ist etwa der Konflikt zwischen einer kopftuchtragenden Lehrerin, die sich auf ihre positive Glaubensfreiheit aus Art. 4 GG berufen kann, und ihrer atheistischen Schülerin, die sich auf ihre negative Glaubensfreiheit aus Art. 4 GG berufen kann, aufzulösen?

b) Kann zur Bekämpfung einer Pandemie die Versammlungsfreiheit in geschlossenen Räumen beschränkt werden, einerseits um das Gesundheitswesen, andererseits um Leib und Leben anderer Grundrechtsberechtigter (ggf. vulnerabler Menschen) zu schützen?

In beiden Fällen liegen in jeder Waagschale gleichgewichtige Rechte.

9 In der offenen Gesellschaft des Grundgesetzes lebt jeder Mensch autonom seine Freiheit. Dabei muss es geradezu zwangsläufig zu Kollisionen kommen: zum einen zwischen konfligierenden grundrechtlich geschützten Verhaltensweisen verschiedener Grundrechtsberechtigter; zum anderen zwischen Grundrechtsberechtigten (Individuum) und Gemeinschaft (Kollektiv). Eine isolierte Betrachtung der vorbehaltlosen Grundrechte als „Trumpf", der alle anderen verfassungsrechtlichen Wertungen schlägt, würde die Einheit der Verfassung gefährden, denn sie würde unauflösbare Widersprüche erzeugen. Wäre der Staat dadurch zum Nichtstun verdammt, könnte er zur Lösung der Konflikte nichts beitragen und auch keinen Ausgleich schaffen – er dürfte nichts regeln, die Bürger:innen wären auf sich zurückgeworfen. Das aber wäre mit dem Gewaltmonopol des Staates und seinem damit verbundenen Versprechen, die Konflikte der ihm Unterworfenen zu lösen, unvereinbar.

10 Aus diesen Gründen besteht Einigkeit darin, dass vorbehaltlose Grundrechte ihre verfassungsimmanenten Schranken in **kollidierendem Verfassungsrecht** – den Grundrechten Dritter oder sonstigen Rechtsgütern von Verfassungsrang (bspw. Klimaschutz gem. Art. 20a GG, Gesundheitsschutz oder die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen) – finden.[2] Das heißt: Wenn ein vorbehaltloses Grundrecht mit einer anderen verfassungsrechtlichen Norm kollidiert, kann es beschränkt werden, wenn durch die Beschränkung der Konflikt (auf)gelöst wird. Die kollidierenden verfassungsrechtlichen Normen müssen durch **praktische Konkordanz** (§ 4 Rn. 15 f.) in Ausgleich gebracht werden.

2 Vgl. BVerfGE 28, 243, 261 (Dienstpflichtverweigerung [1970]); allgemein *v. Coelln,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 109 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Welche Anforderungen sind an Beschränkungen aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts zu stellen?

Auch bei den vorbehaltlosen Grundrechten greift der Vorbehalt des Gesetzes:[3] Das kollidierende Verfassungsrecht muss also in einem **Parlamentsgesetz** konkretisiert sein. Denn wenn schon Grundrechte *mit* Gesetzesvorbehalt nur aufgrund eines solchen Gesetzes beschränkt werden können, so muss dies *erst recht* für die – als unbeschränkbar formulierten, daher stärker geschützten – vorbehaltlosen Grundrechte gelten. Die Schranke muss also in einem formellen Gesetz formuliert werden. 11

Der Unterschied zwischen vorbehaltlosen Grundrechten und Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt liegt also letztlich darin, dass die legitimen Zwecke (§ 4 Rn. 32) für die Beschränkung vorbehaltloser Grundrechte limitiert sind: Während etwa beim einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG jeder legitime Zweck für die Schranke genügt, kann legitimer Zweck einer gesetzlichen Normierung zur Beschränkung eines vorbehaltlosen Grundrechts allein die Auflösung einer Kollision mit anderen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen sein. 12

6. Können Grundrechte mit geschriebenem Gesetzesvorbehalt ebenfalls durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt werden?

Wenn schon *vorbehaltlose* Grundrechte unter dem Vorbehalt verfassungsimmanenter Schranken stehen, dann drängt sich natürlich die Frage auf, ob auch bei Grundrechten *mit geschriebenem Schrankenvorbehalt* verfassungsimmanente Schranken zu berücksichtigen sind. Dem könnte entgegenstehen, dass dadurch die speziellen Anforderungen der geschriebenen Schrankenvorbehalte unterlaufen werden könnten. Anderseits schiene es widersinnig, wenn vorbehaltlose Grundrechte leichter einzuschränken wären als Grundrechte mit geschriebenem Schrankenvorbehalt. 13

> Beispiel: Das Verbot von Tabakwerbung ist kein allgemeines Gesetz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG, weil es gezielt die öffentliche Äußerung einer bestimmten Meinung („Rauchen ist gut!“) verbietet. Eine Rechtfertigung dieses Verbots könnte sich jedoch aus der verfassungsimmanenten Schranke des Gesundheitsschutzes ergeben.

Im Ergebnis wird die Anwendbarkeit verfassungsimmanenter Schranken auf Grundrechte mit geschriebenem Schrankenvorbehalt über den angedeuteten Erst-Recht-Schluss bejaht: Wenn schon vorbehaltlose Grundrechte aufgrund verfassungsimmanenter Schranken einschränkbar sind, dann muss dies erst recht für Grundrechte mit geschriebenem Schrankenvorbehalt gelten. 14

7. Wie ist praktische Konkordanz herzustellen?

Der Begriff der **praktischen Konkordanz** geht auf *Konrad Hesse* zurück und beschreibt den Prozess, durch den widerstreitende Grundrechtspositionen in 15

3 Das Prinzip des *Vorbehaltes des Gesetzes* besagt, dass die Staatsgewalt im Regelfall nur aufgrund eines formellen Gesetzes handeln darf. Dies darf nicht mit dem *Gesetzesvorbehalt* (§ 4 Rn. 5) verwechselt werden, der verfügt, wie das jeweilige Grundrecht beschränkt werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

möglichst schonenden Ausgleich gebracht werden.[4] Keiner Grundrechtsposition kommt dabei von vornherein Vorrang zu (siehe Grundrechte als Optimierungsgebote, § 1 Rn. 50). Das BVerfG formuliert in ständiger Rechtsprechung:

> ▶ Kollidierende Grundrechtspositionen sind [...] in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und [...] nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.
>
> **BVerfGE 134, 204, 223 (Werkverwertungsverträge [2013])** ◀

16 Die Herstellung der praktischen Konkordanz verlangt demzufolge eine Abwägung der Rechtspositionen gegeneinander. In der Sache handelt es sich also um eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.). Sie wird daher auch als Schranken-Schranke geprüft.

8. Lassen sich Schranken anderer Grundrechte auf vorbehaltlose Grundrechte übertragen?

17 Unter dem Stichwort **Schrankenleihe** wurde die Übertragung geschriebener Schranken anderer Grundrechte auf vorbehaltlose Grundrechte diskutiert: Klassisches Beispiel ist die Übertragung der Schranken aus Art. 5 Abs. 2 GG auf die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG (§ 11 Rn. 12). Das BVerfG erteilt der Schrankenleihe – nicht nur bei Art. 5 GG, sondern ganz allgemein – zurecht eine klare Absage:[5]

> ▶ Unanwendbar ist insbesondere, wie auch der BGH mit Recht annimmt, Art. 5 Abs. 2 GG, der die Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG beschränkt. Die **systematische Trennung der Gewährleistungsbereiche** in Art. 5 GG weist den Abs. 3 dieser Bestimmung gegenüber Abs. 1 als **lex specialis** aus und verbietet es deshalb, die Schranken des Abs. 2 auch auf die in Abs. 3 genannten Bereiche anzuwenden. Ebensowenig wäre es angängig, aus dem Zusammenhang eines Werkes der erzählenden Kunst einzelne Teile herauszulösen und sie als Meinungsäußerungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG anzusehen, auf die dann die Schranken des Abs. 2 Anwendung fänden. Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 5 Abs. 3 GG bietet keinen Anhalt für die Annahme, daß der Verfassungsgeber die Kunstfreiheit als Unterfall der Meinungsäußerungsfreiheit habe betrachten wollen. [...]
>
> 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

4 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 317 ff.; ferner *Kalenborn*, JA 2016, 6.
5 Siehe *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1 Rn. 275.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausreichende rechtsstaatliche Sicherung auf eine Gefährdung der für den Bestand der staatlichen Gemeinschaft notwendigen Güter abhebt.

BVerfGE, 30, 173, 191 ff. (Mephisto [1971]) ◀

9. Welchen Schranken unterliegen die Grundrechte auf europarechtlicher Ebene?

18 ◆ Die Garantien der EMRK unterliegen Gesetzesvorbehalten, die nach in der grundgesetzlichen Dogmatik gebräuchlichen Begrifflichkeit als qualifizierte Gesetzesvorbehalte (§ 4 Rn. 6) bezeichnet werden könnten. Die Nomen beschränken die legitimen Zwecke, denen die eingreifende Maßnahme dienen muss. Eingriffe in bestimmte Garantien sind keiner Rechtfertigung zugänglich, etwa eine Verletzung des Folterverbots (Art. 3 EMRK).

Die Grundrechte der EU-GRCh unterliegen demgegenüber der allgemeinen Rechtfertigungsklausel des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh – nach grundgesetzlicher Dogmatik einem einfachem Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6). Eingriffe in Rechte der EU-GRCh sind danach nur gerechtfertigt, wenn sie

- gesetzlich vorgesehen sind,
- den Wesensgehalt dieser Rechte achten und
- verhältnismäßig sind.

Dennoch sind Eingriffe in bestimmte Gewährleistungen nicht zu rechtfertigen, etwa die Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 EU-GRCh, § 7 Rn. 39 f.) oder des Folterverbots (Art. 4 EU-GRCh). Zu beachten ist ferner die Regelung des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh, wonach Grundrechten der EU-Grundrechtecharta, die einem in der EMRK garantierten Recht entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite beigemessen wird, wie in der Konvention. Daraus folgt unter anderem, dass die Rechtfertigungsanforderungen sich nach dem Gesetzesvorbehalt des Konventionsrechts richten und nicht nach der allgemeinen Rechtfertigungsklausel des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh (vgl. hierzu etwa den Schutz des Privatlebens gem. Art. 7 EU-GRCh, § 19 Rn. 39).

II. Schranken-Schranken

1. Welchen Schranken-Schranken müssen Gesetze genügen?

19 Der Grundrechtseingriff muss zudem die von der Verfassung für die Ausübung der Eingriffsmöglichkeiten vorgegebenen Grenzen beachten, um gerechtfertigt und damit verfassungskonform zu sein: Zwar zieht die Verfassung den Grundrechten durch Gesetzesvorbehalte ausdrückliche und durch kollidierendes Verfassungsrecht verfassungsimmanente Schranken; diese Beschränkungsmöglichkeiten gewährt das Grundgesetz dem Staat jedoch nicht grenzenlos, sie unterliegen ihrerseits Beschränkungen, den **Schranken-Schranken**. Nur wenn Schranken *und* Schranken-Schranken gewahrt sind, ist ein Grundrechtseingriff gerechtfertigt.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

20 Das Gesetz, welches den Grundrechtseingriff ermöglicht, muss formell verfassungsgemäß sein, also insbesondere mit Gesetzgebungskompetenz (Art. 30, 70 ff. GG) und in einem verfassungskonformen Gesetzgebungsverfahren (Art. 76 ff. GG) erlassen worden sein.[6] Die dogmatische Besonderheit dabei ist, dass es sich bei den Kompetenz- und Verfahrensregelungen des Grundgesetzes um *objektives* Recht handelt – das grundsätzlich gerade kein *subjektives* Recht der Bürger:innen verbürgt. Bei grundrechtsbeschränkenden Gesetzen spricht das BVerfG den Grundrechtsträger:innen allerdings ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einhaltung der Kompetenz- und Verfahrensregelungen zu (sog. **Elfes-Konstruktion**, § 21 Rn. 26).

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

21 Grundrechtsbeschränkende Gesetze müssen allgemein gefasst sein, sie dürfen nicht nur für einen Einzelfall gelten.[7] Nicht jede Regelung eines singulären Sachverhalts wird dadurch verboten.[8] Stellt ein Gesetz auf einen konkreten Einzelfall ab (sog. **Maßnahmegesetz**), verstößt dies nicht *per se* gegen die Verfassung.[9] Das BVerfG führt zur Reichweite des Verbots des Einzelfallgesetzes aus:



Jura 2022, 220

> ▶ Die Anforderung, dass das Gesetz allgemein zu sein hat, ist erfüllt, wenn sich wegen der abstrakten Fassung des gesetzlichen Tatbestands **nicht absehen lässt, auf wie viele und welche Fälle das Gesetz Anwendung findet** [...]. Das schließt die Regelung eines Einzelfalls nicht aus, wenn der Sachverhalt so beschaffen ist, dass es nur einen Fall dieser Art gibt und die Regelung dieses singulären Sachverhalts von sachlichen Gründen getragen wird. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG enthält letztlich eine **Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes**, der es dem Gesetzgeber verbietet, aus einer Reihe gleichgelagerter Sachverhalte einen Fall herauszugreifen und zum Gegenstand einer Sonderregelung zu machen.
>
> **BVerfGE 134, 33, 88 f. (Therapieunterbringungsgesetz [2013])** ◀

22 Umstritten ist der Anwendungsbereich des Verbots des Einzelfallgesetzes: Der Zweck des Gebots rechtfertigt grundsätzlich die Beachtung bei allen Freiheitsbeschränkungen.[10] Der Wortlaut des Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG legt nahe, dass nur Grundrechte mit geschriebenem Schrankenvorbehalt (§ 4 Rn. 5) erfasst werden sollen. Das BVerfG grenzt dies noch weiter ein und sieht nur Grundrechte mit qualifizierten Gesetzesvorbehalten vom Verbot des Einzelfallgesetzes umfasst.[11] Der Anwendungsbereich entspricht damit dem des Zitiergebots (§ 4 Rn. 23 f.).

6 Vgl. BVerfGE 6, 32 (Elfes [1957]).
7 Siehe *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 3 ff.; *Kerkemeyer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 13 ff.
8 BVerfGE 139, 321, 363 f. (Zeugen Jehovas Bremen [2015]).
9 BVerfGE 25, 371, 396 (lex Rheinstahl [1969]).
10 Siehe *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 43.
11 BVerfGE 24, 367, 396 (Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)

Nach dem Zitiergebot muss das einschränkende Gesetz das betroffene Grundrecht unter Angabe des entsprechenden Artikels nennen.[12] Der Grundrechtseingriff muss ausdrücklich im Gesetzestext benannt werden, und zwar nicht nur beim erstmaligen Erlass, sondern auch bei jeder Gesetzesänderung, die zu neuen Grundrechtsbeschränkungen führt.[13] Verstößt das Gesetz gegen das Zitiergebot, ist es nichtig (vgl. dazu auch das BND-Urteil des BVerfG, § 3 Rn. 3 ff.).[14] 23

Allerdings handhabt das BVerfG das Zitiergebot sehr zurückhaltend, um den „Gesetzgeber nicht unnötig in seiner Arbeit zu behindern".[15] Es ist daher nur auf solche Grundrechte anwendbar, „die auf Grund eines speziellen im Grundgesetz enthaltenen Vorbehalts durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden können".[16] Nicht erfasst sind folglich Grundrechte die schrankenlos gewährleistet sind (§ 4 Rn. 7) sowie solche, bei denen nicht ausdrücklich normiert ist, dass sie „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden können" (bspw. Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). Das Zitiergebot ist damit allein als Grenze der Beschränkung folgender Grundrechte zu beachten: 24

- Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG (§ 9 Rn. 11),
- Art. 6 Abs. 3 GG (§ 17 Rn. 32),
- Art. 8 Abs. 2 GG (§ 13 Rn. 16),
- Art. 10 Abs. 2 GG (§ 20 Rn. 17),
- Art. 11 Abs. 2 GG (§ 18 Rn. 20),
- Art. 13 Abs. 2–5, 7 Var. 2 GG (§ 20 Rn. 33),
- Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG (§ 18 Rn. 41).

Darüber hinaus ist der Gesetzgeber nur bei beabsichtigten Grundrechtseingriffen zum Zitat gezwungen; bloße Reflexwirkungen lösen die Pflicht nicht aus.[17]

d) Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG, Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh)

Nach der Wesensgehaltsgarantie darf kein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.[18] Anders als beim Verbot des Einzelfallgesetzes und Zitiergebot erstreckt sich die Anwendung des Art. 19 Abs. 2 GG auf alle grundrechtsrelevanten Regelungen. Das BVerfG nimmt einen *absoluten* Schutz des Wesensgehalts an: 25

12 Allgemein dazu *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 61 ff.; *Kerkemeyer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 31 ff.; *Lindner*, Jura 2020, 1180.
13 BVerfGE 113, 348, 366 (Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung [2005]).
14 Ob eine Verletzung des Zitiergebots einen formellen – so BVerfGE 150, 309, Rn. 60 f. (Kfz-Kennzeichenkontrollen [2018]) – oder ein materiellen – so BVerfGE 130, 1, 39 (Verwertungsverbot Wohnraumüberwachung [2011]) – Verfassungsverstoß darstellt, kann letztlich dahinstehen, weil die Rechtsfolge jedenfalls Verfassungswidrigkeit ist.
15 BVerfGE 35, 185, 188 (Haftgrund Wiederholungsgefahr [1973]).
16 BVerfGE 24, 367, 396 (Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968]).
17 BVerfGE 64, 72, 79 (Prüfingenieure [1983]).
18 Siehe *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 102 ff.; *Kerkemeyer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 43 ff.; ferner *Schaks*, JuS 2015, 407.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ Der Wesensgehalt eines Grundrechts darf nach dem klaren Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 GG **in keinem Falle angetastet werden**; die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Eingriff ausnahmsweise trotzdem zulässig sei, ist gegenstandslos.

BVerfGE 7, 377, 411 (Apotheken-Urteil [1958]) ◀

e) Parlamentsvorbehalt

26 Der aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete **Parlamentsvorbehalt** (auch **Wesentlichkeitstheorie**) bildet ebenfalls eine Schranken-Schranke: Er verlangt, dass alle für die Grundrechtsausübung *wesentlichen Entscheidungen* von der Legislative getroffen werden müssen, also nicht auf die Exekutive delegiert werden dürfen. Folglich bedarf es für *wesentliche* Eingriffe in Grundrechte (also solche, die die **Bagatellgrenze** überschreiten) eines formellen Gesetzes (**Vorbehalt des Gesetzes**).

f) Bestimmtheitsgebot und Normenklarheit

27 Auch das **Bestimmtheitsgebot** wird aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet. Danach müssen alle gesetzlichen Regelungen in Tatbestand und Rechtsfolge so klar gefasst sein, dass die Normunterworfenen ihr Verhalten an den Anforderungen der Rechtordnung ausrichten können.[19] Das BVerfG führt dazu aus, dass Gesetze „Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festlegen" müssen.[20] Das Bestimmtheitsgebots ist mit Augenmaß anzuwenden: Gesetze sollen eine Vielzahl von Lebenssachverhalten regeln und müssen daher hinreichend flexibel sein (etwa polizeirechtliche Generalklauseln, vgl. § 11 HSOG, oder technikabhängige Normen, z.B. § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG).

g) Vertrauensschutz

28 Eine weitere Schranken-Schranke konstituiert der aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Grundsatz des **Vertrauensschutzes**:[21] Unter bestimmten Voraussetzungen ist schutzwürdiges Vertrauen in bestehende Rechtspositionen zu honorieren und bewahrt vor nachteiligen Rechtsänderungen. Insbesondere bei rückwirkenden Gesetzen ist der Vertrauensschutz von großer Bedeutung. Ausdrücklich normiert ist das (absolute) Rückwirkungsverbot (§ 25 Rn. 24) im Grundgesetz nur in Art. 103 Abs. 2 GG für den Fall rückwirkender Strafgesetze. Im Übrigen differenziert das BVerfG zwischen zwei Formen der **Rückwirkung** von Gesetzen, für die jeweils eigene Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten:

▶ Eine Rechtsnorm entfaltet „**echte" Rückwirkung**, wenn sie nachträglich in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreift. Dies ist insbesondere der Fall,

19 Siehe *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 124; ferner *Towfigh*, Der Staat 48 (2009), 29; *Towfigh*, JA 2015, 81.
20 BVerfGE 120, 378, 408 (Automatische Kennzeichenerfassung [2007]).
21 Siehe *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 794.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenn ihre Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt ihrer Verkündung für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll („Rückbewirkung von Rechtsfolgen"). Normen mit echter Rückwirkung sind **grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig**. […].

Eine **„unechte" Rückwirkung** liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet, so wenn belastende Rechtsfolgen einer Norm erst nach ihrer Verkündung eintreten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst werden („tatbestandliche Rückanknüpfung"). Sie ist **grundsätzlich zulässig**. Allerdings können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese Grenzen sind erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.

BVerfGE 132, 302, Rn. 42 f. (Dividendenvorabausschüttung [2012]) ◀

Ausnahmsweise kann auch eine echte Rückwirkung zulässig sein, wenn das Vertrauen der Grundrechtsberechtigten nicht schutzwürdig ist.[22] Dies ist der Fall, wenn 29

- die bisherige Rechtslage unklar und verworren oder lückenhaft ist, so dass der/die Bürger:in mit einer Neuregelung rechnen musste;
- die Neuregelung zu keinem oder einem nur unerheblichen Nachteil für die Normadressat:innen führt (sog. **Bagatellvorbehalt**) oder
- die Neuregelung durch zwingende Gründe des gemeinen Wohls geboten ist (sog. **Gemeinwohlvorbehalt**).

2. Wann sind staatliche Maßnahmen verhältnismäßig?

Dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** (auch **Übermaßverbot**) kommt in der gesamten Rechtsordnung überragende Bedeutung zu. Er ist nicht nur bei der Gesetzgebung, sondern von allen drei Staatsgewalten (Legislative, Judikative und Exekutive) zu berücksichtigen. Bei Grundrechtseingriffen ist er innerhalb der Schranken-Schranke zu prüfen; im Verwaltungsrecht ist er u.a. im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen. Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes formuliert das BVerfG: 30

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

▶ Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits **aus dem Wesen der Grundrechte selbst**, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerläßlich ist.

BVerfGE 19, 342, 348 f. (Wencker [1965]) ◀

22 Vgl. BVerfGE 30, 367, 387 ff. (Bundesentschädigungsgesetz [1971]); 135, 1, Rn. 23 (Steuervergünstigungsabbaugesetz [2013]); jüngst BVerfG NJW 2021, 1222.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

31 Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit besteht aus vier Schritten:[23]

▶ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass ein Grundrechtseingriff einem **legitimen Zweck** dient und als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks **geeignet**, **erforderlich** und **angemessen** ist.

BVerfGE 118, 168, 193 (Kontostammdaten [2007]) ◀

a) Legitimer Zweck

32 Zunächst muss der mit der Maßnahme verfolgte Zweck identifiziert werden – bisweilen kann eine Maßnahme auch mehreren Zwecken dienen. Grundrechte mit qualifiziertem Gesetzesvorbehalt und vorbehaltlose Grundrechte geben den Zweck vor, den das Gesetz erfüllen muss. Im Übrigen steht dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum bei der Zweckbestimmung zu, so dass nur solche Zwecke von vornherein ausscheiden, die schon für sich genommen nicht mit der Verfassung vereinbar sind (sog. sozialschädliche Zwecke). Ob der Zweck politisch oder moralisch zustimmungswürdig ist, spielt dagegen keine Rolle.[24]

▶ Beispiel: Eine Regelung, die Frauen schlechter behandelt, allein weil sie Frauen sind, ist von Anfang an nicht mit verfassungsrechtlichen Wertungen (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG) vereinbar. ◀

b) Geeignetheit

33 Eine Maßnahme ist **geeignet**, wenn sie den angestrebten Zweck fördern kann (Tauglichkeit). Dabei genügt es,

▶ wenn die **abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung** besteht, die zugelassenen Maßnahmen also **nicht von vornherein untauglich** sind, sondern dem gewünschten Erfolg förderlich sein können.

BVerfGE 100, 313, 373 (Telekommunikationsüberwachung I [1998]) ◀

34 Ob eine Maßnahme „geeignet" ist, ist damit keine normative, sondern eine empirische Fragestellung (also keine Wertungs-, sondern eine Tatsachenfrage): Die Legislative muss sich ein Bild der tatsächlichen Gegebenheiten machen und ihre Prognoseentscheidung darauf stützen. Dabei kommt ihr eine **Einschätzungsprärogative** zu, die von den Gerichten zu respektieren ist, weshalb sich die gerichtliche Kontrolle auf eine **Evidenz- und Vertretbarkeitskontrolle** beschränkt.[25] Ändern sich die tatsächlichen Gegebenheiten, kann den Gesetzgeber eine Nachbesserungspflicht treffen.

23 Ausführlich *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, 2017. Der EuGH prüft die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Grundrechte der EU-GRCh häufig lediglich in drei Schritten, wobei die Schritte der „Erforderlichkeit" und der „Angemessenheit" miteinander verschmelzen.

24 Dazu *Graf Kielmansegg*, JuS 2009, 118.

25 BVerfGE 50, 290, 332 f. (Mitbestimmung [1978]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist **erforderlich**, wenn es keine andere Maßnahme gibt, die gleich wirksam, aber weniger belastend ist (Wahl des **mildesten Mittels**). Auch die Frage nach der Erforderlichkeit einer Maßnahme ist empirischer Natur: Hinsichtlich der *gleichen Wirksamkeit* ist zu fragen, ob bei einer Alternativmaßnahme die Wahrscheinlichkeit der Zweckerreichung gleich hoch oder höher ist. Weniger belastend ist eine Alternativmaßnahme, wenn das Ausmaß der Belastung (betroffene Rechtspositionen, Intensität der Beeinträchtigung, Zahl der Betroffenen) insgesamt geringer ist. Als alternative Mittel im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung kommen daher nur solche in Betracht, die mit keiner Verschlechterung anderer zu berücksichtigenden Interessen einhergehen (***Pareto*-Maßstab**).[26] Bei der gerichtlichen Kontrolle der Erforderlichkeit einer Maßnahme ist wie bei der Geeignetheit die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu beachten.[27] 35

Schwierigkeiten treten insbesondere dann auf, wenn das alternative Mittel eine andere Personengruppe trifft oder höhere Staatsausgaben auslöst. Diese komplexen Abwägungsfragen bleiben indessen der Prüfung der Angemessenheit vorbehalten. 36

d) Angemessenheit

Die Prüfung der **Angemessenheit** (auch: „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ oder „**Abwägung**“) nimmt in einer Gesamtschau die **Zweck-Mittel-Relation** in den Blick. Angemessen ist eine Maßnahme, wenn die die Grundrechtsberechtigten treffende Belastung nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck und den damit erstrebten Vorteilen für die Allgemeinheit steht: 37

> ▶ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, daß die **Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit nicht in unangemessenem Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken** stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person führt zwar dazu, daß der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte hinzunehmen hat, wenn überwiegende Allgemeininteressen dies rechtfertigen [...]. **Der Gesetzgeber muss aber zwischen Allgemein- und Individualinteressen einen angemessenen Ausgleich herbeiführen.** Dabei spielt auf grundrechtlicher Seite eine Rolle, unter welchen Voraussetzungen welche und wie viele Grundrechtsträger wie intensiven Beeinträchtigungen ausgesetzt sind. Kriterien sind also die Gestaltung der Einschreitschwellen, die Zahl der Betroffenen und die Intensität der Beeinträchtigungen. [...] Auf Seiten der Gemeinwohlinteressen ist das Gewicht der Ziele und Belange maßgeblich, denen die [Maßnahme] dient.
>
> **BVerfGE 100, 313, 375 f. (Telekommunikationsüberwachung I [1999])** ◀

26 Dazu *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Rn. 49, 88 ff., 127, 199.
27 BVerfGE 53, 135, 145 f. (Schokoladenosterhase [1980]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Zentrum der Prüfung der Angemessenheit steht somit eine Gesamtabwägung zwischen den öffentlichen Interessen (*Zweck*) und den Auswirkungen der gewählten Maßnahme (*Mittel*) auf die Grundrechte der Betroffenen.[28]

38 Dieser Abwägungsvorgang eröffnet Raum für Wertungen. Die Prüfung der Angemessenheit sieht sich daher dem Vorwurf der Subjektivität ausgesetzt:[29] Wenn man beispielsweise zur Bekämpfung einer Pandemie das Recht auf Versammlung (§ 13 Rn. 21) und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens gegeneinander abwägen muss, so gibt es keine universell gültigen, methodenstrengen Maßstäbe, wie ein solcher Vergleich durchgeführt werden kann.[30] Es kann sogar bezweifelt werden, ob ein solcher Vergleich zweier unterschiedlicher Rechtsgüter überhaupt möglich ist (sog. **Inkommensurabilität**). In den Worten des US Supreme Court Richters *Antonin Scalia*: „It is […] like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy."[31]

Letztlich lassen sich viele Probleme eines Falles bereits im Rahmen der Geeignetheit und Erforderlichkeit verhandeln. Wo dies nicht der Fall ist, muss im Rahmen der Angemessenheit sorgfältig und zurückhaltend argumentiert und begründet werden.

39 Zusammengefasst ergibt sich daraus die folgende Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung:

I. Legitimer Zweck

Welchen Zweck verfolgt die Maßnahme?

II. Geeignetheit

Fördert die Maßnahme die Erreichung dieses Zwecks?

III. Erforderlichkeit

Ist die Maßnahme das mildeste Mittel?

IV. Angemessenheit

Wie sind die unterschiedlichen Belange im Verhältnis zueinander zu gewichten (Zweck-Mittel-Relation)?

40 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellt auch auf europarechtlicher Ebene den zentralen Prüfungsmaßstab im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung dar. Ausdrücklich genannt wird er in Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh. In der EMRK wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus dem in den Rechtfertigungsklauseln der Art. 8–11 EMRK geschriebenen Satzteil „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig" hergeleitet.

28 BVerfGE 92, 277, 327 (DDR-Spione [1995]); allgemein *Daiber*, JA 2020, 37; *Kluckert*, JuS 2015, 116.
29 Dazu *Schlink*, Abwägung, 1976; zum internationalen Diskurs unter dem Stichwort „balancing" siehe *Petersen*, German Law Journal 14 (2013), 1387.
30 Mit Blick auf die Corona-Pandemie *Brüning/Thomsen*, NVwZ 2021, 1183; *Gläß*, DÖV 2020, 263; *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 641; *Kingreen*, Jura 2020, 1019.
31 U.S. Supreme Court, 486 U.S. 888, 897 (1988) – Bendix Autolite v. Midwesco Enterprises.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weiterführende Hinweise

Michael, Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 654
Voßkuhle, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2007, 429
Wienbracke, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ZJS 2013, 148
Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193
Lang, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 145 (2020), 75
Michaelis, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Gebrauchsanweisung für die Waage der Justitia, JA 2021, 573

3. Wrap-Up: Prüfungsschema

41

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Schranken
   einfacher Gesetzesvorbehalt
   qualifizierter Gesetzesvorbehalt
   verfassungsimmanente Schranken
2. Schranken-Schranken
   Formelle Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes
   Verbot des Einzelfallgesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG)
   Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2)
   Wesensgehaltstheorie (Art. 19 Abs. 2 GG)
   Parlamentsvorbehalt
   Bestimmtheitsgebot
   Vertrauensschutz
   Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

III. Einrichtungsgarantien und Normprägung

1. Was sind Einrichtungsgarantien?

42

Bisweilen erfordert die Wahrnehmung von Grundrechten, dass der Gesetzgeber rechtliche Institutionen bereitstellt (**Ermöglichungs- bzw. Bereitstellungsfunktion** des Rechts, § 1 Rn. 31 ff.): Die Eigentumsfreiheit beispielsweise kann überhaupt nur wahrgenommen und ausgeübt werden, wenn die Rechtsordnung das Rechtebündel „Eigentum“ vorsieht, Rundfunkfreiheit, wenn es „Rundfunk“ gibt. Wenn Grundrechte die Verpflichtung des Staates enthalten, rechtliche Institutionen vorzuhalten, spricht man von einer **Einrichtungsgarantie**: Durch sie wird der einfache Gesetzgeber verpflichtet, die fraglichen Rechtsinstitute mit einem verfassungsrechtlich verbürgten Kerngehalt zu schaffen und zu erhalten.



Einrichtungsgarantien und Normprägung

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Differenziert wird zwischen *Institutsgarantien* und *institutionellen Garantien*:[32]

- **Institutsgarantien** umfassen privatrechtliche Einrichtungen: Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG, § 17 Rn. 4), Eigentum und Erbrecht (Art. 14 Abs. 1 GG, § 15 Rn. 12 f.), die Privatschulfreiheit (Art. 7 Abs. 5 GG) sowie die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 28) und die Tarifvertragsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG, § 16 Rn. 26).
- **Institutionelle Garantien** betreffen öffentlich-rechtliche Einrichtungen: die Schaffung und Erhaltung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen wie Schulen (Art. 7 Abs. 1 GG), Universitäten (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG, § 11 Rn. 29 f.), Presse (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG, § 12 Rn. 22), Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG, § 12 Rn. 30) sowie die Einrichtung und Erteilung von Religions- und Weltanschauungsunterricht (Art. 7 Abs. 3 GG, § 10 Rn. 54); zudem die institutionelle Garantie der Staatsangehörigkeit in Art. 16 Abs. 1 GG (§ 18 Rn. 39). Aber auch außerhalb des Grundrechtskatalogs finden sich institutionelle Garantien, etwa der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG), des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) und des Sonn- und Feiertagsschutzes (Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV).

Als Merkhilfe dient die Anzahl der Wörter: Institutsgarantie und Privatrecht sind jeweils ein Wort; institutionelle Garantie und öffentliches Recht jeweils zwei Wörter.

43 Grundrechtlich garantiert ist der von Verfassungs wegen verbürgte Kerngehalt der Einrichtung; die Ausgestaltung im Detail obliegt dem einfachen Gesetzgeber.[33]

> Dies lässt sich am Institut der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) verdeutlichen: Das einfache Recht muss ein solches Institut vorsehen; unter welchen Voraussetzungen die Ehe eingegangen werden und welche Rechtsfolgen genau sie vermitteln kann, sind Fragen, deren Beantwortung dem einfachen Gesetzgeber obliegen (vgl. auch „Ehe für Alle", § 17 Rn. 7 ff.).

2. Was sind normgeprägte Grundrechte?

44 Bei **normgeprägten Grundrechten**, wirkt die einfachgesetzliche Ausgestaltung der jeweiligen Einrichtung auf das Grundrecht zurück, sie konkretisiert den Schutzgegenstand des Grundrechts. Rechtliche Institutionen wie Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 28), Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG, § 16 Rn. 26), Eigentum und Erbrecht (Art. 14 Abs. 1 GG, § 15 Rn. 12 f.) oder Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG, § 25 Rn. 6) gewinnen erst im Zusammenspiel mit einfachgesetzlichen Normen spezifische Bedeutung.

45 Normgeprägte Grundrechte stellen die Verfassung vor ein Dilemma: Einerseits kann die Verfassung die garantierten Einrichtungen nicht selbst im Detail vorsehen, sondern ist für ihre Ausgestaltung auf den einfachen Gesetzgeber angewie-

32 Siehe *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 34.
33 BVerfGE 58, 300, 339 (Nassauskiesung [1981]); ausführlich zur Nassauskiesungs-Entscheidung (§ 15 Rn. 31 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sen; andererseits will sie die Grundrechtsberechtigten davor schützen, dass der Gesetzgeber die grundrechtlichen Freiheiten ungebührlich beschränkt oder gar begrifflich aushöhlt.

Könnte der einfache Gesetzgeber frei über den Schutzgegenstand eines Grundrechts disponieren, könnte er gleichsam den Schutzbereich abschließend definieren, so drohte die Gefahr der Entleerung des grundrechtlichen Schutzgehalts. Die Rechtsfigur der Einrichtungsgarantie setzt der Normprägung der Grundrechte, also der Rückwirkung des einfachen Rechts auf den grundrechtlichen Schutzbereich, daher Grenzen, indem sie jeweils einen autonomen verfassungsrechtlichen Begriff der Einrichtung vorhält, an dem die einfachrechtliche Ausgestaltung gemessen werden kann. 46

Das lässt sich anhand des Schutzes des Eigentums illustrieren: Einerseits ist es Aufgabe des Staates, „Inhalt und Schranken" des Eigentums zu „bestimmen" (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG); andererseits vermittelt das Grundrecht ein Abwehrrecht gegen Eingriffe ins Eigentum durch den Staat. Durch die Einrichtungsgarantie ist der einfache Gesetzgeber an die von der Verfassung vorgegebenen Wesensmerkmale des Eigentums gebunden (Privatnützigkeit, freie Verfügungsbefugnis, Entschädigungsgarantie bei Enteignungen), seine Ausgestaltung darf nicht dazu führen, dass „an die Stelle des Privateigentums" etwas gesetzt wird, „was den Namen ‚Eigentum' nicht mehr verdient."[34]

34 BVerfGE 24, 367, 389 (Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Grundrechtskonkurrenzen

§ 5 Grundrechte im Verfassungsgefüge

I. Grundrechtskonkurrenzen

1. Was sind Grundrechtskonkurrenzen?

1 Wenn ein und dieselbe Maßnahme den Schutzbereich mehrerer Grundrechte berührt, muss das Konkurrenzverhältnis der verschiedenen Gewährleistungen geklärt werden: Die Tätigkeit einer hauptberuflichen Künstlerin etwa steht unter dem Schutz der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG) *und* der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Grundrechtskonkurrenzen treffen eine Aussage über das Verhältnis mehrerer Grundrechtsgewährleistungen zueinander.

2 Zunächst müssen dafür die einzelnen Schutzbereiche voneinander abgegrenzt werden. Wird die Künstlerin in ihrer Arbeit beeinträchtigt, sind begrifflich beide Grundrechte betroffen. Bei genauerem Hinsehen wird sich im konkreten Einzelfall indessen oftmals zeigen, dass im Schwerpunkt entweder eine kunst- oder eben berufsspezifische Beeinträchtigung vorliegt:

> Der Künstlerin wird bspw. verboten, ein bestimmtes Kunstwerk anzufertigen (kunstspezifische Beeinträchtigung) *oder* das Kunstwerk wirtschaftlich zu verwerten (berufsspezifische Beeinträchtigung). Anders als im Fall der Idealkonkurrenz (dazu sogleich) wird die staatliche Maßnahme im Ergebnis nur am Maßstab *eines* Grundrechts geprüft. Die Frage der Gesetzeskonkurrenz stellt sich nicht.

3 Sind trotz präziser Abgrenzung mehrere Gewährleistungen nebeneinander einschlägig, so stellt sich die Frage, ob eine von ihnen im Wege der Spezialität oder Subsidiarität verdrängt wird (**Gesetzeskonkurrenz**) oder ob sie nebeneinander anwendbar bleiben (**Idealkonkurrenz**):

- **Spezialität** ist anzunehmen, wenn der Schutzgehalt eines Grundrechts im konkreten Einzelfall von dem eines anderen Grundrechts (mit-)umfasst wird: So können bspw. spezifische Aspekte der Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) und der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG) Spezialfälle der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) darstellen und sie verdrängen.
- Paradefall der **Subsidiarität** ist das Verhältnis der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 18 ff.) zu den spezielleren Freiheitsgrundrechten. In allen Fällen, in denen die grundrechtlich schützenswerten Verhaltensweisen bereits durch ein spezielleres Freiheitsrecht umfasst sind, tritt die allgemeine Handlungsfreiheit zurück.
- Ergibt sich aus der Gesetzeskonkurrenz kein Vorrang eines Grundrechts, so gelangen alle Grundrechte *nebeneinander* zur Anwendung (**Idealkonkurrenz**). Dies ist der Fall, wenn die Grundrechte unterschiedliche Schutzrichtungen verfolgen: Wird zum Beispiel ein Waldeigentümer zur Mitgliedschaft in einer Jagdgenossenschaft verpflichtet, so können sowohl seine Eigentumsfreiheit

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aus Art. 14 Abs. 1 GG als auch die Gewissensfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG betroffen sein und gleichberechtigt nebeneinander stehen.[1]

2. Was sind Schutzbereichsverstärkungen?

Der Begriff der Schutzbereichsverstärkung umschreibt die Verbindung zweier Grundrechte mit dem Ziel, den grundrechtlichen Schutz zu verstärken. Dabei handelt es sich um einen Sonderfall der Grundrechtskonkurrenz. Voraussetzung für eine Schutzbereichsverstärkung ist, dass die Grundrechte dieselbe Schutzrichtung verfolgen und dass ein Eingriff in beide Schutzgehalte vorliegt. 4

> Prinzessin *Caroline* klagte gegen den Abdruck mehrerer Fotografien von ihr. Im Zentrum stand dabei ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Dieses verstärkte der BVerfG durch den spezifischen Schutz der Privatsphäre der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), weil die Fotografien zum Teil auch die Prinzessin mit ihren Kindern zeigten.[2]
>
> Gleiches gilt bei der Beschlagnahmung von Datenträgern eines Rechtsanwalts. Hier verstärkte das BVerfG das primär betroffene Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 23 ff.) durch den Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).[3]

3. Wrap-Up

5

I. Abgrenzen der einzelnen Schutzgehalte

Welche Grundrechtsgehalte berührt die Maßnahme?

II. Gesetzeskonkurrenz

Tritt ein Grundrecht hinter dem anderen zurück?

III. Idealkonkurrenz

II. Grundrechtsverzicht

Ist der Schutz durch die Grundrechte dispositionsfähig?

Unter dem Stichwort **Grundrechtsverzicht** wird die Frage diskutiert, ob Grundrechtsträger:innen auf den Schutz durch die Grundrechte in bestimmten Einzelfällen wirksam verzichten können.[4] Nicht gemeint ist damit ein vollständiger und dauerhafter Verzicht auf jeglichen Grundrechtsschutz (der nicht mit der Menschenwürde vereinbar und daher rechtlich unzulässig ist). Voraussetzung 6

1 BVerfG NVwZ 2007, 808.
2 BVerfGE 101, 361, 385 f. (Caroline von Monaco II [1999]); siehe hierzu auch die Ausführungen zu den Caroline-Entscheidungen (§ 12 Rn. 63 ff.).
3 vgl. BVerfGE 113, 29, 48 (Anwaltsdaten [2005]).
4 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1 Rn. 300 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für einen wirksamen Grundrechtsverzicht ist einerseits die Dispositionsfähigkeit über das Grundrecht. Teilweise gewähren Grundrechte die Möglichkeit eines Verzichts (Art. 16 Abs. 1 GG) oder verbieten diesen (Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG) ausdrücklich. Ferner muss der Verzicht auf einem freiwilligen Entschluss beruhen und darf insbesondere nicht auf einem Irrtum beruhen.[5]

7 Abzugrenzen ist der Grundrechtsverzicht zudem vom Nichtgebrauch eines Grundrechts: Wer sich bspw. entscheidet einen bestimmten Beruf nicht zu ergreifen, verzichtet nicht etwa auf den Schutz der Berufsfreiheit, sondern macht von ihm schlicht keinen Gebrauch. Ein Grundrechtsverzicht liegt dagegen vor, wenn ein Wohnungsinhaber der Polizei eine Durchsuchung seiner Wohnung erlaubt, obwohl weder ein richterlicher Durchsuchungsbefehl noch Gefahr im Verzug vorliegt – und damit auf den Schutz aus Art. 13 GG verzichtet.

III. Verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung

1. Was meint verfassungskonforme Auslegung?

8 Die verfassungskonforme Auslegung einer Norm ist nach dem BVerfG dann geboten, wenn

> ▶ unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesamtzusammenhang und Zweck mehrere Deutungen möglich sind, von denen nicht alle, aber zumindest eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt.
>
> **BVerfGE 112, 164, 182 f. (Familienbesteuerung [2005])** ◀

9 Die verfassungskonforme Auslegung kann daher als Gebot zur Aufrechterhaltung der Norm interpretiert werden.[6] Zwei Konstellationen sind denkbar: Lässt die Norm zumindest *eine* verfassungskonforme Auslegung zu, so hat sie *nur* in dieser Auslegung auch Bestand. Ein Beispiel ist dafür die Interpretation von § 14 VersG in Bezug auf Eil- und Spontanversammlungen (§ 13 Rn. 20). Ist *keine* verfassungskonforme Auslegung möglich, dann ist die Norm verfassungswidrig. Grenzen der verfassungskonformen Auslegung sind der Wortlaut der Norm und der gesetzgeberische Wille (also der gesetzgeberische Zweck der Norm).[7]

2. Was meint völkerrechtskonforme Auslegung?

◆ 10 Gem. Art. 59 Abs. 2 GG sind völkerrechtliche Verträge in Bundesrecht zu überführen, ihnen kommt dann der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. Die Grundrechte der EMRK stehen damit – normenhierarchisch betrachtet – unter den Grundrechten des GG. Dennoch zieht das BVerfG die EMRK als Auslegungshilfe für Gesetze und die Verfassung heran. Das BVerfG hat dazu in ständiger Rechtsprechung den **Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung**

5 Instruktiv *Fischinger*, JuS 2007, 808.
6 So *Lüdemann*, JuS 2004, 27, 29.
7 Siehe BVerfGE 88, 203, 333 (Schwangerschaftsabbruch II [1993]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entwickelt: Danach sind Gesetze grundsätzlich im Lichte der völkerrechtlichen Verträge auszulegen.[8] Die Berücksichtigung dieses Auslegungsgrundsatzes ist prozessual durchsetzbar.[9]

> ▶ Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind völkerrechtsfreundlich auszulegen. Die EMRK steht zwar innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes und damit unter dem Grundgesetz. Sie ist jedoch bei der Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen. Dies gilt auch für die Auslegung der EMRK durch den EGMR. Diese Bedeutung der EMRK und damit auch der Rechtsprechung des EGMR beruht auf der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und seiner inhaltlichen Ausrichtung auf die Menschenrechte. [...] Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit ergeben sich dort, wo ein Aufnehmen der Wertungen der EMRK methodisch nicht vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes unvereinbar ist.
>
> **BVerfGE 148, 296**, 350 (Streikverbot für Beamte [2018]) ◀

IV. „Unfriedliche“ Grundrechtswahrnehmung und Einschätzungsprärogativen der Legislative

1. Was meint „unfriedliche“ Grundrechtswahrnehmung?

„Unfriedliche“ Grundrechtswahrnehmung beschreibt Konstellationen, in denen durch grundrechtlich geschütztes Verhalten die Rechtsgüter anderer beeinträchtigt werden. In der Regel wird auch die solcherart „unfriedliche“ Wahrnehmung eines Grundrechts vom Schutzbereich erfasst – später in der Prüfung werden dann im Rahmen der Schranken-Schranken in der Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.) die widerstreitenden Positionen gegeneinander abgewogen. 11

> Beispiele: Vom Schutzbereich der Kunstfreiheit sind auch Werke umfasst, die in Rechte anderer (etwa Urheber- und Persönlichkeitsrechte, Eigentum) eingreifen (unfriedliche Kunst, § 11 Rn. 8 ff.). Die Berufsfreiheit (§ 14 Rn. 5 f.) schützt nicht nur von der Rechtsordnung erlaubte Berufe und die Meinungsfreiheit (§ 12 Rn. 6) umfasst auch polemische Aussagen.

In Ausnahmefällen ist die „unfriedliche“ Wahrnehmung allerdings aus dem Schutzbereich ausgeschlossen. Ausdrücklich normiert ist dies bei der Versammlungsfreiheit (§ 13 Rn. 9), die einen Friedlichkeitsvorbehalt enthält. 12

Hinter der Figur der „unfriedlichen“ Grundrechtswahrnehmung steht eine Machtfrage: Wem kommt die Letztentscheidung zu – der Legislative oder der (Verfassungs-)Judikative? Wenn „unfriedliche“ (rechtswidrige) Grundrechtsausübung aus dem Schutzbereich ausgeschlossen wird, hat der (einfache) Gesetzgeber das letzte Wort, weil dann nur der Grundrechtsschutz durch die allge- 13

8 Vgl. BVerfGE 58, 1 (Eurocontrol I [1981]); 111, 307, 317 f. (Görgülü [2004]).
9 Vgl. BVerfG NVwZ 2007, 808.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 2) greift und die unfriedlichen Verhaltensweisen somit durch einfaches Gesetz verboten werden können. Kommt es dagegen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zur Abwägung der widerstreitenden Positionen, entscheidet das BVerfG letztverbindlich; es verwundert daher nicht, dass das BVerfG bei der Feststellung der Eröffnung des Schutzbereichs in der Regel großzügig ist. Ferner erlaubt eine Abwägung auf Rechtfertigungsebene feingliedrige Entscheidungen, wohingegen eine Lösung auf Schutzbereichsebene zu „Schwarz-Weiß-Entscheidungen" führt.

2. Was bedeutet die Einschätzungsprärogative der Legislative?

14 Die Legislative trifft ihre Entscheidungen in aller Regel unter Bedingungen unsicheren Wissens.[10] Dies hat sich besonders anschaulich in der Anfangsphase der Bekämpfung der beispiellosen Corona-Pandemie gezeigt, wo die Folgen gesetzgeberischer Akte erst im Nachhinein bewertet werden konnten. Der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber kann also immer nur eine Prognose *ex ante* treffen – weshalb ihm von Verfassungs wegen eine Einschätzungsprärogative eingeräumt ist.[11] Diese muss auch das BVerfG bei seiner verfassungsrechtlichen Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des einfachen Rechts beachten, auch wenn ihm *ex post* das Ergebnis der Maßnahme bekannt sein mag.[12] Anders formuliert: Das BVerfG darf eigene (politische und situative) Auffassungen oder Einschätzungen nicht über gesetzgeberische Entscheidungen stellen (sog. ***judicial [self-]restraint***).

15 Auch hinter der Frage nach der Reichweite der Einschätzungsprärogative steht eine Macht- und Kompetenzfrage: Darf das BVerfG (aus seiner Sicht) „schlechtes" einfaches Recht verwerfen? Dass das BVerfG seine Prüfungskompetenz bisweilen recht weit interpretiert, zeigt bspw. die Entscheidung zum Klimaschutzgesetz (§ 1 Rn. 42 ff.). Solche Entscheidungen handeln Verfassungsgerichten den Vorwurf des „Aktivismus" ein.

Auch der EGMR räumt den Mitgliedsstaaten grundsätzlich einen Prognosespielraum ein (sog. ***margin of appreciation***).[13]

V. Verfassungswidriges Verfassungsrecht

1. Kann es verfassungswidriges Verfassungsrecht geben?

16 Akte der deutschen Staatsgewalt werden an der Verfassung als normhierarchisch höchstrangigem Recht gemessen: Die Verfassung ist Maßstab, selbst aber nicht Prüfungsgegenstand. Kann es also überhaupt verfassungswidriges Verfassungsrecht geben?

10 *Spiecker gen. Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, 2022.
11 BVerfGE 50, 290, 332 (Mitbestimmung [1979]).
12 Das birgt auch das Risiko von Rückschaufehlern (*hindsight bias*), vgl. *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Rn. 512 ff.
13 EGMR v. 7.12.1976, 5493/72 – Handyside/Großbritannien.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies ist insbesondere mit Blick auf *originäres* Verfassungsrecht, das vom Verfassungsgeber erlassen wurde, höchst fraglich. Der Verfassungsgeber war hinsichtlich der geschaffenen Verfassungsnormen vollkommen ungebunden. Zudem sind alle Verfassungsnormen gleichrangig, so dass es keine höherwertige positivrechtliche (Verfassungs-)Norm gibt, die geeigneter Prüfungsmaßstab für „verfassungswidriges Verfassungsrecht" wäre. Mit dem BVerfG ist daher anzunehmen, dass originäres Verfassungsrecht allenfalls dann verfassungswidrig sein kann, wenn es offenkundig gegen die Menschenwürde (als höchstrangiger Rechtsnorm schlechthin) verstößt.[14] 17

Verfassungswidriges Verfassungsrecht

Etwas anderes gilt für Verfassungsrecht, das durch eine Verfassungsänderung im von der Verfassung selbst dafür vorgesehenen Verfahren geschaffen wird, denn es besteht ein Unterschied zwischen dem verfassungs*gebenden* Gesetzgeber (***pouvoir constituent***) und dem verfassungs*ändernden* Gesetzgeber (***pouvoir constitué***). Wie sich aus Art. 79 Abs. 3 GG ergibt, ist der verfassungsändernde Gesetzgeber an die fundamentalen Festlegungen des verfassungsgebenden Gesetzgebers gebunden. Verfassungsänderungen sind also am Maßstab bestehenden Verfassungsrechts zu messen und können mithin auch verfassungswidrig sein. 18

2. Wie wird geprüft, ob Verfassungsrecht verfassungswidrig ist?

Für Änderungen des Grundgesetzes gelten die Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG (**Ewigkeitsklausel**):[15] Die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze dürfen nicht berührt werden, andernfalls ist die Verfassungsänderung unzulässig. Grundrechtsänderungen bedürfen daher *nur* der Überprüfung, ob sie in Konflikt mit den in Art. 1 GG und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätzen stehen; nicht relevant sind also andere Grundrechte mit ihrem jeweiligen Schutzgehalt. Art. 79 Abs. 3 GG gewährt ferner auch Schutz vor Änderungen der Grundsätze der Art. 1 GG und Art. 20 GG. 19

Daneben kann sich die Verfassungswidrigkeit des Verfassungsrechts auch aus einer formal fehlerhaften Verfassungsänderung ergeben, wenn etwa eine Änderung des Grundgesetzes nicht mit der nötigen Mehrheit (Art. 79 Abs. 2 GG) beschlossen wurde. 20

VI. Wehrhafte Demokratie und Widerstandsrecht

1. Wie findet das Prinzip der wehrhaften Demokratie Niederschlag im Grundgesetz?

Die Erfahrungen der jüngeren Verfassungsgeschichte zeigen, dass kein Recht und keine Freiheit vor der Gefahr des Missbrauchs gefeit sind. Gerade weil 21

14 BVerfGE 84, 90, 120 f. (Bodenreform I [1991]); 109, 279, 310 (Großer Lauschangriff [2004]); siehe zur Radbruch'schen Formel (§ 25 Rn. 27).

15 Dazu *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 79, Rn. 31 ff.; *Kment/Fimpel*, Jura 2021, 1289.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Grundgesetz eine freiheitlich-demokratische Ordnung etablieren und sichern will, muss es diese Freiheit vor ihren Feinden schützen.[16] Der Philosoph *Karl Popper* formuliert das dabei zutage tretende **Paradox der Toleranz** pointiert:

> ▶ Uneingeschränkte Toleranz führt mit Notwendigkeit zum Verschwinden der Toleranz. Denn wenn wir die unbeschränkte Toleranz sogar auf die Intoleranten ausdehnen, wenn wir nicht bereit sind, eine tolerante Gesellschaftsordnung gegen die Angriffe der Intoleranz zu verteidigen, dann werden die Toleranten vernichtet werden und die Toleranz mit ihnen.
>
> ***Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde I, 4. Aufl. 1975, S. 609 f.** ◀

22 Anders als die (wertneutrale) Demokratie der Weimarer Reichsverfassung (die dem Postulat folgte, dass zur Freiheit auch die Freiheit gehöre, die Freiheit abzuschaffen) stellt das Grundgesetz bestimmte Mechanismen zur Abwehr von politischen Kräften bereit, die auf die Abschaffung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung gerichtet sind (sog. präventiver Verfassungsschutz). Der Begriff der **wehrhaften Demokratie** (auch: streitbare Demokratie, engl.: *militant democracy*) fasst sie zusammen:[17] Zu nennen sind hier insbesondere

- Art. 9 Abs. 2 GG (Vereinsverbot, § 16 Rn. 12 ff.),
- Art. 18 GG (Grundrechtsverwirkung, § 5 Rn. 24),
- Art. 21 Abs. 2, 4 GG,
- aber auch Art. 79 Abs. 3 GG (Ewigkeitsklausel, § 5 Rn. 19).

23 Die Ambivalenz der genannten Vorschriften liegt auf der Hand: Ihr Zweck ist der Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung; ein Anwendungsmissbrauch kann diesen Zweck indessen schnell ins Gegenteil verkehren.

Film „Ein Volkskanzler“

Ein **Parteiverbot** nach Art. 21 Abs. 2 GG etwa könnte erfolgen, um unliebsame politische Opponenten auszuschalten. Nicht ohne Grund obliegt die Entscheidung darüber deshalb dem BVerfG, Art. 21 Abs. 4 GG (**Parteienprivileg**).[18]

24 Gleiches gilt hinsichtlich der Möglichkeit der **Grundrechtsverwirkung** nach Art. 18 GG: Die Verwirkung der dort abschließend genannten Grundrechte kommt nur als *ultima ratio* in Betracht; die Entscheidung darüber liegt auch hier in den Händen des BVerfG. An dieser Stelle zeigt sich abermals die besondere Stellung des BVerfG für den Grundrechtsschutz.

16 In den Worten des BVerfG in seiner Entscheidung KPD-Verbot: „[K]eine unbedingte Freiheit für die Feinde der Freiheit.“, BVerfGE 5, 85, 138 (KPD-Verbot [1956]).

17 So BVerfGE 149, 160, 194 (Vereinsverbote [2018]); zum Begriff der „streitbaren“ bzw. „wehrhaften“ Demokratie *Beaucamp*, JA 2021, 1; *Thrun*, DÖV 2019, 65; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 1154; *Kloepfer/Bakalovic*, DÖV 2022, 517.

18 BVerfGE 144, 20 (NPD-Verbotsverfahren [2017]); allgemein zum Parteiverbotsverfahren *Towfigh/Keesen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar Grundgesetz, 205. Aktualisierung (Juli 2020), Art. 21, Rn. 636 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Was regelt das Widerstandsrecht im Grundgesetz?

25 Das **Widerstandsrecht** ist in Art. 20 Abs. 4 GG verankert und gewährt allen Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht (§ 25 Rn. 3) zum Widerstand gegen jeden Menschen, der es unternimmt, die verfassungsrechtliche Ordnung (Art. 20 Abs. 1–3 GG) zu beseitigen, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist. Das Widerstandsrecht ist damit *ultima ratio* zur Sicherung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und zugleich Ausdruck der wehrhaften Demokratie des Grundgesetzes.[19] Praktisch hat dieses Recht bislang noch keine Rolle gespielt, es ist vor allem symbolischer Natur.

19 Siehe *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 20 Rn. 177.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 2: Würde



Die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Lern- und Verständnisziele 1

§ 6 Ideengeschichte der Menschenwürde 2
1. Was macht die Sonderstellung des Art. 1 Abs. 1 GG aus? 2
2. Was sind historische Vorbilder der Kodifikation des Art. 1 Abs. 1 GG? 4
3. Ist Art. 1 Abs. 1 GG ein Grundrecht? 6
4. Welche Funktionen sind der Menschenwürdegarantie beizumessen? 11

§ 7 Schutz der Menschenwürde 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 1
1. Wer kann sich auf die Menschenwürdegarantie berufen? 1
2. Was umfasst der Garantiegehalt der Menschenwürde? 6
3. Wann liegt ein Eingriff in die Menschenwürde vor? 9
4. Kann ein Eingriff in die Menschenwürde gerechtfertigt werden? 11
5. Wie sind die Konkurrenzen der Menschenwürde zu anderen Grundrechten? 17
6. Wrap-Up: Prüfungsschema ... 20

II. Vertiefung und Kontextualisierung 21
1. Kann in einen Menschenwürdeeingriff eingewilligt werden? 21
2. Was hat die „Kind als Schaden"-Konstellation im Zivilrecht mit der Menschenwürde zu tun? 22
3. Was hat „Schockwerbung" mit der Menschenwürde zu tun? 23
4. Was sind die Implikationen der Menschenwürdegarantie für das Strafrecht? 27
5. Was hat die Menschenwürde mit dem Existenzminimum zu tun? 31
6. Was hat die Menschenwürde mit dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben zu tun? 35

III. Europarechtliche Dogmatik 36
1. Gibt es eine mit Art. 1 Abs. 1 GG vergleichbare Regelung in der EMRK? 36
2. Gibt es eine mit Art. 1 Abs. 1 GG vergleichbare Regelung in der EU-GRCh? 39

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die Definition der sog. Objektformel (§ 7 Rn. 9)
- die Implikationen der Menschenwürdegarantie für das Strafrecht (§ 7 Rn. 27 ff.)
- die Normierungen der Menschenwürdegarantie im europäischen Kontext (§ 7 Rn. 36 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Funktionen der Menschenwürdegarantie (§ 6 Rn. 11)
- den persönlichen Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG (§ 7 Rn. 1)
- den Garantiegehalt der Menschenwürde (Rn. § 7 Rn. 6 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau von Art. 1 Abs. 1 GG (§ 7 Rn. 20)
- die Darstellung der Konkurrenzen zu anderen Grundrechten (§ 7 Rn. 17 ff.)
- die Behandlung der „Kind als Schaden"-Situation (§ 7 Rn. 22)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- ob ein Eingriff in die Menschenwürdegarantie gerechtfertigt werden kann (§ 7 Rn. 11 ff.)
- ob in einen Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG wirksam eingewilligt werden kann (§ 7 Rn. 21)
- inwieweit die Menschenwürde einem Recht auf selbstbestimmtes Sterben entgegensteht (§ 7 Rn. 35)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- ob Art. 1 Abs. 1 GG ein Grundrecht ist (§ 6 Rn. 6 ff.)
- was das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ist (§ 7 Rn. 31 ff.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- weshalb der Menschenwürdegarantie eine herausgehobene Stellung im Grundrechtesystem zukommt (§ 6 Rn. 2 f.)
- weshalb an die Annahme einer Menschenwürdeverletzung hohe Anforderungen zu stellen sind. (§ 7 Rn. 26)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 6 Ideengeschichte der Menschenwürde

1. Was macht die Sonderstellung des Art. 1 Abs. 1 GG aus?

„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." Dieses Postulat des Art. 1 Abs. 1 GG am Anfang der Verfassung formuliert prägnant und kraftvoll die Lehren, die das Grundgesetz als Reaktion auf die nationalsozialistische Schreckensherrschaft und getragen vom unmittelbaren Eindruck ihrer entmenschlichenden Verbrechen und Gräuel gezogen hat.[1] Erstmalig in der (deutschen) Verfassungsgeschichte wird damit eine umfassende Verpflichtung des Staates auf die Gewährleistung der Menschwürde normiert: Der Staat soll dem Menschen dienen, nicht umgekehrt. Diese Fundamentalnorm entfaltet Ausstrahlungswirkung in die Verfassungs- und Rechtsordnung im Übrigen – auch dadurch, dass jedem Art. 1 Abs. 1 GG nachfolgenden Grundrecht ein unverbrüchlicher „Menschenwürdekern" beigemessen wird. 2

Die herausragende Stellung der Menschenwürdegarantie wird verfassungsrechtlich zudem dadurch abgesichert, dass Art. 1 Abs. 1 GG unter dem Schutz der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG (§ 5 Rn. 19) steht:[2] Art. 1 Abs. 1 GG kann in seinem Kerngehalt nicht geändert werden. Die Menschenwürdegarantie ist deshalb auch Kontrollmaßstab für Verfassungsänderungen. Als oberstes Verfassungsprinzip bindet Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur die Staatsgewalt, sondern entfaltet – im Grundsatz anders als die übrigen Grundrechte – auch unmittelbare Wirkung zwischen Privaten.[3] Auch das Privatrecht muss also gewährleisten, dass jeder Mensch menschenwürdig behandelt wird; beispielsweise sind die Menschenwürde verletzende Verträge nichtig (zur Wirkung von Grundrechten zwischen Privaten mittelbare Drittwirkung, § 3 Rn. 29 ff.). 3

2. Was sind historische Vorbilder der Kodifikation des Art. 1 Abs. 1 GG?

Die Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945 formuliert in der Präambel den Schutz der Menschenwürde als Ziel: 4

> ▶ Wir, die Völker der Vereinten Nationen – fest entschlossen, künftige Geschlechter vor der Geißel des Krieges zu bewahren, die zweimal zu unseren Lebzeiten unsagbares Leid über die Menschheit gebracht hat, unseren Glauben an die **Grundrechte des Menschen**, an **Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit**, an die Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie von allen Nationen, ob groß oder klein, erneut zu bekräftigen [...].
>
> **Präambel der Charta der Vereinten Nationen** ◀

1 Siehe *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 2 f.
2 Vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 14.
3 Siehe *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5 Auch die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10.12.1948 verkündete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte bekennt sich in Art. 1 zur Menschenwürde:

> ▶ Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen.
>
> **Artikel 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte** ◀

3. Ist Art. 1 Abs. 1 GG ein Grundrecht?

6 Die Frage, ob Art. 1 Abs. 1 GG überhaupt als Grundrecht einzuordnen ist, ist umstritten[4] – und hat vor allem eine maßgebliche Konsequenz: Wird die Menschenwürde nur als objektiver „Programmsatz" und nicht als subjektives Recht begriffen (wie dies etwa allgemein bei den Grundrechten der WRV der Fall war[5]), dann wären Verletzungen nicht mit der Verfassungsbeschwerde (an)greifbar (§ 27 Rn. 2) und mithin nicht justiziabel; eine Verletzung des Achtungsanspruchs könnte nur mittelbar über eine Verletzung anderer Grundrechte gerügt werden. Grund- und Menschenrechte vermögen ihre Wirkung indessen nur zu entfalten, wenn sie auch effektiv durchgesetzt werden können, wenn mit anderen Worten Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen.[6] Der Streit ist also nicht bloß akademischer Natur, seine Entscheidung hat handfeste Folgen.

7 *Gegen* eine Einordnung als Grundrecht spricht zum einen die Systematik: Nach Art. 1 Abs. 3 GG ist die Staatsgewalt an „die nachfolgenden Grundrechte" gebunden. Ein Umkehrschluss könnte daher nahelegen, dass Art. 1 Abs. 1 GG selbst gerade nicht als Grundrecht einzuordnen ist, das die Staatsgewalt bindet.[7] Wenn zum anderen die nachfolgenden Grundrechte die Menschenwürde konkretisieren und in ihrer Gesamtheit lückenlosen Schutz bieten sollen, dann käme Art. 1 Abs. 1 GG auch kein eigenständiger Anwendungsbereich zu.[8]

8 *Für* eine Einordnung als Grundrecht sprechen indessen bereits die Entstehungsgeschichte und die überragende Bedeutung des Schutzes der Menschenwürde. Angesichts ihres Charakters als Fundamentalnorm unserer Verfassungsordnung schiene es geradezu widersinnig, sie nicht justiziabel auszugestalten, der Schutz der Menschenwürde wäre ein blasser programmatischer Leitsatz bar tatsächlicher Schutzwirkung, könnten sich Einzelne nicht auf die Garantie berufen.

9 Auch die Argumente der Gegenauffassung lassen sich entkräften: So ist der Abschnitt von Art. 1 bis 19 GG mit der Überschrift „Die Grundrechte" versehen. Dies legt nahe, dass auch Art. 1 Abs. 1 GG über Grundrechtsqualität verfügt. Ferner hat sich gezeigt, dass ein Rückgriff auf die Menschenwürde als Grundrecht die Gewährleistung eines lückenlosen Systems des Grundrechtsschutzes

4 Eine Übersicht zum Meinungsbild bietet *Goos*, Innere Freiheit, 2011, 191 ff.
5 Vgl. *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 13 f.
6 So etwa BVerfGE 125, 175, 222 (Hartz IV [2010]); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 28 ff.
7 Siehe *Dreier*, in: Dreier, GG Kommentar, 3. Aufl., Art. 1, Rn. 124 ff.
8 So *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, 1997, 92 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erleichtert, etwa beim postmortalen Persönlichkeitsschutz (§ 7 Rn. 4), der unbestritten ein bedeutsames Schutzgut bildet, dessen Schutz aber aus den übrigen Grundrechten schwer zu begründen ist. Auch der Umstand, dass die Menschenwürde den Nucleus aller Grundrechte bildet und durch die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG (§ 5 Rn. 19) geschützt wird, kann als Argument dafür herangezogen werden, dass Art. 1 Abs. 1 GG Grundrechtsqualität zukommen muss.

10 Art. 1 Abs. 1 GG ist deshalb nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG[9] und der h.M. im Schrifttum kein bloßer objektiv-rechtlicher Programmsatz, sondern ein justiziables subjektives Grundrecht.[10]

4. Welche Funktionen sind der Menschenwürdegarantie beizumessen?

11 Wie anderen Grundrechten auch, kommt der Menschenwürdegarantie natürlich die klassische Abwehrfunktion (§ 1 Rn. 29) zu. Schon dem Wortlaut zufolge ist ihr aber auch eine Schutzfunktion (§ 1 Rn. 35 ff.) beizumessen:[11] Der Staat ist verpflichtet, Menschen vor Verletzungen der Menschenwürde durch Dritte zu bewahren.[12] Beispielsweise muss das Vertragsrecht gewährleisten, dass Verletzungen der Achtung der Menschenwürde vertraglich nicht vereinbart oder gar durchgesetzt werden können.[13] Darüber hinaus kann Art. 1 Abs. 1 GG auch ein Leistungsrecht verbürgen, etwa in Gestalt eines Anspruchs auf Gewährung eines menschenwürdigen Existenzminimums (§ 7 Rn. 31 ff.).

9 St. Rsp. siehe nur BVerfGE 12, 113, 123 (Schmid-Spiegel [1961]); 61, 126 (Erzwingungshaft [1982]); 109, 133, 151 (Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004]).
10 Vgl. *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 16; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 28 ff. m.w.N.
11 Dazu *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 42 ff.
12 BVerfGE 115, 118, 159 (Luftsicherheitsgesetz [2006]).
13 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 116 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 7 Schutz der Menschenwürde

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Wer kann sich auf die Menschenwürdegarantie berufen?

1 Art. 1 Abs. 1 GG trifft keine Aussage über den persönlichen Schutzbereich und ist daher als Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) einzuordnen. Grundrechtsberechtigt ist damit jede natürliche Person, unabhängig von ihrem körperlichen oder geistigen Zustand.[1]

2 In temporaler Hinsicht bezieht sich der persönliche Schutzbereich der Menschenwürde fraglos auf die Lebenszeit; aber der Wortlaut ist unscharf, wenn es um die Zeit vor der Geburt und nach dem Tod geht.

3 a) Umstritten ist die Frage, ob auch das ungeborene menschliche Leben vom Schutz der Menschenwürde umfasst wird.[2] Nach dem BVerfG ist dies jedenfalls ab der Nidation – d.h. der Einnistung der befruchteten Eizelle in der Gebärmutter – der Fall:

> ▶ Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu, nicht erst dem menschlichen Leben nach der Geburt oder bei ausgebildeter Personalität. [E]ntscheidungserheblich ist daher nur der Zeitraum der Schwangerschaft. Dieser reicht nach den [...] Bestimmungen des Strafgesetzbuches vom Abschluß der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter (Nidation) bis zum Beginn der Geburt. Jedenfalls in der so bestimmten Zeit der Schwangerschaft handelt es sich bei dem Ungeborenen um individuelles, in seiner genetischen Identität und damit in seiner Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit bereits festgelegtes, nicht mehr teilbares Leben, das im Prozeß des Wachsens und Sich-Entfaltens sich nicht erst zum Menschen, sondern als Mensch entwickelt. Wie immer die verschiedenen Phasen des vorgeburtlichen Lebensprozesses unter biologischen, philosophischen, auch theologischen Gesichtspunkten gedeutet werden mögen und in der Geschichte beurteilt worden sind, es handelt sich jedenfalls um unabdingbare Stufen der Entwicklung eines individuellen Menschseins. Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu.
>
> **BVerfGE 88, 203, 251 f. (Schwangerschaftsabbruch II [1993])** ◀

4 b) Das BVerfG erstreckt den Schutz der Menschenwürde ferner auf Verstorbene (sog. **postmortaler Persönlichkeitsschutz**). Mangels Handlungsfähigkeit der oder des Verstorbenen wird allein auf Art. 1 Abs. 1 GG und nicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (§ 19 Rn. 4) abgestellt.[3] Die Schutzintensität des postmortalen Persönlichkeitsrechts nimmt im Laufe der Zeit ab:[4] Das Reich der Toten soll nicht über die Lebenden herr-

1 BVerfGE 87, 209, 228 (Tanz der Teufel [1992]).
2 Siehe *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 19 m.w.N.
3 BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto [1971]); dazu *Papst*, NJW 2002, 999.
4 BVerfGE 30, 173, 196 (Mephisto [1971]); BVerfG NJW 2018, 770; *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen. Insoweit (also allein bezogen auf den postmortalen Persönlichkeitsschutz) kann Art. 1 Abs. 1 GG nicht als absolutes Recht verstanden werden, sondern ist im Rahmen des postmortalen Persönlichkeitsschutzes – wie ein gewöhnliches Freiheitsrecht – der Abwägung zugänglich (vgl. hierzu die Mephisto-Entscheidung, § 11 Rn. 16 ff.).[5]

Juristischen Personen (§ 3 Rn. 16 ff.) kann schon begrifflich keine Menschenwürde beigemessen werden, so dass eine wesensmäßige Anwendbarkeit i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG ausscheidet; sie können sich folglich nicht auf Art. 1 Abs. 1 GG berufen.[6] 5

2. Was umfasst der Garantiegehalt der Menschenwürde?

„Würde des Menschen" ist ein in langer Geistes- und Ideengeschichte geprägter Begriff, dessen Inhalt nur schwer zu bestimmen ist. Drei klassische Theorien mögen helfen, ihn zu konturieren und zu verstehen:[7] 6

- Nach der **Anerkennungstheorie** liegt der Grund der Menschenwürde in der Anerkennung, die sich Menschen gerade aufgrund ihres Menschseins gegenseitig schulden und gewähren. Diese gegenseitige Anerkennung ist gleichsam der „Klebstoff" jeder Solidargemeinschaft.
- Die **Mitgifttheorie** stellt auf den Eigenwert des Menschen ab; geschützt wird also, „was den Menschen als Menschen ausmacht". Die Auffassung geht dabei auf christliche, aufklärerische Ansichten (der Mensch als „Ebenbild Gottes") zurück, die in der Philosophie Kants mündet.
- Die **Leistungstheorie** betont die persönliche Selbstbestimmung eines jeden Menschen: Nur der Mensch selbst könne bestimmen, was er „ist". Die Würde des Menschen muss nach dieser – aus verfassungsrechtlicher Sicht abzulehnenden – Theorie also durch Identitätsbildung „erworben" werden.

Was genau Menschenwürde begrifflich umfasst, ist mithin schwerlich zu beschreiben und zu greifen. Einigkeit besteht hinsichtlich einiger Kernmerkmale: Die Menschenwürde beschreibt den **Eigenwert des Menschen**, der jedem Menschen schlicht aufgrund seines Menschseins zukommt.[8] Art. 1 Abs. 1 GG schützt also den Menschen als selbstbestimmtes Wesen.[9] Es kann mithin niemals (lebens-)unwertes Leben geben, wie es der nationalsozialistische Verfolgungs- und Vernichtungsstaat propagierte. Auch diese Beschreibung ist indessen in der konkreten Rechtsanwendung nur schwer zu operationalisieren – eine Definition des *Inhalts* des Menschenwürdebegriffs fällt schwer. Weil die Fallbearbeitung aber begriffliche Abgrenzungen erfordert, markiert die Jurisprudenz die *äußeren Grenzen* des Begriffs, gleichsam das Mindestmaß an Achtung, das jedem Menschen zukommt: Diesen Ansatz verfolgt etwa die populäre sog. Objektformel 7



Wie viel ist ein Menschenleben wert?

5 Siehe etwa BGH NJW 2014, 3786.
6 BVerfGE 115, 118, 152 (Luftsicherheitsgesetz [2006]).
7 Siehe *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 30 ff. m.w.N.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 3 ff.; ausführlich zum Begriff der „Würde des Menschen" siehe *Goos*, Innere Freiheit, 2011, 21 ff.
8 BVerfGE 30, 1, 39 (Abhörurteil [1970]).
9 BVerfGE 45, 187, 227 (Lebenslange Freiheitsstrafe [1977]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(§ 7 Rn. 9), die regelmäßig zur Feststellung von Menschenwürdeverletzungen herangezogen wird. Aus grundrechtsdogmatischer Sicht wird der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG also am zuverlässigsten vom Eingriff her bestimmt.[10]

8 Mit der Zeit haben sich folgende Fallgruppen[11] herauskristallisiert, in denen die Menschenwürde typischerweise gefährdet ist:



JA 2012, 119
JuS 2012, 826
JuS 2012, 1093

- Gewährleistung der körperlichen Integrität: Schutz vor menschenwürdeverachtenden Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit (bspw. Folter, § 9 Rn. 11);[12]
- Gewährleistung des Existenzminimums: Sicherung von Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben (§ 7 Rn. 31 ff.);[13]
- Gewährleistung der persönlichen Ehre: Schutz vor herabsetzenden und erniedrigenden Äußerungen (§ 12 Rn. 47 ff.);[14]
- Gewährleistung der Intimsphäre: Schutz des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung (§ 19 Rn. 11);[15]
- Gewährleistung der personalen Identität: Schutz der psychischen Integrität (§ 19 Rn. 18 ff.);[16]
- Gewährleistung der elementaren Rechtsgleichheit: Schutz vor Klassifizierung, Stigmatisierung und Diskriminierung von Menschen (§ 24 Rn. 2).[17]

3. Wann liegt ein Eingriff in die Menschenwürde vor?

9 Würde ist jedem Menschen qua seines Menschenseins immanent. Strenggenommen kann diese Würde nicht verletzt werden, sondern lediglich der damit einhergehende Achtungsanspruch. Wann ein Eingriff in die Würde – den Achtungsanspruch – eines Menschen vorliegt, ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum Gegenstand einer langjährigen und anhaltenden Debatte.[18] Das BVerfG greift u.a. auf die sog. **Objektformel** zurück, die von *Günter Dürig* entwickelt wurde.[19] Danach verletzt „jede Behandlung des Menschen als bloßes Objekt ohne Eigenwert" die Würde des Menschen. Die Formel kann indessen nur als Heuristik („Faustformel") dienen und den Rahmen des Menschenwürdeschutzes lediglich grob und vorläufig abstecken. Das BVerfG macht deutlich, dass die

10 Siehe *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 33.
11 Siehe etwa *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 1, Rn. 26 ff.
12 BVerfGE 115, 118, 154 (Luftsicherheitsgesetz [2006]); BVerfGE 153, 182, Rn. 206 (Recht auf selbstbestimmtes Sterben [2020]).
13 BVerfGE 82, 60, 85 (Steuerfreies Existenzminimum [1990]); BVerfGE 99, 216, 233 (Familienlastenausgleich II [1998]); BVerfGE 125, 175, 213 (Hartz IV [2010]); BVerfGE 132, 134, 159 (Asylbewerberleistungsgesetz [2012]).
14 Vgl. BVerfGE 30, 173, 214 (Mephisto [1971]); BVerfGE 102, 347, 367 (Schockwerbung I [2000]).
15 Vgl. BVerfGE 30, 1, 9 (Abhörurteil [1970]); BVerfGE 109, 279 (Großer Lauschangriff [2004]); BVerfGE 113, 348, 390 ff. (Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung [2005]); BVerfGE 141, 220, 276 (Bundeskriminalamtsgesetz [2016]).
16 BVerfGE 45, 187, 245 (Lebenslange Freiheitsstrafe [1977]); BVerfGE 49, 286, 298 (Transsexuelle I [1978]); BVerfGE 133, 168, 198 (Verständigungsgesetz [2013]).
17 BVerfGE 140, 317, 344 (Identitätskontrolle [2015]).
18 Siehe *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 53 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 44 ff.
19 *Dürig*, AöR 81 (1956), 117.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bestimmung eines Eingriffs in Art. 1 Abs. 1 GG stets vom konkreten Einzelfall abhängt:

> ▶ 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 Subjektqualität 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 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, 25 f. (Abhörurteil [1970])** ◀

Bei großen Unglücksfällen oder bei der Bekämpfung einer Pandemie kann es zu einer Verknappung lebenserhaltender Ressourcen kommen, was wiederum Verteilungsentscheidungen – und im Extremfall sogar Entscheidungen über Leben und Tod – fordert. Es geht hierbei um die „Priorisierung" Behandlungsbedürftiger im Knappheitsfall (**Triage**): Wer wird zuerst wiederbelebt oder wer wird an das letzte Beatmungsgerät angeschlossen? In derartig grundlegenden Fragen der menschlichen Existenz werden verbindliche gesetzliche Verfahrenskriterien gefordert, gerade um besonders vulnerable Gruppen (Behinderte, Ältere oder Menschen mit Vorerkrankungen) zu schützen.[20] Die grundsätzliche Festlegung bestimmter Verteilungskriterien stellt jedenfalls keinen Verstoß gegen die der Menschenwürde inhärente Lebenswertgleichheit dar; selbstverständlich muss die Ausgestaltung aber menschenwürdekonform sein. Es gilt das Verbot der Abwägung „Leben gegen Leben": Das Leben eines jungen Menschen ist beispielsweise nicht „wertvoller" als das eines alten Menschen. 10

4. Kann ein Eingriff in die Menschenwürde gerechtfertigt werden?

Art. 1 Abs. 1 GG steht nicht unter Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 4 ff.). Dennoch ist – anders als bei den übrigen vorbehaltslos gewährleisteten Grundrechten – eine Rechtfertigung mittels kollidierenden Verfassungsrechts (§ 4 Rn. 10) nicht möglich, weil das Grundgesetz die Menschenwürde als Fundamentalnorm für „unantastbar" erklärt: sie ist abwägungsfest (sog. **absolutes Recht**). Eingriffe können nicht mit Verweis auf andere Grundrechte oder eine kollidierende Menschenwürde-Position gerechtfertigt werden.[21] 11

20 BVerfG NVwZ 2022, 139; ferner *Brade/Müller*, NVwZ 2020, 1792; *Dederer/Preiß*, JZ 2022, 170; *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398; *Kranz/Ritter*, NVwZ 2022, 133; *Lehner*, DÖV 2021, 252; *Merkel/S. Augsberg*, JZ 2020, 704; *Taupitz*, MedR 2020, 440.

21 Siehe *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 17 ff. m.w.N.; *Goos*, Innere Freiheit, 2011, 168 ff.; *Quecke*, Unantastbare Menschenwürde, 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

12 Hier kommt die übergeordnete Bedeutung der Menschenwürde zum Tragen, die Art. 1 Abs. 1 GG von den übrigen Grundrechten absetzt: Jedes Grundrecht lässt sich im Kern auf die Menschenwürde zurückführen; auch deshalb schließt Art. 79 Abs. 3 GG eine Änderung des Art. 1 Abs. 1 GG aus.

Das BVerfG stellt klar:

> ▶ Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet die staatliche Gewalt, alle Menschen gegen Angriffe auf die Menschenwürde zu schützen. Solche Angriffe können in Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und anderen Verhaltensweisen bestehen, die dem Betroffenen seinen Achtungsanspruch als Mensch absprechen. **Die Menschenwürde als Fundament aller Grundrechte ist mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig.**
>
> **BVerfGE 107, 275, 284 (Schockwerbung II [2003])** ◀

13 Dies gilt auch dann, wenn ein Eingriff zum Schutz der Menschenwürde anderer vorgenommen werden soll:[22] Aufgrund der Zunahme terroristischer Bedrohungen hatte der Bundestag ein Gesetz erlassen, das es der Bundeswehr ermöglichen sollte, den Missbrauch eines Passagierflugzeugs als Waffe (wie etwa die Angriffe am 11.9.2001 auf das World Trade Center in New York und andere symbolträchtige Ziele in den USA) notfalls per Abschuss zu verhindern (§ 14 Abs. 3 LuftSiG a.F.). Das BVerfG erklärte die Norm für nicht mit der Menschenwürde vereinbar:

Podcast „Spruchreif" – Luftsicherheitsgesetz

Terror – Ihr Urteil

> ▶ In dieser Extremsituation [...] sind Passagiere und Besatzung typischerweise in einer für sie ausweglosen Lage. Sie können ihre Lebensumstände nicht mehr unabhängig von anderen selbstbestimmt beeinflussen. Dies macht sie zum Objekt nicht nur der Täter. Auch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG a.F. greift, behandelt sie als **bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer**. Die Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit, welche die Lage der als Opfer betroffenen Flugzeuginsassen kennzeichnen, bestehen auch gegenüber denen, die den Abschuss des Luftfahrzeugs anordnen und durchführen. Flugzeugbesatzung und -passagiere können diesem Handeln des Staates auf Grund der von ihnen in keiner Weise beherrschbaren Gegebenheiten nicht ausweichen, sondern sind ihm wehr- und hilflos ausgeliefert mit der Folge, dass sie zusammen mit dem Luftfahrzeug gezielt abgeschossen und infolgedessen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet werden. **Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten**. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen **der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt**.
>
> **BVerfGE 115, 118, 154 (Luftsicherheitsgesetz [2006])** ◀

22 A.A. *Wittreck*, DÖV 2003, 873.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gleiches gilt für die sog. **Rettungsfolter**, also die Folter eines Menschen zur Rettung eines anderen. Paradigmatisch ist hier der Fall *Wolfgang Daschner*: Der ehemalige stellvertretende Frankfurter Polizeipräsident *Daschner* drohte dem gefassten Täter *Magnus Gäfgen* Gewalt für den Fall an, dass er den Aufenthaltsort des von ihm entführten Kindes nicht preisgebe. *Wolfgang Daschner* wurde deshalb aufgrund dieser Drohung wegen Nötigung im Amt (§ 240 Abs. 4 Nr. 2 StGB) verurteilt.[23] 14


Der Fall „Daschner"

Es bleibt festzuhalten: Ein Eingriff in die Menschenwürdegarantie kann nicht gerechtfertigt werden.[24] Anders gewendet: Grundrechts*eingriff* und Grundrechts*verletzung* sind bei Art. 1 Abs. 1 GG gleichbedeutend. Das heißt für die Fallprüfung, dass bei der Frage, ob ein Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG vorliegt, ausführlich alle Umstände des Einzelfalls erörtert und in die Bewertung einfließen müssen. Insofern unterscheidet sich die Prüfung von Art. 1 Abs. 1 GG von der Prüfung anderer Grundrechte. 15

Der absolute Schutz der Menschenwürde kennt eine einzige Ausnahme, nämlich im Hinblick auf den postmortalen Persönlichkeitsschutz (§ 7 Rn. 4). Dass die Schutzwirkung des Art. 1 Abs. 1 GG für Verstorbene über die Zeit in ihrer Intensität abnimmt, bedeutet, dass eine Abwägung stattfinden muss – was wiederum voraussetzt, dass die Menschenwürde in diesem eng umschriebenen Bereich wie ein gewöhnliches Freiheitsrecht ausnahmsweise einer Abwägung zugänglich ist (§ 4 Rn. 37 f.). 16

5. Wie sind die Konkurrenzen der Menschenwürde zu anderen Grundrechten?

Alle Grundrechte enthalten einen Menschenwürdekern und konkretisieren in letzter dogmatischer Konsequenz Art. 1 Abs. 1 GG.[25] Besonders deutlich zeigt sich dies etwa bei dem aus der Menschenwürde hergeleiteten abwägungsfesten Kernbereich zum Schutz von Persönlichkeitsrechten – etwa bei der Unverletzlichkeit der Wohnung (§ 20 Rn. 24), des Brief- Post- und Fernmeldegeheimnisses (§ 20 Rn. 14) oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 19 Rn. 11). 17

Was bedeutet dies für das Verhältnis der Menschenwürde zu den anderen Grundrechten? Das BVerfG lässt diese Konkurrenzfrage (§ 5 Rn. 1 ff.) bei Art. 1 Abs. 1 GG offen: Art. 1 Abs. 1 GG reiche „unter den hier in Frage stehenden Gesichtspunkten nicht weiter als jene Einzelgrundrechte".[26] Die Menschenwürdegarantie ist aber nicht subsidiär zu den anderen Grundrechten in dem Sinne, dass sie bei Eröffnung eines konkreten Schutzbereichs nicht berücksichtigt werden dürfte.[27] Vielmehr besteht nach Verletzung eines spezielleren Grundrechts *kein Anlass* mehr, eine Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG zu prüfen. 18

23 LG Frankfurt a.M. NJW 2005, 692; dazu *Götz*, NJW 2005, 953; *Grabenwarter*, NJW 2010, 3128.
24 BVerfGE 109, 279, 314 (Großer Lauschangriff [2004]); ferner *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 1, Rn. 67 ff.
25 BVerfGE 93, 266, 293 („Soldaten sind Mörder" [1995]); BVerfGE 107, 275, 284 (Schockwerbung II [2003]).
26 Siehe BVerfGE 53, 257, 260 (Versorgungsausgleich I [1980]).
27 Vgl. *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 1, Rn. 50 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

19 Größere Bedeutung erlangt Art. 1 Abs. 1 GG als Begrenzung anderer Grundrechte in Gestalt einer verfassungsimmanenten Schranke (§ 4 Rn. 10): Man denke an eine Meinungsäußerung, die zwar von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG geschützt ist, aber gleichzeitig eine andere Person in einer mit der Menschenwürdegarantie unvereinbaren Weise herabwürdigt.

6. Wrap-Up: Prüfungsschema

20



Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: Würde des Menschen

- Gewährleistung der körperlichen Integrität
- Gewährleistung des Existenzminimums
- Gewährleistung der Intimsphäre
- Gewährleistung der persönlichen Ehre
- Gewährleistung der personalen Identität
- Gewährleistung der elementaren Rechtsgleichheit

II. Eingriff

Sog. Objektformel: „jede Behandlung des Menschen als bloßes Objekt ohne Eigenwert"

Präzisierung durch das BVerfG: Erforderlich ist ein Infragestellen der Subjektqualität oder eine willkürliche Missachtung der Würde des/der Betroffenen

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eingriffe in die Menschenwürde sind nicht zu rechtfertigen

Weiterführende Hinweise

Hufen, Die Menschenwürde, Art. 1 I GG, JuS 2010, 1
Linke, Die Menschenwürde im Überblick: Konstitutionsprinzip, Grundrecht, Schutzpflicht, JuS 2016, 888
Kipke/Gündüz, Philosophische Dimensionen der Menschenwürde – zu den Grundlagen des höchsten Verfassungsgutes, Jura 2017, 9
Nettesheim, „Leben in Würde": Art. 1 Abs. 1 GG als Grundrecht hinter den Grundrechten, JZ 2019, 1
Riemer/Berger, Einführung in den internationalen Schutz der Menschenrechte und seine Bedeutung für das nationale Recht, JuS 2022, 216

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Kann in einen Menschenwürdeeingriff eingewilligt werden?

Niemand kann die eigene Menschenwürde verlieren oder verwirken.[28] Wie aber sind Fälle zu beurteilen, in denen Menschen freiwillig auf den Würdeschutz – auf den **Achtungsanspruch** – des Art. 1 Abs. 1 GG verzichten möchten (sog. Grundrechtsverzicht, § 5 Rn. 6). Jedem Menschen kommt allein aufgrund seines Eigenwerts Würde zu, und über diese kann gerade nicht verfügt werden; die Würde ist für alle Menschen, sogar für die Betroffenen selbst, unverfügbar. In einen Menschenwürdeeingriff kann somit nicht wirksam eingewilligt werden.[29] 21

Die folgenden drei Beispiele veranschaulichen dies:

Zwergenweitwurf[30]

Beim sog. Zwergenweitwurf handelt es sich um eine Veranstaltung, bei der gegen Entrichtung eines Eintrittspreises an einem Wettbewerb teilgenommen werden kann, der darin besteht, eine:n dafür speziell geschulte:n Kleinwüchsige:n auf einem vorgezeichneten Feld möglichst weit nach vorne zu werfen. Der oder die Kleinwüchsige trägt dabei Schutzkleidung sowie einen Helm.

Das mit dem Fall befasste Verwaltungsgericht sah 1992 in der Veranstaltung des „Zwergenweitwurfs" einen Verstoß gegen die Menschenwürde; auch dann, wenn die Kleinwüchsigen eingewilligt haben:

▶ Der sogenannte „Zwergenweitwurf" verletzt die Würde des Menschen. Bei dieser Veranstaltung geht es darum, daß Personen aus dem Publikum einen – hier kleinwüchsigen – Menschen möglichst weit werfen. Dadurch, daß der Geworfene hierbei wie ein Sportgerät gehandhabt wird, wird ihm eine **entwürdigende, objekthafte Rolle** zugewiesen. Der geworfene Mensch – sei er nun kleinwüchsig wie der Ast. oder auch besonders leicht – wird zum Zwecke der allgemeinen Belustigung zum bloßen Objekt der Werfer aus dem Publikum gemacht. Die Attraktivität der Darbietung liegt nicht in der vom Ast. in den Vordergrund gerückten artistischen Leistung, der professionellen Beherrschung des Flugverhaltens, sondern in der vom Veranstalter gebotenen Möglichkeit, unter dem Beifall des Publikums seine körperliche Überlegenheit an einem Menschen zu demonstrieren, der sich dies gegen Geld gefallen und **wie ein Objekt behandeln läßt**. Ein solcher Umgang mit Menschen ist herabwürdigend und trägt nicht zuletzt das beachtliche Risiko des Abbaus von Hemmschwellen im Umgang mit anderen Menschen in sich. Allein das Werfen eines Menschen wie ein Sportgerät begründet deshalb bereits das Urteil der Sittenwidrigkeit. Im konkreten Fall kommt als besonders anstößiges Moment hinzu, daß es sich bei dem Geworfenen um einen kleinwüchsigen Menschen handelt, wobei in diskriminierender Weise dieser als „Zwerg" und die Veranstaltung als „Zwergenweitwurf" bezeichnet wird. Für die Vereinbarkeit oder Unvereinbar-

28 BVerfGE 72, 105, 115 (Lebenslange Freiheitsstrafe II [1986]).
29 Vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 36; kritisch *Bautze*, Jura 2011, 647.
30 Sachverhalt nach VG Neustadt an der Weinstraße NVwZ 1993, 98.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

keit des „Zwergenweitwurfs“ mit den guten Sitten kommt es nicht darauf an, daß sich der Ast. freiwillig werfen läßt und die Veranstaltung selbst nicht als entwürdigend empfindet. **Die Würde des Menschen ist ein unverfügbarer Wert, auf dessen Beachtung der einzelne nicht wirksam verzichten kann**.

VG Neustadt an der Weinstraße NVwZ 1993, 98, 99 ◀

Ein weiterer in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichem Schrifttum diskutierter Fall betrifft sog. Peepshows:

Peepshow[31]

Bei einer Peepshow handelt es sich um eine Live-Darbietung, bei der Besucher eine Person dabei betrachten können, wie sie ihren nackten Körper in explizit sexuellen Positionen zur Schau stellt. Die Besucher befinden sich dabei in Einzelkabinen und bleiben für die Darstellerinnen unkenntlich. Zu direkten sexuellen Handlungen zwischen Darstellerin und Besucher kommt es nicht.

Das BVerwG wertete derartige Shows 1981 als Herabwürdigung der Darstellerinnen: Die „dargestellten“ Personen würden zu „bloßen Objekten“ degradiert, so dass eine Menschenwürdeverletzung vorliege.[32] Dabei widerspreche nicht bereits die bloße entgeltliche Darstellung nackter menschlicher Körper (etwa: Striptease) dem Menschenwürdegrundsatz. Erst in der weitgehenden Entpersonalisierung der Darstellerinnen durch Isolation und Anonymität sowie deren Vermarktung zur sexuellen Stimulierung der Zuschauer liege ein menschenverachtendes Momentum. Auch hier wurde die Einwilligung der Darsteller als unbeachtlich eingestuft.[33]

Gegenstand rechtlicher Kontroversen sind schließlich auch sog. „gewaltverherrlichende Spiele“, wie bspw. Lasertag und Paintball:[34]

Laserdrome[35]

In einem „Laserdrome“ ist mit Hilfe von Stellwänden ein weitläufiges Labyrinth aufgebaut. Spieler:innen zweier konkurrierender Gruppen erhalten als Ausrüstung zum einen maschinenpistolenähnliche Laserzielgeräte, zum anderen Stoffwesten, an denen im Brust- und Rückenbereich jeweils Sensorempfänger installiert sind, die von den (gegnerischen) Spieler:innen getroffen werden müssen. Die „Schüsse“ werden optisch mittels Laserstrahl dargestellt, „Treffer“ werden durch Infrarotstrahlen erzielt und akustisch und optisch angezeigt. Ziel des Wettkampfes ist es, in 15 Minuten möglichst viele Punkte zu erzielen, wobei für „Abschüsse“ eines Gegners Punkte vergeben und für „Treffer“ am eigenen Körper Punkte abgezogen werden.

31 Sachverhalt nach BVerfG NJW 1987, 3246, das die Entscheidung BVerwG NVwZ 1987, 411 nicht beanstandete.
32 BVerwGE 64, 274, 278 f. (Sittenwidrigkeit von Peep-Shows [1981]).
33 A.A. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 114 m.w.N.
34 Dazu *Aubel*, Jura 2004, 255; *Scheidler*, Jura 2009, 575.
35 Sachverhalt nach BVerwG NVwZ 2002, 598.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das BVerwG stufte 2001 Lasertag als menschenwürdeverletzend ein: Das Spiel erzeuge bei den Teilnehmenden eine Einstellung, die den fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch, der jedem Menschen zukommt, leugne. Der Mensch werde damit zum „bloßen Objekt" gemacht. Die Freiwilligkeit der Teilnahme sei auch hier unerheblich. Die Entscheidung ist weithin umstritten[36] und durch die Vorlage des BVerwG zum EuGH ein instruktives Beispiel für die Einfügung der Grundrechte in ein Mehrebenensystem (§ 2 Rn. 1)[37] sowie bei Betrachtung der nachfolgenden Entwicklungen in der Rechtsprechung für die Reflektion des gesellschaftlichen Wandels der Anschauungen (*living constitutionalism*). Außerdem zeigt sich hier die große Bedeutung des Verwaltungsrechts für die Effektuierung der Grundrechte.



ZJS 2008, 163

2. Was hat die „Kind als Schaden"-Konstellation im Zivilrecht mit der Menschenwürde zu tun?

22 Unter dem Schlagwort „**Kind als Schaden**" werden im Zivilrecht Konstellationen verhandelt, in denen aufgrund eines fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruchs ungewollt ein Kind zur Welt kommt. In der Folge stellt sich die Frage, ob der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin für den Fehler beim Schwangerschaftsabbruch zivilrechtlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Die Frage wirkt auf den ersten Blick grotesk; oftmals steht hinter dieser Frage aber die weitere, sehr ernste Frage, ob die ärztliche Berufshaftpflichtversicherung herangezogen werden kann, um etwa bei Kindern mit (u.U. multiplen) Behinderungen die bisweilen außerordentliche *wirtschaftliche* Belastung der Familie zu mildern. In solchen Konstellationen muss benannt werden, was der konkrete *Schaden* ist. Das BVerfG hat mit Blick auf die Menschenwürde klargestellt, dass das Kind selbst nicht als „Schaden" begriffen werden darf.[38] Verfassungsrechtlich zulässig und mit der Menschenwürde des Kindes vereinbar sei hingegen, dass die Eltern die erforderlichen *Unterhaltsleistungen* als Schaden geltend machen.[39] Nach dem OLG Frankfurt am Main können sogar die Kosten für den Bau eines behindertengerechten Hauses in Ansatz gebracht werden.[40]



JuS 2001, 670

3. Was hat „Schockwerbung" mit der Menschenwürde zu tun?

23 Gegenstand des paradigmatischen Falls zur Frage, ob sog. **Schockwerbung** gegen die Menschenwürde verstößt, war eine Werbeanzeige der Modefirma *Benetton* in einem Presseerzeugnis: Diese zeigte ein entblößtes menschliches Gesäß, auf welchem die Worte „H.I.V. POSITIVE" aufgestempelt waren. Am Bildrand befand sich jeweils auf grünem Feld der Schriftzug „United Colors of Benetton". Der BGH sah in der Anzeige einen Verstoß gegen die guten Sitten

36 Siehe etwa VG Dresden NVwZ-RR 2003, 848; VGH München ZfBR 2013, 271; VG Weimar BeckRS 2016, 50915.
37 EuGH, ECLI:EU:C:2004:614 – Omega; im Anschluss daran BVerwG BeckRS 2007, 22742.
38 BVerfGE 88, 203, 296 (Schwangerschaftsabbruch II [1993]).
39 So BVerfGE 96, 375, 399 ff. (Kind als Schaden [1997]).
40 Vgl. OLG Frankfurt am Main BeckRS 2018, 26964.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und erklärte die Anzeige daher für wettbewerbswidrig.[41] *Benetton* setze die durch dargestelltes Leid ausgelösten Mitleidsgefühle der Verbraucher:innen zu Werbezwecken ein und verletze dadurch die Menschenwürde HIV-Infizierter, weil diese ausgegrenzt und stigmatisiert würden. Gegen dieses Urteil erhob das Presseunternehmen, das die Werbeanzeige von *Benetton* veröffentlichte, Verfassungsbeschwerde.

24 Das BVerfG hob das Urteil des BGH unter Hinweis auf die Verletzung der Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, § 12 Rn. 16 ff.) auf und verwies die Rechtssache zurück an den BGH.[42] Der BGH stellte wiederum die Wettbewerbswidrigkeit der Anzeige fest.[43] Daraufhin hob das BVerfG erneut das BGH-Urteil auf.[44] Der BGH verkenne bei seiner Urteilsfindung den sozialkritischen Gehalt der Anzeige. Insbesondere eine Verletzung der Menschenwürde HIV-Infizierter könne nicht ohne Weiteres angenommen werden. In seinem ersten Urteil hatte das BVerfG hierzu bereits folgendes ausgeführt:

> ▶ Der Bundesgerichtshof deutet die „H.I.V. POSITIVE"-Anzeige dahin, dass sie den AIDS-Kranken als „abgestempelt" und damit als aus der menschlichen Gesellschaft ausgegrenzt darstelle. An anderer Stelle heißt es, die Anzeige stigmatisiere den AIDS-Kranken in seinem Leid und grenze ihn gesellschaftlich aus. Einer aufkeimenden Mentalität des „Abstempelns" bestimmter Mitglieder der Gesellschaft sei entgegenzuwirken. Zumindest von H.I.V.-Infizierten selbst müsse die Anzeige als grob anstößig und ihre Menschenwürde verletzend angesehen werden. Dieser Wirkung könnten sich aber auch andere Betrachter nicht entziehen.
>
> In diesem Sinne eindeutig ist die Anzeige jedoch nicht. Sie zeigt kommentarlos einen Menschen, der als „H.I.V. POSITIVE" abgestempelt erscheint. Dass damit der skandalöse, aber nicht realitätsferne Befund einer gesellschaftlichen Diskriminierung und Ausgrenzung H.I.V.-Infizierter bekräftigt, verstärkt oder auch nur verharmlost wird, drängt sich nicht auf. Mindestens ebenso nahe liegend ist die Deutung, dass auf einen kritikwürdigen Zustand – die Ausgrenzung H.I.V.-Infizierter – in anklagender Tendenz hingewiesen werden soll. Mit dem Foto könnte, wie die Beschwerdeführerin zutreffend anmerkt, auch für einen AIDS-Kongress geworben werden.
>
> **BVerfGE 102, 347, 368 f. (Schockwerbung I [2000])** ◀

25 Dieser Streit zwischen BGH und BVerfG gilt als beispielslos. Zwei Ansätze und Zielbilder stehen sich bei den Entscheidungen in der Sache *Benetton* gegenüber: Der BGH hatte bei seinen wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen vor allem Grundsätze des fairen und chancengleichen Wettbewerbs im Blick; das BVerfG den Schutz der Pressefreiheit als Wert für die demokratische Willensbildung.

41 Siehe BGH NJW 1995, 2492.
42 BVerfGE 102, 347, 368 f. (Schockwerbung I [2000]).
43 BGHZ 149, 247 (H.I.V. Positive [2001]).
44 Siehe BVerfGE 107, 275 (Schockwerbung II [2003]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Achtungsanspruch der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG kann, wie dieser Fall zeigt, auch als *Schranke* für Grundrechtsgewährleistungen in Stellung gebracht werden, also die Begrenzung anderer grundrechtlicher Freiheiten rechtfertigen. Hier lauert allerdings ein Risiko: Weil die Menschenwürde abwägungsfest und als juristisches Argument nahezu unüberwindbar ist, könnte die Versuchung bestehen, sie gleichsam als „Universalrechtfertigung" für weitreichende staatliche Grundrechtseingriffe „zum Schutz der Menschenwürde" zu missbrauchen. Dadurch würde der Würdeschutz entwertet, schlimmstenfalls sogar in sein Gegenteil verkehrt. Daher kann die Menschenwürde nur restriktiv und mit äußerst sorgfältiger Begründung im Einzelfall zur Begrenzung anderer Grundrechtspositionen herangezogen werden; sie darf nicht zur „kleinen Münze juristischer Alltagsarbeit"[45] werden. 26

4. Was sind die Implikationen der Menschenwürdegarantie für das Strafrecht?

Das **strafrechtliche Schuldprinzip** ist in Art. 1 Abs. 1 GG verankert:[46] keine Strafe ohne Schuld (*nulla poena sine culpa*). Nicht mit der Menschenwürde ist es daher vereinbar, wenn ein Strafurteil in Abwesenheit des oder der Beschuldigten gegen ihn oder sie ergeht (sog. Abwesenheitsurteil), ohne dass die individuelle Schuld festgestellt wurde.[47] Darüber hinaus kommt auch Straftäter:innen ein Achtungsanspruch zu.[48] Dieser ist vor allem bei grausamen, unmenschlichen und erniedrigenden Strafen verletzt.[49] Zudem müssen die Haftbedingungen gewissen Anforderungen genügen, etwa in Bezug auf Hygiene, Zellengröße oder eine Videoüberwachung (die etwa nicht durchgängig sein darf). Das BVerfG hat bspw. die Unterbringungen in einer 5m² großen Zelle mit Einschlusszeiten von 15 bis 21 Stunden als mit der Menschenwürde unvereinbar eingestuft.[50] 27

Der Vollzug einer Freiheitsstrafe muss ferner auf die **Resozialisierung** der Straftäter:innen gerichtet sein.[51] Verurteilte müssen daher grundsätzlich die Aussicht darauf haben, entlassen zu werden. Problematisch ist dies bei der Verhängung einer **lebenslangen Freiheitsstrafe**: 28

> ▶ Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe hat sich insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Art. 1 I GG und des Rechtsstaatsprinzips gezeigt, daß ein **menschenwürdiger Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe nur dann sichergestellt ist, wenn der Verurteilte eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance hat, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können**; denn der Kern der Menschenwürde wird getroffen, wenn der Verurteilte ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung, seine Freiheit wiederzuerlangen, aufgeben muß. Um diese Aussicht, die den Vollzug der lebenslangen Strafe nach dem Verständnis der Würde der Person

45 So *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 20.
46 BVerfGE 109, 133, 171 ff. (Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004]).
47 BVerfGE 140, 317, 342 ff. (Identitätskontrolle [2015]).
48 Siehe BVerfGE 72, 105, 115 (Lebenslange Freiheitsstrafe II [1986]).
49 BVerfGE 131, 268, 287 (Sicherungsverwahrung [2012]).
50 BVerfG NJW 2016, 389.
51 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 50 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

überhaupt erst erträglich macht, in einer Weise abzusichern, die verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht, genügt das Institut der Begnadigung allein nicht.

BVerfGE 45, 187, 245 (Lebenslange Freiheitsstrafe [1977]) ◀

29 Die nach Verbüßen der Freiheitstrafe angeordnete **Sicherungsverwahrung** ist mit Art. 1 Abs. 1 GG indessen grundsätzlich vereinbar.[52] Sie muss allerdings darauf gerichtet sein, dass der oder die Verurteilte die Voraussetzungen für ein verantwortliches Leben in Freiheit erfüllt (Resozialisierung).

30 Darüber hinaus ist die **Auslieferung** einer Person in einen Staat, in dem grausame, unmenschliche oder erniedrigende Strafen oder Folter drohen, wegen Art. 1 Abs. 1 GG nicht gestattet.[53]

5. Was hat die Menschenwürde mit dem Existenzminimum zu tun?

31 Die in Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Schutzpflicht (§ 1 Rn. 35 ff.) verpflichtet den Staat dazu, das Existenzminimum eines jeden Menschen zu sichern.[54] Das BVerfG hat daher aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG das **Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums** hergeleitet:

▶ Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sichert jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu, die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.

BVerfGE 125, 175, 1. Leitsatz (Hartz IV [2010]) ◀

32 Hierbei handelt es sich um ein sog. originäres Leistungsrecht (§ 1 Rn. 30). Der Mensch hat somit in gewissem Umfang Anspruch auf Sozialleistungen des Staates. Diese wiederum sind an der individuellen Bedürftigkeit auszurichten und einfachgesetzlich auszugestalten:[55]

▶ Der Leistungsanspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG ist dem Grunde nach von der Verfassung vorgegeben. Der Umfang dieses Anspruchs kann im Hinblick auf die Arten des Bedarfs und die **dafür erforderlichen Mittel jedoch nicht unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden**. Er hängt von den gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche, der konkreten Lebenssituation des Hilfebedürftigen sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten ab und ist danach vom Gesetzgeber konkret zu bestimmen. Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG hält den Gesetzgeber an, die soziale

52 So BVerfGE 109, 133, 151 f. (Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004]).
53 BVerfGE 113, 154, 164 ff. (Auslieferung IV [2005]); zuletzt auch BVerfG NVwZ-RR 2016, 201.
54 Vgl. BVerfGE 125, 175, 224 (Hartz IV [2010]); BVerfGE 132, 134 (Asylbewerberleistungsgesetz [2012]); BVerfGE 137, 34 (Existenzsichernder Regelbedarf [2014]); siehe *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 1, Rn. 44 ff.; *Susnjar/Greiser*, DVBl. 2018, 1329.
55 Dazu *Buchholtz*, JuS 2021, 503.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wirklichkeit **zeit- und realitätsgerecht** im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen.

BVerfGE 125, 175, 224 (Hartz IV [2010]) ◀

Nach der Rechtsprechung des BVerfG können die aus der Menschenwürde entwickelten Grundsätze zur Gewährleistung des Existenzminimums auch eine regelmäßige Anpassung der jeweils einschlägigen Regelungen erforderlich machen. So hat es etwa eine Regelung des Asylbewerberleistungsgesetzes, die zwischen 1993 und 2012 nicht an die soziale Wirklichkeit angepasst wurde, als nicht mehr zeit- und realitätsgerecht erachtet und als menschenwürdewidrig verworfen.[56] 33

Der Legislative steht bei der Ausgestaltung der staatlichen Grundsicherungsleistungen allerdings ein Spielraum zu. Es ist ihr daher nicht verwehrt, „die Inanspruchnahme existenzsichernder Leistungen an den Nachranggrundsatz zu binden, also nur dann zu Verfügung zu stellen, wenn Menschen ihre Existenz nicht vorrangig selbst sichern können, sondern wirkliche Bedürftigkeit vorliegt".[57] Erwerbsfähige Menschen müssen aktiv daran mitwirken, ihre eigene Existenz zu sichern. Andernfalls können Sanktionen (etwa Leistungskürzungen) verhängt werden. 34

6. Was hat die Menschenwürde mit dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben zu tun?

Darf sich ein Mensch beim Sterben helfen lassen? Der Bundesgesetzgeber entschied sich 2015 dagegen und stellte die geschäftsmäßige **Sterbehilfe** gem. § 217 StGB unter Strafe. Das BVerfG erklärte den Straftatbestand 2020 für verfassungswidrig, die Norm sei nichtig. Das **Recht auf selbstbestimmtes Sterben** sei Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 21). Dabei betonte das Gericht die Bedeutung der Menschenwürde bei der Behandlung dieser Rechtsfrage: 35

Geschäftsmäßige Sterbehilfe in Deutschland

▶ Das Recht, sich selbst zu töten, kann nicht mit der Begründung verneint werden, dass sich der Suizident seiner Würde begibt, weil er mit seinem Leben zugleich die Voraussetzung seiner Selbstbestimmung und damit seine Subjektstellung aufgibt. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass eine auf einen freien Willen zurückgehende Selbsttötung der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde widerspräche. Die Menschenwürde, die dem Einzelnen ein Leben in Autonomie gewährleistet, steht der Entscheidung des zur freien Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Menschen, sich zu töten, nicht entgegen. **Die selbstbestimmte Verfügung über das eigene Leben ist vielmehr unmittelbarer Ausdruck der der Menschenwürde innewohnenden Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung; sie ist, wenngleich letzter, Ausdruck von Würde.** Der mit freiem Willen handelnde Suizident entscheidet sich als Subjekt für den eigenen Tod. Er gibt sein Leben als Person selbstbestimmt und nach eigener Zielsetzung auf. Die Würde des

56 Siehe BVerfGE 132, 134 (Asylbewerberleistungsgesetz [2012]).
57 BVerfGE 152, 68 (Sanktionen im Sozialrecht [2019]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Menschen ist folglich nicht Grenze der Selbstbestimmung der Person, sondern ihr Grund: Der Mensch bleibt nur dann als selbstverantwortliche Persönlichkeit, als Subjekt anerkannt, sein Wert- und Achtungsanspruch nur dann gewahrt, wenn er über seine Existenz nach eigenen, selbstgesetzten Maßstäben bestimmen kann.
>
> **BVerfGE 153, 182, Rn. 211 (Recht auf selbstbestimmtes Sterben [2020])** ◀

Dem BVerfG zufolge ist die freie Entscheidung, dem eigenen Leben ein Ende zu setzen, also staatlicherseits zu respektieren. Die Legislative muss daher schwierige Fragen regeln – etwa wann die Entscheidung, sterben zu wollen, als *selbstbestimmt* zu gelten hat.[58]

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Gibt es eine mit Art. 1 Abs. 1 GG vergleichbare Regelung in der EMRK?

36 In der EMRK gibt es keine explizite Normierung der Menschenwürdegarantie. Allerdings schützt die Konvention verschiedene Aspekte der Menschenwürde, die im deutschen Verfassungsrecht bei Art. 1 Abs. 1 GG verortet werden: Art. 3 EMRK normiert etwa das **Folterverbot**. Der EGMR orientiert sich bei der Auslegung dabei an Art. 1 Abs. 1 der UN-Antifolterkonvention:

> ▶ Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck „Folter" jede Handlung, durch die einer Person **vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden**, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf **irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund**, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.
>
> **Art. 1 Abs. 1 des UN-Antifolterkonvention** ◀

37 In der Rechtsprechungspraxis geht es vor allem um Konstellationen, in denen Polizeigewalt über das notwendige Maß hinausgeht,[59] Haftbedingungen unmenschlich sind[60] oder die Abschiebung in ein Land droht, in dem eine ernsthafte Lebensgefahr besteht[61].

58 Dazu *Neumann*, NJOZ 2021, 385; *Rostalski*, JZ 2021, 477.
59 Vgl. EGMR v. 20.10.2009, 12728/05, Rn. 27 – Kop/Türkei.
60 Vgl. EGMR v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 92 – Kudla/Polen.
61 Vgl. EGMR v. 7.7.1989, 14038/88 – Soering.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In Art. 4 EMRK wird das Verbot der **Sklaverei** geregelt. Der EGMR beschäftigt sich in diesem Zusammenhang vor allem mit Fällen der Zwangsprostitution.[62] 38

2. Gibt es eine mit Art. 1 Abs. 1 GG vergleichbare Regelung in der EU-GRCh?

Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG findet sich – nahezu wortgleich – in Art. 1 EU-GRCh normiert. Die Auslegung des gesamteuropäischen Würdebegriffs ist dabei dem EuGH überantwortet, die Interpretation des Begriffs erfolgt innerhalb eines dynamischen Prozesses (EU-GRCh als „*living instrument*“).[63] Im europäischen Kontext kommt Art. 1 EU-GRCh für sich genommen (jedenfalls bisher) eine untergeordnete Bedeutung zu. Die Menschenwürdegarantie wird vielmehr für die Auslegung der nachfolgenden EU-Grundrechte bedeutsam: Dem Folterverbot des Art. 4 EU-GRCh kommt gerade durch seine Nähe zur Menschenwürdegarantie ein *absoluter* Schutzcharakter zu;[64] Gleiches gilt für das Verbot der Sklaverei aus Art. 5 EU-GRCh. Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 EU-GRCh bildet somit das Fundament für die anderen europäischen Grundrechte – ohne dass sie dabei den Charakter eines Auffanggrundrechts annähme. 39

Art. 1 EU-GRCh ist zudem der Abwägung entzogen. Die Menschenwürde ist unantastbar, weshalb Eingriffe nicht gerechtfertigt werden können.[65] Dies gilt unbeschadet des Wortlauts der allgemeinen Schranke des Art. 52 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh, welcher sich auf *alle* Rechte und Freiheiten bezieht. Die vielfach diskutierte sog. Rettungsfolter (§ 7 Rn. 14 f.) ist daher wie im deutschen Verfassungsrecht vor dem Hintergrund des Art. 1 EU-GRCh unzulässig. 40

62 Vgl. EGMR v. 19.7.2018, 60561/14 – S.M./Kroatien.
63 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 1, Rn. 19 ff.
64 Siehe EuGH, EU:C:2017:127, Rn. 59 – C.K.
65 So *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 1, Rn. 38 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 8 Allgemeine Lehren der Freiheitsrechte

Lern- und Verständnisziele 1
I. Schutzbereich 2
1. Wie werden Freiheitsrechte geprüft? 2
2. Was versteht man unter dem Schutzbereich eines Freiheitsrechts? 4
3. Was versteht man unter dem persönlichen Schutzbereich? 6
4. Was versteht man unter dem sachlichen Schutzbereich? 7
II. Eingriff 8
1. Wann liegt ein Eingriff in Freiheitsrechte vor? 8
2. Wann liegt kein Eingriff in Freiheitsrechte vor? 11

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die Definitionen des „klassischen“ und des „modernen“ Eingriffsbegriffs (§ 8 Rn. 8 ff.)

Jurafuchs

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- den Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte (§ 8 Rn. 4 f.)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau von Freiheitsgrundrechten (§ 8 Rn. 2 f.)
- ◆ den Aufbau von Freiheitsgrundrechten auf europarechtlicher Ebene (§ 8 Rn. 2)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- den persönlichen Schutzbereich eines Freiheitsrechts (§ 8 Rn. 6)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- den sachlichen Schutzbereich eines Freiheitsrechts (§ 8 Rn. 7)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- wann kein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt (§ 8 Rn. 11 ff.)



Die Dogmatik der Freiheitsrechte

I. Schutzbereich

1. Wie werden Freiheitsrechte geprüft?

Freiheitsrechte des Grundgesetzes werden in der Regel im „klassischen" **dreistufigen** Aufbau – Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung – geprüft.

2 Die Prüfung der europäischen Grundrechte durch EuGH und EGMR erfolgt **zweistufig** (Schutzbereich und Rechtfertigung): Ob ein Eingriff vorliegt, wird schon im Schutzbereich geprüft; inhaltlich ergeben sich daraus allerdings keine Besonderheiten.

3 Im Zentrum der Prüfung steht die Frage, ob der Eingriff in den Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts den verfassungsmäßigen Anforderungen genügt – d.h. gerechtfertigt werden kann –, also verfassungskonform erfolgt ist:

I. Schutzbereich

persönlicher Schutzbereich

sachlicher Schutzbereich

II. Eingriff

nach klassischem Eingriffsbegriff oder

nach modernem Eingriffsbegriff

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (§ 4 Rn. 1 ff.)

Schranken

Schranken-Schranken

2. Was versteht man unter dem Schutzbereich eines Freiheitsrechts?

4 Der Schutzbereich ist der Tatbestand des Grundrechts – ein Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit, der durch das Grundrecht vor staatlichen Eingriffen geschützt wird.[1] Das Grundrecht definiert diesen Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit, so dass im konkreten Einzelfall geprüft werden muss, ob die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und damit der Schutzbereich eröffnet ist.

5 In der Gesamtschau aller grundrechtlichen Schutzbereiche gibt es keinen Bereich, in dem der Staat als Grundrechtsadressat (§ 3 Rn. 1) ungebunden ist und „frei" handeln kann. Das ist ein starker Ausdruck grundgesetzlicher Rechts-

1 Siehe *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 62; ferner *Schröder*, JA 2016, 641.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

staatlichkeit: Die Grundrechte schützen die Freiheit menschlichen Verhaltens lückenlos, der Staat ist umgekehrt umfassend an die Grundrechte gebunden. In unserem Rechtsstaat gibt es **keine rechtsfreien Räume**.

3. Was versteht man unter dem persönlichen Schutzbereich?

Der persönliche Schutzbereich definiert, wer durch das jeweilige Grundrecht berechtigt wird, wer sich auf die Gewährleistung berufen kann – gleichsam Tatbestandsvoraussetzungen in personeller Hinsicht. Das Grundgesetz unterscheidet Menschenrechte (§ 3 Rn. 11) und Deutschen(grund)rechte (§ 3 Rn. 12). 6

4. Was versteht man unter dem sachlichen Schutzbereich?

Der sachliche Schutzbereich legt fest, welches Verhalten durch das Grundrecht geschützt wird. Dabei unterscheidet man zwei Schutzrichtungen, **positive** und **negative** Freiheiten: Die Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG, § 10 Rn. 8 ff.) etwa schützt die Freiheit, den eigenen Glauben auszuüben (*positive* Glaubensfreiheit), und ebenso die Freiheit, zur Glaubensausübung nicht gezwungen zu werden (*negative* Glaubensfreiheit). Auch die übrigen Grundrechtsfunktionen (§ 1 Rn. 24 ff.) finden Niederschlag in der Ausgestaltung des sachlichen Schutzbereichs und werden in der Grundrechtsprüfung dort verortet. Die Einzelheiten werden bei den jeweiligen Grundrechten dargestellt. 7

II. Eingriff

1. Wann liegt ein Eingriff in Freiheitsrechte vor?

Zunächst muss der an den Freiheitsgrundrechten gemessenen staatlichen Maßnahme überhaupt Eingriffsqualität zukommen. Zur Beurteilung dieser Eingriffsqualität werden zwei Eingriffsbegriffe[2] herangezogen, der „klassische“ und der „moderne“: 8

Der **klassische Eingriffsbegriff** hat dem BVerfG zufolge vier Voraussetzungen:[3] 9

- Rechtsförmigkeit,
- Unmittelbarkeit,
- Finalität (d.h. zielgerichtet),
- Imperativität (d.h. zwangsweise durchsetzbar).

Beispiel für einen solchen Eingriff sind etwa eine gesetzliche Verpflichtung zur Masernimpfung von Kindern in Kindertagesstätten[4] oder auch Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Corona-Virus[5].

2 Einen Überblick bieten *v. Coelln,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 93 ff.; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313.
3 BVerfGE 105, 279, 300 (Osho [2002]).
4 BVerfG BeckRS 2022, 20406; *Komp/Thrun*, JA 2020, 195.
5 BVerfG NJW 2022, 1308; NJW 2022, 1999; *Pieper/Schwager-Wehming*, DÖV 2021, 287.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der klassische Eingriffsbegriff wird als zu eng kritisiert: Er vermag insbesondere keine (unbeabsichtigten) **mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen** zu erfassen, die jedoch ebenso schwer wiegen können wie unmittelbar-finale Eingriffe.[6]

10 Der **moderne Eingriffsbegriff** umfasst

- jede staatliche Maßnahme,
- die Grundrechtsberechtigten ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt,
- erschwert bzw. ganz oder teilweise unmöglich macht.[7]

Damit kommen auch mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen Eingriffsqualität zu, sofern sie dem Staat zurechenbar sind. In diesem Kontext werden vor allem Eingriffe durch staatliche Warnungen und staatliches Informationshandeln (§ 14 Rn. 28 ff.) diskutiert.[8]

2. Wann liegt kein Eingriff in Freiheitsrechte vor?

11 Kein Eingriff liegt bei der Ausgestaltung und Konkretisierung des Schutzbereichs eines Freiheitsgrundrechts vor. Die Inanspruchnahme bestimmter Freiheitsrechte ist bisweilen erst aufgrund deren staatlicher Ausgestaltung möglich, etwa bei den Institutsgarantien (§ 4 Rn. 42 f.). Ohne die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Eigentums kann die Eigentumsfreiheit nicht sinnvoll ausgeübt werden; Gleiches gilt für die Ehe. Diesbezügliche Vorschriften (Inhaltsbestimmungen, Ausgestaltungen, Konkretisierungen) stellen daher keine Eingriffe dar.

12 Allerdings ist nicht immer eine trennscharfe Abgrenzung zwischen *Konkretisierung* des Schutzbereichs und *Eingriff* in den Schutzbereich möglich.

> Folgendes Beispiel mag dies verdeutlichen:[9] Die Frage, ob der Flug eines Kampfflugzeugs über ein Demonstrationscamp einen faktischen Eingriff in die Versammlungsfreiheit der Teilnehmer:innen darstellt, hängt maßgeblich davon ab, ob das Camp vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG (§ 13 Rn. 32 ff.) erfasst wird. Das BVerwG vermengt dabei die Konkretisierung des Schutzbereichs mit Überlegungen zum Vorliegen eines Eingriffs: „Ein faktischer Eingriff in die Versammlungsfreiheit ist jedenfalls dann gegeben, wenn das staatliche Handeln einschüchternd oder abschreckend wirkt bzw. geeignet ist, die freie Willensbildung und die Entschließungsfreiheit derjenigen Personen zu beeinflussen, die an Versammlungen teilnehmen wollen."[10]

13 An einem Grundrechtseingriff fehlt es trotz Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Verhaltens auch dann, wenn der oder die Betroffene wirksam auf das Grundrecht verzichtet (Grundrechtsverzicht, § 5 Rn. 6) hat – etwa wenn die Empfängerin eines Pakets in die Öffnung des Pakets durch den Zoll einwilligt.

6 Siehe *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Vorbemerkungen, Rn. 93.
7 Vgl. BVerfGE 105, 279, 303 (Osho [2002]); zum modernen Eingriffsbegriff in der Fallbearbeitung *Hobusch*, JA 2019, 278.
8 Zu weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung *Starke*, DVBl. 2018, 1469; speziell zu Grundrechtseingriffen durch Kommunikation siehe *Gusy*, JZ 2022, 7.
9 Dazu *Hartmann*, NVwZ 2018, 200.
10 BVerwGE 160, 169, Rn. 31 (Tornado-Überflug [2017]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 9 Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG? ... 2
2. Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG? ... 3
3. Wie kann ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gerechtfertigt werden? 9
4. Wrap-Up: Prüfungsschema 12
II. Vertiefung und Kontextualisierung 13
1. Wie ist die medizinische Zwangsbehandlung zu beurteilen? 13
2. Wie ist eine gesetzliche Impfpflicht zu beurteilen? 17
III. Europarechtliche Dogmatik 18
1. Wie wird das Recht auf Leben auf europarechtlicher Ebene geschützt? 18
2. Wie wird das Recht auf körperliche Unversehrtheit auf europarechtlicher Ebene geschützt? 22
3. Was ist unter „climate change litigation" zu verstehen? 24

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die Definitionen von „Leben" und „körperliche Unversehrtheit" (§ 9 Rn. 3 ff.)
- das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit auf europarechtlicher Ebene (§ 9 Rn. 18 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Schranken des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (§ 9 Rn. 9 ff.)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (§ 9 Rn. 12)
- wann das „Leben" i.S.v. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beginnt und wann es endet (§ 9 Rn. 6)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- ob auch die psychische Integrität von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt ist (§ 9 Rn. 8)
- ob die Vollstreckung der Todesstrafe in Deutschland zulässig ist (§ 9 Rn. 10)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- inwieweit medizinische Zwangsbehandlungen grundrechtlich zulässig sind (§ 9 Rn. 13 ff.)
- ob eine gesetzliche Impfpflicht grundrechtlich zulässig ist (§ 9 Rn. 17)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zur Abwägung „Leben gegen Leben“ (§ 9 Rn. 11)
- zu Klimaschutz-Entscheidungen („*climate change litigation*“) der Gerichte aus verfassungsrechtlicher Sicht (§ 9 Rn. 24 f.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG?

2 Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11), berechtigt ist somit jeder lebende Mensch, unabhängig von geistigem und körperlichem Zustand oder Alter.[1] Tote können sich dagegen nicht auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG berufen; hier kann allenfalls der postmortale Persönlichkeitsschutz (§ 7 Rn. 4) einschlägig sein. Ebenso wenig lässt sich der Schutz auf juristische Personen erstrecken: „Leben“ und „körperliche Unversehrtheit“ sind natürliche Eigenschaften des Menschen, die sich auf juristische Personen nicht wesensmäßig (§ 3 Rn. 22 f.) i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG anwenden lassen.

Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

2. Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG?

3 Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit – einmal mehr als Reaktion auf die Schrecken des Nationalsozialismus, hier insbesondere auf das industrialisierte Morden und auf medizinische Experimente am lebenden Menschen.[2]

Nürnberger Ärzteprozesse

4 Unter „**Leben**“ i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wird die biologisch-physische menschliche Existenz vom Zeitpunkt ihres Entstehens bis zum Eintritt des Todes geschützt – unabhängig von den Lebensumständen der oder des Einzelnen und ihrer oder seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit.[3] Jedes menschliche Leben ist rechtlich gleich wertvoll. Auch ein nahender Tod führt daher nicht

1 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 90; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 202.
2 Vgl. BVerfGE 39, 1, 36 f. (Schwangerschaftsabbruch I [1975]).
3 BVerfGE 115, 118, 139 (Luftsicherheitsgesetz [2006]); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 192.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu einer Absenkung des Schutzes durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Dem Schutz des Lebens kommt damit ein hoher Wert innerhalb der Verfassung zu.[4]

Nicht vom Schutz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG umfasst ist das **Recht auf selbstbestimmtes Sterben**.[5] Dieses Recht ist vielmehr Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 21). 5

Besondere Schwierigkeiten bereiten die Bestimmung des Beginns und des Endes des Lebens:[6] Einigkeit besteht insoweit, dass das Leben nicht erst mit der Geburt beginnt. Das BVerfG stellt auf die **Nidation** – d.h. auf die Einnistung der befruchteten Eizelle in der Gebärmutter – ab.[7] Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt damit auch den *Nasciturus*, also das werdende Leben. Das Leben eines Menschen endet mit dem Tod. Die h.M. stellt auf den sog. Hirntod – das heißt den kompletten Ausfall der Gehirnfunktionen (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 2 TPG) – ab.[8] Das BVerfG musste sich bislang hinsichtlich dieser Frage noch nicht festlegen. 6

Körperliche Unversehrtheit meint die menschliche Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne.[9] Geschützt ist die körperliche Integrität (und damit auch das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper).[10] Diese kann etwa bei einer gesetzlichen **Impfpflicht** beeinträchtigt sein.[11] Ferner stellen auch **Heileingriffe,** etwa zwangsweise staatliche Heilbehandlungen, grundsätzlich eine Beeinträchtigung in die körperliche Unversehrtheit dar.[12] 7

Umstritten ist, ob auch die **psychische Integrität** geschützt ist. Das BVerfG begreift den Menschen als „Einheit von Leib, Seele und Geist".[13] Konsequenterweise müssen zumindest solche nichtkörperlichen Einwirkungen von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG erfasst sein, die ihrer Wirkung nach körperlichen Eingriffen gleichgestehen. Das sind jedenfalls solche, die das Befinden einer Person in einer Weise verändern, die der Zufügung von Schmerzen entspricht.[14] 8

3. Wie kann ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gerechtfertigt werden?

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG – insbesondere dem Recht auf Leben – kommt aufgrund seiner Nähe zur Menschenwürde eine besondere Bedeutung innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung zu. Mit einem berühmten Aphorismus *Arthur Schopenhauers* lässt sich sagen, dass Gesundheit zwar nicht alles ist, aber ohne Gesundheit alles nichts ist: Ohne Leben keine Würde. Gleichwohl gewährleis- 9



JuS 2011, 61 ◆
Jura 2012, 399
JuS 2017, 132
JuS 2018, 773
JuS 2022, 938

4 Vgl. BVerfGE 46, 160, 164 (Schleyer [1977]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 89.
5 Vgl. BVerfGE 153, 182 (Recht auf selbstbestimmtes Sterben [2020]).
6 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 112 ff.
7 Vgl. BVerfGE 39, 1, 37 (Schwangerschaftsabbruch I [1975]); BVerfGE 88, 203, 251 (Schwangerschaftsabbruch II [1993]).
8 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 192.
9 Vgl. BVerfGE 56, 54, 73 f. (Fluglärm [1981]).
10 Vgl. BVerfGE 128, 282, 300 (Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug [2011]).
11 Zur Masernimpfpflicht BVerfG BeckRS 2022, 20406; *Komp/Thrun*, JA 2020, 195; allgemein zur Impfpflicht *Trapp*, DVBl. 2015, 11.
12 Vgl. BVerfGE 128, 282, 300 (Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug [2011]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 126.
13 BVerfGE 56, 54, 75 (Fluglärm [1981]).
14 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 118.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tet das Recht auf Leben *keinen* absoluten Schutz. Vielmehr gilt ein einfacher Gesetzesvorbehalt (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, § 4 Rn. 6). Im Sinne des Wesentlichkeitsgrundsatzes dürfen insbesondere Eingriffe in das Leben, aber auch schwere Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit, nur auf Grundlage eines formellen Gesetzes vorgenommen werden (Parlamentsvorbehalt, § 4 Rn. 26);[15] Normsetzungen durch die Exekutive sind dagegen ausgeschlossen.

10 Innerhalb der Schranken-Schranke ist zunächst auf das Verbot der **Todesstrafe** gem. Art. 102 GG zu verweisen: Die (einfachgesetzliche) Einführung sowie die Androhung der Todesstrafe sind verfassungswidrig.[16] Die Auslieferung einer Person in ein Land, in dem ihr die Todesstrafe droht, fällt hingegen nicht unmittelbar unter Art. 102 GG.[17] Allerdings ist die Wertung der Norm in solchen Verfahren zu berücksichtigen, weshalb eine Auslieferung praktisch ausgeschlossen ist. Darüber hinaus ist das Verbot der seelischen und körperlichen Misshandlung von festgehaltenen Personen (Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG, § 18 Rn. 36 f.) zu beachten.[18]

11 Unabhängig von diesen speziellen Normen muss jeder Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 4 Rn. 30 ff.) genügen. Aufgrund der herausragenden Bedeutung des Lebens und der Nähe zur Menschenwürdegarantie ist allerdings ein strenger Rechtfertigungsmaßstab an staatliche Maßnahmen anzulegen. Insbesondere eine Abwägung „Leben gegen Leben" darf nicht stattfinden. Man denke hier an den Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs (§ 7 Rn. 13).[19] Das schließt freilich nicht von vornherein bspw. die gezielte Tötung von Entführer:innen zur Rettung anderer Menschen durch die Polizei aus. Verschiedene Polizeigesetze lassen diesen sog. **finalen Rettungsschuss** ausdrücklich zu (vgl. § 60 ff. HSOG, Art. 83 ff. BayPAG) – und das ist verfassungskonform.[20] Eingriffe in die körperlichen Unversehrtheit und Selbstbestimmung eines Menschen können zudem zugunsten schützenswerter Belange anderer bzw. des Gemeinwohls gerechtfertigt sein (siehe zur gesetzlichen Impfpflicht im Zuge der Corona-Pandemie, § 9 Rn. 17).[21]

Schließlich müssen Eingriffe in das Leben und die körperliche Unversehrtheit das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 7 Rn. 23 f.) beachten.

15 Siehe *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 205.
16 Vgl. BVerfGE 18, 112, 116 (Auslieferung I [1964]); ferner *Hong*, Todesstrafenverbot und Folterverbot, 2019.
17 Vgl. BVerfG NVwZ 2018, 1390.
18 *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 30 ff.; *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 104, Rn. 18 ff.
19 Vgl. BVerfGE 115, 118 (Luftsicherheitsgesetz [2005]).
20 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 99; allgemein dazu *Wolff*, NVwZ 2021, 695.
21 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 104 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Wrap-Up: Prüfungsschema

12

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich:

Leben = biologisch-physische menschliche Existenz vom Zeitpunkt ihres Entstehens bis zum Eintritt des Todes

körperliche Unversehrtheit = menschliche Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. gesetzlicher Impfzwang

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. staatlich geduldeter Fluglärm

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

einfacher Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG

Schranken-Schranken:

Verbot der Todesstrafe gem. Art. 102 GG

Misshandlungsverbot gem. Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG

Verhältnismäßigkeit

Jurafuchs

Weiterführende Hinweise

I. Augsberg, Grundfälle zu Art. 2 II 1 GG, JuS 2011, 28; 128
Schmitt-Leonardy, Warum waren wir nochmal gegen die Todesstrafe?, JuS 2018, 848

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Wie ist die medizinische Zwangsbehandlung zu beurteilen?

13

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbürgt nicht nur ein Abwehrrecht der Grundrechtsträger:innen gegen staatliche Eingriffe, sondern verpflichtet gleichzeitig den Staat zum *Schutz* des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Menschen.[22]

JuS 2019, 224

Ein Konflikt beider Grundrechtsfunktionen (§ 1 Rn. 24 ff.) tritt insbesondere dann zutage, wenn ein medizinisch notwendiger Eingriff gegen den erklärten Willen der Patient:innen zugelassen wird. Das BVerfG hat sich in seiner Rechtsprechung vor allem mit einer solchen medizinischen Zwangsbehandlung beschäftigt:[23] Grundrechtsdogmatisch stehen sich dabei die staatliche Schutz-

22 Vgl. BVerfGE 39, 1, 41 f. (Schwangerschaftsabbruch I [1975]); 56, 54, 73 (Fluglärm [1981]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 101 ff.

23 Siehe BVerfGE 128, 282 (Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug [2011]); 142, 313 (Zwangsbehandlung [2016]); BVerfG NStZ-RR 2021, 356.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

pflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie deren allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG , § 19 Rn. 6 f.) gegenüber.

14 Das BVerfG betont dabei die herausragende Bedeutung des individuellen Selbstbestimmungsrechts und erteilt einem paternalistischen Grundrechtsschutz eine Absage:

> ▶ Die Entscheidung, ob und inwieweit eine Person eine Krankheit diagnostizieren und behandeln lässt, muss sich nicht an einem Maßstab objektiver Vernünftigkeit ausrichten. Die Pflicht des Staates, den Einzelnen „vor sich selbst in Schutz zu nehmen", eröffnet **keine „Vernunfthoheit" staatlicher Organe über den Grundrechtsträger** dergestalt, dass dessen Wille allein deshalb beiseitegesetzt werden dürfte, weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint. Die Freiheitsgrundrechte schließen das Recht ein, von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der in den Augen Dritter den wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers zuwiderläuft. Daher ist es grundsätzlich Sache des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob er sich therapeutischen oder sonstigen Maßnahmen unterziehen will, auch wenn diese der Erhaltung oder Verbesserung seiner Gesundheit dienen. Das schließt die **„Freiheit zur Krankheit"** und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind und deren Unterlassung zum dauerhaften Verlust der persönlichen Freiheit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG führen kann.
>
> **BVerfG NStZ-RR 2021, 356, 358 f.** ◀

15 Besonders kontrovers wird die Diskussion im Zusammenhang mit dem **Recht auf Sterbehilfe** (§ 19 Rn. 22) und dem **Recht auf Suizid** geführt.[24] Der Staat ist nicht verpflichtet, einen Menschen gegen dessen Willen am Leben zu halten. Allerdings muss der Staat durch entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen dafür Sorge tragen, dass der:die Grundrechtsträger:in mit der erforderlichen Einwilligungsfähigkeit und Freiwilligkeit handelt und damit die Folgen seiner/ihrer Entscheidung begreifen kann (vgl. Ausführungen zum Grundrechtsverzicht, § 5 Rn. 6).

16 Medizinische Zwangsbehandlungen, insbesondere zum Schutz Betroffener, die nicht über die notwendige Einsichtsfähigkeit verfügt, sind damit nicht *per se* ausgeschlossen. Allerdings muss mit Blick auf Erkrankte, die die erforderliche Einsichtsfähigkeit aufweisen oder im Zeitpunkt der Niederschrift einer Patientenverfügung aufgewiesen haben, dem grundrechtlichen Leitprinzip der Selbstbestimmung Rechnung getragen werden.[25] Eingriffe können ferner zugunsten der Allgemeinheit bzw. zum Schutz Dritter gerechtfertigt sein.

24 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 106; ferner *Hufen*, NJW 2018, 1524.

25 Vgl. BVerfGE 128, 282, 301 (Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug [2011]); 142, 313 (Zwangsbehandlung [2016]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wie ist eine gesetzliche Impfpflicht zu beurteilen?

17 ◆



Gesetzliche Impfpflicht

Gesetzliche Impfpflichten werden nicht erst seit der Corona-Pandemie kontrovers diskutiert. So besteht etwa für Soldat:innen eine besondere Impfpflicht nach § 17a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SG oder gem. § 20 Abs. 9 IfSG eine Masernimpfpflicht für bestimmte Personengruppen. Dass eine allgemeine Impfpflicht ein verfassungskonformes Mittel zum Schutz besonders vulnerabler Personengruppen sein *kann*, ist mittlerweile vom BVerfG bestätigt worden.[26] Die Verfassungsmäßigkeit einer konkreten gesetzlichen Impfpflicht kann indessen nur unter Berücksichtigung der Gesamtumstände im jeweiligen Einzelfall entschieden werden. Im Zentrum steht dabei eine Abwägung zwischen der körperlichen Unversehrtheit und dem öffentlichen Interesse an der Seuchenbekämpfung.[27]

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie wird das Recht auf Leben auf europarechtlicher Ebene geschützt?

18 ◆

Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK schützt das Recht auf Leben, also die biologisch-physische Existenz des Menschen. Nicht geschützt ist das Recht auf selbstbestimmtes Sterben (allgemeines Persönlichkeitsrecht nach Art. 7 EU-GRCh, Art. 8 EMRK, § 19 Rn. 37).[28] Wann das Leben beginnt, ist auch auf europarechtlicher Ebene umstritten. Der EGMR hat die Frage offengelassen und gesteht den Mitgliedsstaaten insofern einen Ermessensspielraum zu.[29]

19 ◆

Art. 2 Abs. 1 S. 2 EMRK verbietet ferner die absichtliche Tötung, mit Ausnahme der Vollstreckung der Todesstrafe, die ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das diese gesetzlich vorgesehen ist. Die Todesstrafe selbst ist damit dem Wortlaut nach nicht verboten. Allerdings wurde sie in den meisten europäischen Staaten abgeschafft. Alle Mitgliedsstaaten haben mittlerweile Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 13 zur EMRK ratifiziert.

20 ◆

Art. 2 Abs. 2 EMRK hält Rechtfertigungsgründe auch für Fälle einer absichtlichen Tötung vor. Dabei geht es vor allem um die Umstände, unter denen Gewaltanwendung zulässig ist, die ungewollt den Tod verursachen kann.[30] Angesichts der überragenden Bedeutung des Schutzguts „Leben" sind diese Gründe eng auszulegen.[31] Zudem hat eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen. Lebensgefährdende Maßnahmen müssen letztes Mittel (*ultima ratio*) sein.

26 Siehe etwa zur Masernimpfpflicht BVerfG BeckRS 2022, 20406; dazu *Hollo*, VerfBlog, 2022/8/22; ferner EGMR v. 8.4.2021, 47621/13 – Vavřička ua/Tschechien; zur Verfassungsmäßigkeit einer einrichtungsbezogenen Nachweispflicht zu Covid-19 im Gesundheits- und Pflegebereich BVerfG NJW 2022, 1308; NJW 2022, 1999; dazu *Amhaouach/Kießling*, NJW 2022, 2798; *Blankenagel*, JZ 2022, 267.

27 Dazu *Gierhake*, ZRP 2021, 115; *Hofmann/Neuhöfer*, NVwZ 2022, 19; *Richter*, NVwZ 2022, 204.

28 Vgl. EGMR v. 29.4.2002, 2346/02, Rn. 39 – Pretty/Vereinigtes Königreich; EGMR v. 5.6.2015, 46043/14, Rn. 137 f. – Lambert ua/Frankreich.

29 Vgl. EGMR v. 8.7.2004, 53924/00 – Vo/Frankreich.

30 Vgl. EGMR v. 12.11.2013, 23502/06, Rn. 163 – Benzer ua/Türkei.

31 EGMR v. 27.6.2000, 21986/93, Rn. 97 – Salman/Türkei.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

◆ 21 In der Grundrechtecharta wird das Recht auf Leben in Art. 2 Abs. 1 EU-GRCh verbürgt; Abs. 2 enthält das Verbot der Todesstrafe. Gehalt und Reichweite des Schutzes orientieren sich maßgeblich an der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 2 EMRK. Einschränkungen sind unter den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh möglich. Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh ist dabei den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 2 Abs. 2 EMRK Rechnung zu tragen.

2. Wie wird das Recht auf körperliche Unversehrtheit auf europarechtlicher Ebene geschützt?

◆ 22 Das Recht auf körperliche Unversehrtheit wird ausdrücklich in Art. 3 EU-GRCh geschützt. Art. 3 EU-GRCh ist wesentlich detaillierter als Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. So wird die geistige (psychische) Unversehrtheit im Wortlaut der Norm mitzitiert, so dass insoweit eine genaue Abgrenzung entbehrlich ist. Darüber hinaus benennt Art. 3 Abs. 2 lit. a-d EU-GRCh bestimmte absolute (!) Grenzen für die Bereiche der Medizin und Biologie:[32] Danach bedürfen medizinische Eingriffe der Einwilligung der Patient:innen nach gesetzlichen Vorschriften. Ferner gilt ein Verbot eugenischer Experimente, des auf Gewinnerzielung gerichteten Handels mit menschlichen Körpern oder Körperteilen und das reproduktive Klonen von Menschen. Einschränkungen des Rechts auf Unversehrtheit sind unter den Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh (§ 4 Rn. 18) möglich. Ergänzend zum Schutz der Gesundheit durch Art. 3 Abs. 3 EU-GRCh tritt das Recht auf Zugang zur ärztlichen Versorgung und Gesundheitsvorsorge gem. Art. 35 EU-GRCh.[33]

◆ 23 In der EMRK findet sich kein ausdrückliches Recht auf körperliche Unversehrtheit. Allerdings wird dieses Recht von mehreren Gewährleistungen mitgeschützt: So normiert Art. 3 EMRK ein Folterverbot (§ 7 Rn. 36). Für staatliche Eingriffe, die unterhalb der erforderlichen Schwere des Art. 3 EMRK liegen, ist ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK denkbar, der die physische und psychische Integrität einer Person umfasst.[34]

3. Was ist unter „climate change litigation" zu verstehen?

◆ 24 Große Bedeutung erlangt Art. 2 EMRK – über seine abwehrrechtliche Funktion hinaus – als Schutzpflicht. Die Konventionsstaaten sind demnach verpflichtet, ihre Bürger:innen vor Gefahren für Leib und Leben zu schützen oder zu warnen.[35] Besondere Aufmerksamkeit erhielten Art. 2 EMRK und Art. 8 EMRK dabei in den Entscheidungen zum **Klimaschutz** (**„climate change litigation"**).[36]



Climate Change Litigation

32 Siehe *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 3, Rn. 14 ff.
33 *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 35, Rn. 2 ff.
34 EGMR v. 6.2.2001, 44599/98 – Bensaid/Vereinigtes Königreich.
35 Vgl. EGMR v. 9.6.1998, 23413/94, Rn. 36–41 – L.C.B./Vereinigtes Königreich; EGMR v. 20.3.2008, 15339/02, Rn. 129–137 – Budayeva/Russland; EGMR v. 24.7.2014, 60908/11, Rn. 79 ff. – Brincat ua/Malta.
36 Instruktiv *Kahl*, Jura 2021, 117; *Wegener*, NJW 2022, 425.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Zentrum steht dabei die Frage, inwieweit Art. 2 EMRK eine Pflicht des Staates zum Erlass von Maßnahmen für (mehr) Klimaschutz zu begründen vermag.

25 Aufsehen erregte beispielsweise eine Klage in den Niederlanden: Die Umweltschutzorganisation *Urgenda* hatte erfolgreich den niederländischen Staat verklagt, die CO_2-Emissionen stärker zu reduzieren als vorgesehen. Der Oberste Gerichtshof der Niederlande bestätigte die Urteile der Vorinstanzen zu Gunsten von *Urgenda* und sah die Niederlande auf der Grundlage von Art. 2 und 8 EMRK dazu verpflichtet, die CO_2-Emissionen stärker zu reduzieren, nämlich gegenüber 1990 nicht bloß um 20 %, sondern um 25 %.[37] In Deutschland hat die Entscheidung des BVerfG zum Klimaschutzgesetz (§ 1 Rn. 42 ff.) ebenfalls für Diskussionen gesorgt.[38] Im Unterschied zum niederländischen Gericht hat das BVerfG aber nicht die Schutzdimension der Grundrechte, sondern deren Abwehrdimension betont, indem es eine „eingriffsähnliche Vorwirkung" konstruierte.

37 Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2019:2007 – Urgenda; eingehend dazu *Voland*, NVwZ 2019, 114; *Wegener*, ZUR 2019, 3.

38 Vgl. BVerfG NJW 2021, 1723.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 10 Glaubens- und Gewissensfreiheit

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die Glaubensfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG 2
a) Was schützt die Glaubensfreiheit allgemein? 2
b) Was ist der persönliche Schutzbereich der Glaubensfreiheit? .. 3
c) Was ist der sachliche Schutzbereich der Glaubensfreiheit? 6
d) Welches Verhalten schützt die Glaubensfreiheit? 8
e) Wie kann ein Eingriff in die Glaubensfreiheit gerechtfertigt werden? 13
f) Welche Rolle nehmen die Normen der WRV beim Schutz der Glaubensfreiheit ein? 17
g) Wrap-Up: Prüfungsschema 19
2. Die Kruzifix-Entscheidung 20
a) Sachverhalt 20
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 21
c) Relevanz der Entscheidung 24
3. Glaubensgemeinschaften und Körperschaftsstatus 26
a) Was ist eine Glaubensgemeinschaft? 26
b) Ist „Glaubensgemeinschaft" ein Rechtsstatus? 28
c) Was sind die Voraussetzungen für die Verleihung des Körperschaftsstatus? 30
4. Die Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG 34
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Gewissensfreiheit? 34
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Gewissensfreiheit? ... 35
c) Wie kann ein Eingriff in die Gewissensfreiheit gerechtfertigt werden? 38
d) Wrap-Up: Prüfungsschema 40
II. Vertiefung und Kontextualisierung 41
1. Warum sollte der Staat Religion und Weltanschauung schützen? ... 41
2. Wie stehen Staat und Glaube unter dem Grundgesetz zueinander? 42
3. Das Kopftuchverbot in der Rechtsprechung des BVerfG 47
a) Kopftuch I-Entscheidung 2003 47
b) Kopftuch II-Entscheidung 2015 49
c) Kopftuch III-Entscheidung 2020 52
4. Der Religionsunterricht, Art. 7 Abs. 3 GG 54
a) Ist Art. 7 Abs. 3 GG ein Grundrecht? 54
b) Wie weit reicht das Recht auf Religionsunterricht? 55
c) Was sind Schranken des Rechts auf Religionsunterricht? 57
III. Europarechtliche Dogmatik 58
1. Wie wird die Glaubensfreiheit von Art. 9 EMRK geschützt? 58
2. Wie gewährleistet die EU-GRCh die Glaubensfreiheit? 61
3. Was ist die Gedankenfreiheit in Art. 9 Abs. 1 EMRK und Art. 10 Abs. 1 EU-GRCh? 64

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die Definitionen von „Religion", „Weltanschauung" und „Gewissen" (§ 10 Rn. 6; 35)
- welche Bestimmungen der Glaubensfreiheit aus der WRV noch Geltung besitzen (§ 10 Rn. 17 f.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- das *forum internum* und *forum externum* der Glaubensfreiheit (§ 10 Rn. 8)
- das Verhältnis von Staat und Glaube unter dem Grundgesetz (§ 10 Rn. 42 ff.)
- das europäische Grundrecht auf Freiheit der Gedanken (§ 10 Rn. 64)
- die Glaubens- und Gewissensfreiheit auf europäischer Ebene (§ 10 Rn. 58 ff.)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Glaubens- und Gewissensfreiheit (§ 10 Rn. 19; 40)
- die Darstellung des persönlichen Schutzbereichs der Glaubensfreiheit (§ 10 Rn. 3 ff.)
- die mit dem Religions- und Weltanschauungsunterricht verbunden Rechtsfragen (§ 10 Rn. 54 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- die verschiedenen Argumentationslinien der Kopftuch-Entscheidungen des BVerfG (§ 10 Rn. 47 ff.)
- wann eine Glaubensgemeinschaft i.S.v. Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff. WRV vorliegt (§ 10 Rn. 26 ff.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- weshalb die Glaubens- und Gewissensfreiheit nur verfassungsimmanenten Schranken unterliegen (§ 10 Rn. 13 ff.)
- häufig mit der Religions- und Weltanschauungsfreiheit kollidierende Grundrechtspositionen (§ 10 Rn. 16)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- die Kruzifix-Entscheidung des BVerfG (§ 10 Rn. 20 ff.)
- weshalb die Gewissensfreiheit im Extremfall zu einer Gefährdung der bestehenden Rechtsordnung führen kann (§ 10 Rn. 36)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Die Glaubensfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG

a) Was schützt die Glaubensfreiheit allgemein?

2 Art. 4 GG gewährleistet die Freiheit des Glaubens (Art. 4 Abs. 1 GG), die Freiheit des Bekenntnisses (Art. 4 Abs. 1 GG) und die Freiheit der ungestörten Glaubensausübung (Art. 4 Abs. 2 GG). Das BVerfG behandelt die Glaubens-, Bekenntnis- und Glaubensausübungsfreiheit als **einheitliches Grundrecht** der Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1, 2 GG).[1] Daneben steht das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 3 GG) als gesondertes Grundrecht.[2] Eine besondere Ausprägung der Gewissensfreiheit stellt das Recht der Kriegsdienstverweigerung (Art. 4 Abs. 3 GG) dar, das seit Aussetzung der **Wehrpflicht** 2011 freilich an Bedeutung eingebüßt hat. Darüber hinaus übernimmt das Grundgesetz den staatskirchenrechtlichen Kompromiss der Weimarer Reichsverfassung zum Status und Schutz der **Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften** (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff. WRV).

Die Glaubensfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG

b) Was ist der persönliche Schutzbereich der Glaubensfreiheit?

3 Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthält seinem Wortlaut zufolge keine personelle Beschränkung, so dass es sich um ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) handelt. Damit kann sich jede natürliche Person auf die Glaubensfreiheit berufen. Dies gilt auch für Personen, die in einem engen Verhältnis zum Staat stehen, etwa Lehrer:innen oder Referendar:innen (siehe dazu die Ausführungen zur Figur der Sonderstatusverhältnisse, § 3 Rn. 15).[3] Darüber hinaus stellt sich häufig die Frage, ob sich auch Kinder und Jugendliche auf die Glaubensfreiheit berufen können.[4] Die **Grundrechtsmündigkeit** (§ 3 Rn. 14) ist zwar auch bei der Glaubensfreiheit in jedem Einzelfall zu untersuchen; eine im Grundsatz verallgemeinerungsfähige Orientierungshilfe bietet hierbei jedoch § 5 S. 1 RelKErzG, wonach die Entscheidungsfähigkeit in religiösen Angelegenheiten jedenfalls und spätestens ab einem Alter von 14 Jahren angenommen wird. Wird die Grundrechtsmündigkeit verneint, können die Eltern ihr Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, § 17 Rn. 28 ff.) geltend machen.

4 Wie steht es um juristische Personen, inwiefern werden sie vom persönlichen Schutzbereich der Glaubensfreiheit umfasst? Nach den allgemeinen Grundrechtslehren sind juristische Personen grundsätzlich (nur) unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) grundrechtsberechtigt. Verfolgt die inländische juristische Person einen religiösen oder weltanschaulichen Zweck, dann ist Art. 4 GG wesensmäßig auf sie anwendbar;[5] dies gilt auch bei gleichzeitiger Verfolgung wirtschaftlicher Interessen, sofern religiöse bzw. weltanschauli-

ZJS 2011, 72

1 St. Rsp. seit BVerfGE 12, 1 (Glaubensabwerbung [1960]); ferner *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 17.
2 Vgl. *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 15.
3 BVerfGE 108, 282, 297 f. (Kopftuch [2003]).
4 Vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 71.
5 BVerfGE 53, 366, 392 f. (Konfessionelle Krankenhäuser [1980]); 105, 279, 293 (Osho [2002]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che Ziele nicht vollständig in den Hintergrund treten.[6] Allerdings ist umstritten, ob ein Rückgriff auf Art. 19 Abs. 3 GG überhaupt erforderlich ist, oder ob Art. 4 Abs. 1, 2 GG selbst auch eine **korporative Glaubensfreiheit** verbürgt, wodurch sich Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften schon unmittelbar auf das Grundrecht berufen könnten.[7] Eine solche Konstruktion eines „Doppelgrundrechts" wird auch im Rahmen der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (§ 16 Rn. 2 f.) diskutiert. Bedeutung entfaltet dieser Streit nur selten, nämlich bei ausländischen juristischen Personen: Sie können sich auf den nur für *inländische* juristische Personen geltenden Art. 19 Abs. 3 GG nicht berufen; Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist hingegen ein Menschenrecht.

Darüber hinaus sind auch Glaubensgemeinschaften (§ 10 Rn. 30) mit dem Status einer **Körperschaft** öffentlichen Rechts gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV grundrechtsberechtigt.[8] Die Zuordnung dieser Körperschaften (also juristischen Personen) zum „öffentlichen Recht" ist der historischen Entwicklung des Körperschaftsstatus geschuldet. Es handelt sich um Körperschaften öffentlichen Rechts *sui generis* (eigener Art), die von den aus dem Verwaltungsrecht bekannten übrigen Körperschaften öffentlichen Rechts (wie etwa Kommunen, Universitäten oder Wasserverbänden) zu unterscheiden sind: Sie werden insbesondere nicht der staatlichen Sphäre zugeordnet und sind daher auch nicht grundrechtsverpflichtet. 5

c) Was ist der sachliche Schutzbereich der Glaubensfreiheit?

Zentral für die Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 4 Abs. 1, 2 GG sind die Begriffe „**Religion**" und „**Weltanschauung**". Beide Begriffe beziehen sich auf Glaubenssysteme, die einen umfassenden Erklärungsansatz für die Welt als Ganzes und die Stellung des Menschen in der Welt bieten.[9] Religiöse und weltanschauliche Glaubenssysteme unterscheiden sich in ihrem Bezugspunkt: Religion gründet in transzendenten Erklärungsansätzen, Weltanschauung in immanenten.[10] Das BVerwG formuliert: 6

> ▶ Unter Religion oder Weltanschauung ist eine mit der Person des Menschen verbundene Gewißheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens zu verstehen; dabei legt die Religion eine den Menschen überschreitende und umgreifende („transzendente") Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche („immanente") Bezüge beschränkt [...].
>
> **BVerwGE 90, 112, 115 (Jugendsekten [1992]) = NJW 1992, 2496** ◀

6 BVerwGE 61, 152, 156 (Scientology [1980]) = NJW 1981, 1460; siehe *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 28 f.
7 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 75.
8 BVerfGE 18, 385, 386 (Teilung einer Kirchengemeinde [1965]); 42, 312, 321 (Inkompatibilität/Kirchliches Amt [1976]).
9 Vgl. *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 23.
10 Vgl. BVerfGE 12, 1, 3 (Glaubensabwerbung [1960]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7 Sprechen das Grundgesetz oder die Weimarer Reichsverfassung (oder auch dieser Text) von „Religion“ bzw. „Religionsgesellschaften“, so sind damit *mutatis mutandis* auch Weltanschauungen und Weltanschauungsgemeinschaften gemeint. Dies ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnis von Staat und Glaube (§ 10 Rn. 42 ff.), wonach der Staat Religion und Weltanschauung neutral gegenübersteht.

d) Welches Verhalten schützt die Glaubensfreiheit?

8 Die Reichweite der Glaubensfreiheit erstreckt sich in drei Richtungen:[11]

1. Die **Glaubensfreiheit** (Art. 4 Abs. 1 GG) schützt die innere Überzeugung (***forum internum***), also einen Glauben zu haben. Staatliche Einflussnahme in religiöse oder weltanschauliche Angelegenheiten, auch unterhalb der Qualität hoheitlicher Befehle, sind daher rechtfertigungsbedürftig. Historisch sollte so insbesondere einem *ius reformandi* entgegengewirkt werden, wonach der Glaube durch die Obrigkeit bestimmt wird.
2. Die **Bekenntnisfreiheit** (Art. 4 Abs. 1 GG) schützt die Möglichkeiten, diesen Glauben nach außen zu tragen und kundzutun (***forum externum***). Davon umfasst sind etwa das Tragen religiöser Kleidung oder Zeichen (Kreuz, Kippa, Kopftuch), aber auch für den eigenen Glauben zu werben (Mission).
3. Art. 4 Abs. 2 GG schützt ferner die **Freiheit der Glaubenssausübung** (bspw. Gottesdiente, sakrales Glockenläuten, Gebetsrufe des Muezzin, etc.). Dies umfasst die Freiheit „sein gesamtes Verhalten an den Lehren seines Glaubens auszurichten und seiner inneren Überzeugung gemäß zu handeln“.[12] So können auch äußerlich neutrale Handlungen, die aber nach dem Selbstverständnis der Grundrechtsträger:innen religiös motiviert sind – z.B. Aktionen der *Caritas/Diakonie* – Glaubensausübung darstellen.[13]

9 Kritische Stimmen sehen im weiten Schutzbereichsverständnis, insbesondere bei der Glaubensausübungsfreiheit, die Unterschiede in der Bedeutung verschiedener Glaubenspraktiken unzureichend berücksichtigt:[14] So dürfe etwa eine karitative Altkleidersammlung nicht denselben grundrechtlichen Schutz erfahren wie ein Gottesdienst. Der Einwand verfängt indessen nicht, weil solche Bedeutungsunterschiede auf Rechtfertigungsebene berücksichtigt werden können.

10 Weil die Glaubensfreiheit (auch) der individuellen Persönlichkeitsentfaltung dient, ist nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht nur Verhalten geschützt, das auf verpflichtenden Glaubenssätzen beruht, sondern auch solches, das gerade nur der oder die Einzelne für sich selbst als bindend empfindet.[15]

11 Siehe *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 31 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 34 ff.
12 BVerfGE 32, 98, 106 (Gesundbeter [1971]).
13 Vgl. BVerfGE 24, 236 (Aktion Rumpelkammer [1968]); 104, 337, 345 f. (Schächten [2002]); siehe *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 73.
14 So *Muckel*, in: Friauf/Höfling, GG-Kommentar, 26. Aktualisierung (2009), Art. 4, Rn. 6 m.w.N.
15 BVerfGE 32, 98, 106 f. (Gesundbeter [1972]); 108, 282, 297 (Kopftuch I [2003]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darüber hinaus gewährleistet Art. 4 Abs. 1, 2 GG auch die Negation der Religions- und Weltanschauungsfreiheit – also das Recht, keiner oder keiner bestimmten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft anzugehören, den Glauben nicht zu bekennen und auch nicht auszuüben (sog. **negative Glaubensfreiheit**).[16] Diese negative Komponente der Glaubensfreiheit wird bereits in den Art. 136 Abs. 3, 4 WRV, Art. 141 WRV deutlich. Sie kann allerdings nur gegen den Staat in Stellung gebracht werden; ein Schutzanspruch, von anderen Grundrechtsträger:innen oder im öffentlichen Raum nicht mit Religion oder Weltanschauung konfrontiert zu werden, kann aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG nicht abgeleitet werden (siehe dazu die Kruzifix-Entscheidung, § 10 Rn. 20 ff.). 11

Das BVerfG beschreibt die negative Glaubensfreiheit (und ihre Grenzen) wie folgt: 12

> ▶ Die Entscheidung für oder gegen einen Glauben ist [...] 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 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.
>
> **BVerfGE 93, 1, 15 f. (Kruzifix [1995])** ◀

e) Wie kann ein Eingriff in die Glaubensfreiheit gerechtfertigt werden?

Art. 4 Abs. 1, 2 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt und wird daher in der ständigen Rechtsprechung des BVerfG als vorbehaltloses Grundrecht gelesen.[17] Dies wird unter anderem mit der großen historischen Bedeutung der Glaubensfreiheit als „Mutter der Grundrechte“, mit der hohen praktischen Relevanz und mit den bei der Verfassungsgebung tragenden Erwägungen, aus der Zeit des Nationalsozialismus die richtigen Lehren zu ziehen, begründet. 13

16 Vgl. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 30.
17 Vgl. nur BVerfGE 108, 282, 299 (Kopftuch I [2003]); 138, 296, 333 (Kopftuch II [2015]); 153, 1, 36 (Kopftuch III [2020]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

14 Eine andere Auffassung in der Literatur erkennt jedoch im Wortlaut des Art. 136 Abs. 1 WRV einen „Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes" – also einen einfachen Gesetzesvorbehalt:[18]

> ▶ (1) Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt.
>
> **Art. 136 Abs. 1 WRV** ◀

Allgemeine (einfachgesetzliche) bürgerliche und staatsbürgerliche Rechte und Pflichten, die gerade keinen glaubensspezifischen Bezug aufweisen, könnten nach dieser Auffassung herangezogen werden, um Beschränkungen der Glaubensfreiheit zu rechtfertigen. Ähnlich wie bei den Kommunikationsfreiheiten gem. Art. 5 Abs. 2 GG (§ 12 Rn. 37) wären damit lediglich Einschränkungen ausgeschlossen, die sich speziell gegen die Glaubensfreiheit richten, sog. **Sonderrecht**.

15 Das BVerfG stellt sich dieser Auffassung in ständiger Rechtsprechung überzeugend entgegen.[19] Aus systematischer Sicht käme ein Rückgriff auf die Schranke des Art. 136 Abs. 1 WRV einer unzulässigen **Schrankenleihe** gleich.

16 Eingriffe in Art. 4 Abs. 1, 2 GG sind daher allein zum Schutz kollidierender Verfassungsrechtspositionen (§ 4 Rn. 10) möglich. Zwischen den sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen ist im Wege der praktischen Konkordanz (§ 4 Rn. 15 f.) ein schonender Ausgleich herzustellen. Häufige Abwägungsfragen ergeben sich häufig im Zusammenspiel mit

JuS 2005, 1000 ◆
JuS 2007, 538
ZJS 2012, 521
JuS 2013, 54 ◆
Jura 2014, 94 ◆
JuS 2014, 1110 ◆
JuS 2021, 332
JA 2022, 217

- der negativen Glaubensfreiheit Dritter;[20]
- der weltanschaulich-religiösen Neutralitätspflicht des Staates (Art. 3 Abs. 3 GG; Art. 4 Abs. 1 GG; Art. 33 Abs. 3 GG, Art. 136 Abs. 1, 4 WRV; Art. 137 Abs. 1 WRV);[21]
- dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG);[22]
- dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG).[23]

18 Vgl. BVerwGE 112, 227, 231 f. (Schächten II [2000]) = NJW 2001, 1225; ebenso *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 66; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 87; *Tillmanns*, Jura 2004, 619.

19 Siehe nur BVerfGE 33, 23, 29 ff. (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972]); siehe dazu auch die Ausführungen zur Kruzifix-Entscheidung (§ 10 Rn. 20 ff.) an.

20 Siehe BVerfGE 93, 1, 22 f. (Kruzifix [1995]).

21 Siehe BVerfGE 108, 282 (Kopftuch I [2003]); 138, 296 (Kopftuch II [2015]); 153, 1 (Kopftuch III [2020]).

22 Zur Beschneidung von Jungen aus religiösen Motiven siehe LG Köln NJW 2012, 2128; dazu *Rixen*, NJW 2013, 257; zur Befreiung von der Helmpflicht aufgrund des Tragens eines Turbans siehe VGH Mannheim BeckRS 2017, 124386; im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie siehe BVerfG NJW 2020, 1427.

23 Siehe BVerwG NJW 2005, 2101; NVwZ 2014, 81; NVwZ 2017, 227; einen Überblick bietet *Büscher/Glasmacher*, JuS 2015, 513.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

f) Welche Rolle nehmen die Normen der WRV beim Schutz der Glaubensfreiheit ein?

Die über Art. 140 GG inkorporierten „**Weimarer Kirchenartikel**“ sind Bestandteil des Grundgesetzes und nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG vollgültiges Verfassungsrecht.[24] Schon *Rudolf Smend* fragte aber pointiert: „Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, bedeuten sie auch dasselbe?“[25] Bei der Interpretation kann zwar auf Judikatur und wissenschaftliche Diskurse zur WRV zurückgegriffen werden, allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Artikel nunmehr in einem anderen verfassungsrechtlichen Kontext stehen. Die Auslegung der Regelungen der WRV muss sich daher nunmehr an den Wertungen des Grundgesetzes orientieren.[26] Das schlägt sich in der Interpretation der Weimarer Kirchenartikel durch das BVerfG nieder: 17

> ▶ Die Gewährleistungen der Weimarer Kirchenartikel sind funktional auf die Inanspruchnahme und Verwirklichung des Grundrechts der Religionsfreiheit angelegt (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG).
>
> **BVerfGE 102, 370, 387 (Zeugen Jehovas I [2000]) ◀**

Sie verstärken und konkretisieren gleichsam die grundrechtliche Glaubensfreiheit, nur in der Zusammenschau der inkorporierten Weimarer Kirchenartikel mit Art. 4 Abs. 1, 2 GG können sie sachgerecht und widerspruchsfrei ausgelegt und angewendet werden.

Die Weimarer Normen enthalten u.a. folgende Gewährleistungen: 18

- Art. 136 Abs. 3 und Abs. 4 WRV bieten einen ausdrücklichen dogmatischen Anknüpfungspunkt für die negative Glaubensfreiheit (§ 10 Rn. 11).
- Art. 137 Abs. 2 WRV verbürgt die religiöse bzw. weltanschauliche Vereinigungsfreiheit, also das Recht, eine Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaft zu gründen.
- Von eminenter Bedeutung ist zudem das Selbstbestimmungsrecht der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften aus Art. 137 Abs. 3 WRV,[27] das vor allem im Bereich des sog. kirchlichen Arbeitsrechts Wirkung entfaltet.[28]
- Art. 137 Abs. 5 WRV normiert mit dem Körperschaftstatus (§ 10 Rn. 28 ff.) eine Sonderrechtsform für Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.

24 Siehe nur BVerfGE 19, 206, 219 (Kirchenbausteuer [1965]).
25 *Smend*, ZevKR 1951, 4, 4.
26 Vgl. BVerfGE 33, 23, 30 f. (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen [1972]); 102, 370, 386 f. (Zeugen Jehovas I [2000]).
27 Dazu BVerfGE 72, 278, 289 (Kirchenautonomie [1986]).
28 BAGE 139, 144 (Katholischer Chefarzt [2011]); BVerfGE 137, 273 (Katholischer Chefarzt [2014]); EuGH, ECLI:EU:C:2018:696 – IR/JQ; BAGE 154, 285 (Konfessionsloser Bewerber [2016]); EuGH, ECLI:EU:C:2018:257 – Egenberger. Eine Übersicht zum Gang beider Verfahren bietet *Schubert*, EuZA 2020, 320.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

g) Wrap-Up: Prüfungsschema

19



Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich:

Religion und Weltanschauung = Glaubenssysteme, die einen umfassenden Erklärungsansatz für die Welt als Ganzes und die Stellung des Menschen in der Welt bieten

Positive Glaubensfreiheit (insb. *forum internum/forum externum)*

Negative Glaubensfreiheit

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. bußgeldbewährtes Verbot seinen Glauben öffentlich kundzutun

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. koedukativer Schulsport

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

verfassungsimmanente Schranken

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz

Weiterführende Hinweise

Kluth, Die Grundrechte des Art. 4 GG, Jura 1993, 137
Tillmanns, Die Religionsfreiheit (Art. 4 I, II GG), Jura 2004, 619
Neureither, Grundfälle zu Art. 4 I, II GG, JuS 2006, 1067, JuS 2007, 20
Frenz, Die Religionsfreiheit, JA 2009, 493
Barczak, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, Jura 2015, 463
Holterhus/Aghazadeh, Die Grundzüge des Religionsverfassungsrechts, JuS 2016, 19; 117
Czermak/Hilgendorf, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2. Aufl. 2018
Unruh, Religionsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2018

2. Die Kruzifix-Entscheidung

a) Sachverhalt

20 Gegenstand der Entscheidung war § 13 Abs. 1 S. 3 der bayerischen Volksschulordnung, welcher die Anbringung eines Kreuzes oder eines **Kruzifix** (also eines Kreuzes mit Korpus) in Klassenzimmern vorschrieb. Dagegen wandten sich anthroposophische Kläger, die dadurch christliche Einwirkungen in christlichem

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sinne auf ihre Kinder befürchteten. Die Kläger machten eine Verletzung ihrer Glaubens- und Erziehungsfreiheit geltend.[29] Im Hintergrund dieses Konflikts steht die übergeordnete Frage nach dem Verhältnis von Staat und Glaube (§ 10 Rn. 42 ff.).

Die Kruzifix-Entscheidung

Jurafuchs

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG beschäftigt sich zunächst mit einem möglichen Eingriff in die negative Glaubensfreiheit (§ 10 Rn. 11) der Schüler:innen aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG: Diese gewährleiste grundsätzlich kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, insbesondere religiösen Symbolen, verschont zu bleiben. Das gelte indes nicht in einer vom Staat geschaffenen Lage, in welcher der oder die Einzelne ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss einer bestimmten Glaubensrichtung ausgesetzt sei.[30] Eine solche staatliche Zwangslage liege hier für die Schüler:innen aufgrund der bestehenden Schulpflicht vor. 21

Anschließend befasst sich das BVerfG mit der Frage, ob das Anbringen eines Kreuzes in Klassenzimmern überhaupt als *religiöse* Symbolik aufzufassen ist. Das Sondervotum zur Kruzifix-Entscheidung der Richterin *Haas* und der Richter *Seidl* und *Söllner* verneint dies mit der Interpretation des Kreuzes als „Sinnbild für die verfassungsrechtlich zulässigen Bildungsinhalte", von dem keine missionarische Beeinflussung ausgehe – und lehnt somit auch einen Eingriff in Art. 4 Abs. 1, 2 GG ab.[31] Die Senatsmehrheit des BVerfG entschied dagegen: 22

> ▶ Zusammen mit der allgemeinen Schulpflicht führen Kreuze in Unterrichtsräumen dazu, daß die Schüler während des Unterrichts von Staats wegen und ohne Ausweichmöglichkeit mit diesem Symbol konfrontiert sind und gezwungen werden, „unter dem Kreuz" zu lernen. Dadurch unterscheidet sich die Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern von der im Alltagsleben häufig auftretenden Konfrontation mit religiösen Symbolen der verschiedensten Glaubensrichtungen. [...] **Das Kreuz ist Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung und nicht etwa nur Ausdruck der vom Christentum mitgeprägten abendländischen Kultur.** [...] Zwar ist es richtig, daß mit der Anbringung des Kreuzes in Klassenzimmern kein Zwang zur Identifikation oder zu bestimmten Ehrbezeugungen und Verhaltensweisen einhergeht. Ebensowenig folgt daraus, daß der Sachunterricht in den profanen Fächern von dem Kreuz geprägt oder an den von ihm symbolisierten Glaubenswahrheiten und Verhaltensanforderungen ausgerichtet wird. Darin erschöpfen sich die Einwirkungsmöglichkeiten des Kreuzes aber nicht. Die schulische Erziehung dient nicht nur der Erlernung der grundlegenden Kulturtechniken und der Entwicklung kognitiver Fähigkeiten. Sie soll auch die emotionalen und affektiven Anlagen der Schüler zur Entfaltung bringen. Das Schulgeschehen ist darauf angelegt, ihre Persönlichkeitsentwicklung umfassend zu fördern und insbesondere auch das Sozialverhalten zu beeinflussen. In diesem Zusammenhang gewinnt das Kreuz im Klassenzimmer seine Bedeutung. Es hat **appellativen Charakter und weist**

29 In einem ähnlich gelagerten Fall EGMR v. 18.3.2011, 30814/06 – Lautsi.
30 Vgl. BVerfGE 93, 1, 15 f. (Kruzifix [1995]).
31 Vgl. BVerfGE 93, 1, 25 ff. (Kruzifix [1995]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die von ihm symbolisierten Glaubensinhalte als vorbildhaft und befolgungswürdig aus. Das geschieht überdies gegenüber Personen, die aufgrund ihrer Jugend in ihren Anschauungen noch nicht gefestigt sind, Kritikvermögen und Ausbildung eigener Standpunkte erst erlernen sollen und daher einer mentalen Beeinflussung besonders leicht zugänglich sind.

BVerfGE 93, 1, 18 ff. (Kruzifix [1995]) ◀



Kreuze in bayerischen Staatsbehörden

Die Ausstattung von Gebäuden und Räumen mit Kreuzen ist vor diesem Hintergrund rechtlich als Bekenntnis zum christlichen Glauben zu verstehen.[32] Dies kann insbesondere bei staatlich geschaffenen Zwangslagen, denen sich Bürger:innen nicht ohne Weiteres entziehen können, einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die negative Glaubensfreiheit darstellen.[33]

23 Das Anbringen von Kreuzen in Klassenzimmern überschreitet im konkreten Fall die Grenze der religiös-weltanschaulichen Ausrichtung der Schulen, aufgrund des spezifischen Bezugs auf Glaubensinhalte des Christentums. Der negativen Glaubensfreiheit kann ferner auch nicht die (positive) Glaubensfreiheit der Schüler:innen christlichen Glaubens gegenübergestellt werden, weil nicht sie es sind, die ein Kreuz (etwa als Schmuckstück) tragen und damit ihren Glauben bekennen, sondern der grundrechtsgebundene, neutrale Staat, der veranlasst, dass eine Wand behängt wird; und Wände können keine Religionsfreiheit beanspruchen. Außerdem bezweckt das Grundrecht auf Glaubensfreiheit gerade den Schutz von Glaubensminderheiten.

c) Relevanz der Entscheidung

24 Das Urteil löste vor allem in Bayern heftige Kritik aus. So ließ der ehemalige bayerische Ministerpräsident *Edmund Stoiber* im Anschluss an die Entscheidung verlauten: „Wir respektieren das Karlsruher Urteil, aber wir werden es inhaltlich nicht akzeptieren." Bayern traf zudem umgehend eine Neuregelung der Volksschulverordnung. Danach ist weiterhin in jedem Klassenraum ein Kreuz anzubringen. Das Kreuz wird indessen nicht mehr als christliches Symbol, sondern nun als Zeichen der „kulturellen und geschichtlichen Prägung Bayerns" definiert.[34] Darüber hinaus wird eine Widerspruchslösung normiert, wonach das Kreuz bei einem Widerspruch im Einzelfall entfernt werden darf.

25 Dem hiesigen Konflikt zugrunde liegt letztlich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Staat und Kirche. Deutschland ist ein säkularer Staat, nicht aber laizistisch, wie etwa Frankreich. In vielen Bereichen wirken Staat und Glaubensgemeinschaften zusammen.[35]

32 So auch noch EGMR v. 3.11.2009, 30814/06 – Lautsi; Rechtsprechungsänderung mit EGMR v. 18.3.2011, 30814/06 – Lautsi.
33 Zum Kreuz in bayerischen Staatsbehörden siehe *Halbig*, NVwZ 2021, 768.
34 Eine dagegen wiederum gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen, vgl. BVerfG NJW 1999, 1020.
35 Dazu *Towfigh*, Die rechtliche Verfassung von Religionsgemeinschaften, 2. Aufl. 2021, S. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Glaubensgemeinschaften und Körperschaftsstatus

a) Was ist eine Glaubensgemeinschaft?

Glaube in Gemeinschaft ist ein soziales Phänomen. Das Recht muss daher für die Konturierung des rechtlichen Begriffs der Glaubensgemeinschaft auf den religionssoziologischen Begriff zurückgreifen:[36] Es genügt zwar noch nicht, dass sich Menschen verbinden, die nur eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung teilen; andererseits bedarf es aber auch keiner bestimmten Organisationsstruktur (etwa die des rechtsfähigen Vereins) oder einer bestimmten Größe der Gemeinschaft.[37] Die Selbsteinstufung einer Gemeinschaft als **Glaubensgemeinschaft** ist für das BVerfG Ausgangpunkt, der der Plausibilisierung bedarf: 26



Glaubensgemeinschaften und Körperschaftsstatus

> ▶ Zwar können nicht allein die Behauptung und das Selbstverständnis, eine Gemeinschaft bekenne sich zu einer Religion und sei eine Religionsgemeinschaft, für diese und ihre Mitglieder die Berufung auf die Freiheitsgewährleistung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG rechtfertigen; **vielmehr muß es sich auch tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion und Religionsgemeinschaft handeln.** Dies im Streitfall zu prüfen und zu entscheiden, obliegt – als Anwendung einer Regelung der staatlichen Rechtsordnung – den staatlichen Organen, letztlich den Gerichten, die dabei freilich keine freie Bestimmungsmacht ausüben, sondern den von der Verfassung gemeinten oder vorausgesetzten, dem Sinn und Zweck der grundrechtlichen Verbürgung entsprechenden Begriff der Religion zugrundezulegen haben.
>
> **BVerfGE 83, 341, 353 (Bahá'í [1991])** ◀

Damit ist eine Gemeinschaft als Glaubensgemeinschaft zu qualifizieren, wenn es sich um eine Religion oder Weltanschauung handelt, deren Anhänger:innen sich in einer homogenen Gemeinschaft zusammengeschlossen haben und die sich der umfassenden Erfüllung ihrer religiösen oder weltanschaulichen Aufgaben widmet.[38] Nicht als Glaubensgemeinschaften anerkannt wurden etwa die „Kirche des Fliegenden Spaghettimonsters" („Pastafari")[39] oder die „Kirche des Bizeps"[40]. 27

b) Ist „Glaubensgemeinschaft" ein Rechtsstatus?

Der Begriff der Glaubensgemeinschaft entspricht dabei dem Begriff der Religionsgesellschaft gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV.[41] Dies gilt für alle Normen im GG und in der WRV. Zur Frage des Rechtsstatus nimmt das BVerfG in seiner Bahá'í-Entscheidung Stellung:[42] 28

36 Vgl. BVerwGE 123, 49 (IRU [2005]); instruktiv *Pieroth/Görisch*, JuS 2002, 937.
37 Vgl. BVerfGE 93, 1, 17 (Kruzifix [1995]); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 49 ff.
38 Vgl. *Towfigh*, in: Pirson et al., HdStKR, 3. Aufl., § 26.
39 OVG Hamburg NJW 2018, 2282.
40 VGH Mannheim BeckRS 2021, 3310.
41 Siehe BVerwGE 123, 49 (Religionsgemeinschaften [2005]).
42 Ausführlich zur „Glaubensgemeinschaft" als Rechtsstatus *Towfigh*, in: Pirson et al., HdStKR, 3. Aufl., § 26.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ **Zur Religionsfreiheit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gehört auch die religiöse Vereinigungsfreiheit**, wie sie sich aus dieser Bestimmung in Verbindung mit den einschlägigen, durch Art. 140 GG einbezogenen Weimarer Kirchenartikeln ergibt.

Der Gewährleistungsinhalt der religiösen Vereinigungsfreiheit umfaßt die Freiheit, aus gemeinsamem Glauben sich zu einer Religionsgesellschaft zusammenzuschließen und zu organisieren. Damit ist kein Anspruch auf eine bestimmte Rechtsform gemeint, etwa die des rechtsfähigen Vereins oder einer sonstigen Form der juristischen Person; **gewährleistet ist die Möglichkeit einer irgendwie gearteten rechtlichen Existenz einschließlich der Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr**.

2. Leitsatz aus BVerfGE 83, 341 (Bahá'í [1991]) ◀

29 Durch die Zuordnung der religiösen oder weltanschaulichen Vereinigungsfreiheit zu Art. 4 GG folgt ein stärkerer Schutz als durch die allgemeine Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG).[43] Allerdings begründet die Qualifikation als Glaubensgemeinschaft keine eigene Rechtsform; insbesondere haben Glaubensgemeinschaften aufgrund ihrer Qualifikation als Glaubensgemeinschaft nicht automatisch einen Anspruch auf Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts i.S.v. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV.[44] Sie haben jedoch Anspruch auf Erlangung *irgendeiner* Rechtsform, um am Rechtsverkehr teilnehmen zu können.

c) Was sind die Voraussetzungen für die Verleihung des Körperschaftsstatus?

30 Der Körperschaftsstatus gem. Art. 137 Abs. 5 WRV dient funktional der Inanspruchnahme und der Verwirklichung der Glaubensfreiheit (siehe auch Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren, § 1 Rn. 38 ff.).[45] Die Entscheidung über die Verleihung des Körperschaftsstatus erfolgt dabei durch das jeweilige Land, für dessen Staatsgebiet die Glaubensgemeinschaft die mit dem Körperschaftsstatus verbundenen Rechte in Anspruch nehmen will.[46]



ZJS 2017, 553

31 Die materiellen Voraussetzungen für die Verleihung des Körperschaftsstatus werden in Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV normiert:[47] Im Mittelpunkt steht dabei das Kriterium der „**Gewähr der Dauer**", das u.a. anhand der Indizien der „Verfassung" und der „Zahl der Mitglieder" bewertet wird. Das BVerfG formuliert:

▶ 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.

BVerfGE 102, 370, 384 (Zeugen Jehovas I [2000]) ◀

43 Vgl. *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 69.
44 Siehe BVerwGE 123, 49 (Religionsgemeinschaften [2005]).
45 BVerfGE 102, 370, 384 (Zeugen Jehovas I [2000]); ausführlich *Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, 2004; *Towfigh*, Die rechtliche Verfassung von Religionsgemeinschaften, 2. Aufl. 2021; *Towfigh*, ZöR 2022, 807; *Towfigh*, ZevKR 2013, 423.
46 BVerfGE 139, 321 (Zeugen Jehovas Bremen [2015]).
47 Siehe BVerwG NVwZ 2013, 943.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dabei bezeichnet der Begriff der Verfassung mehr als eine rechtliche Satzung, die den Erfordernissen des Rechtsverkehrs genügt. Im Zusammenhang mit Art. 140 GG i.V.m Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV meint Verfassung auch den tatsächlichen Zustand einer Gemeinschaft. Eine starre Vorgabe hinsichtlich der Mindestanzahl von Mitgliedern der Glaubensgemeinschaft gibt es hier nicht, es genügt, wenn eine positive Prognose über das zukünftige Bestehen getroffen werden kann, etwa aufgrund einer ausgeglichenen Altersstruktur der Mitglieder.[48] 32

Darüber hinaus ist das ungeschriebene Merkmal der „**Rechtstreue**" zu beachten. Das BVerfG führt dazu aus: 33

> ▶ [Die Religionsgemeinschaft] muss die Gewähr dafür bieten, dass sie das geltende Recht beachten, insbesondere die ihr übertragene Hoheitsgewalt nur in Einklang mit den verfassungsrechtlichen und den sonstigen gesetzlichen Bindungen ausüben wird.
>
> **BVerfGE 102, 370, 390 (Zeugen Jehovas I [2000])** ◀

4. Die Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Gewissensfreiheit?

Die Gewissensfreiheit ist wie die Glaubensfreiheit ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Juristische Personen können sich nicht auf sie berufen, da der Begriff des Gewissens „Menschsein" voraussetzt und es damit an einer wesensgemäßen Anwendbarkeit (§ 3 Rn. 22 f.) nach Art. 19 Abs. 3 GG fehlt. 34



Die Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Gewissensfreiheit?

Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistet die Freiheit des **Gewissens**. Die Gewissensfreiheit bildet ein eigenständiges Grundrecht neben der Glaubensfreiheit. Das BVerfG definiert den Begriff des Gewissens wie folgt: 35

> ▶ „Gewissen" im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs und somit auch im Sinne des Art. 4 Abs. 3 GG ist als ein (wie immer begründbares, jedenfalls aber) **real erfahrbares seelisches Phänomen** zu verstehen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen **unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens** sind. [...] Als eine **Gewissensentscheidung ist somit jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von „Gut" und „Böse" orientierte Entscheidung** anzusehen, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.
>
> **BVerfGE 12, 45, 54 f. (Kriegsdienstverweigerung I [1960])** ◀

48 In Anschluss an BVerwG NVwZ 2013, 943 haben die Länder einen Leitfaden zur Verleihung der Körperschaftsrechte an Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften beschlossen, den das Land Hessen in seinem Staatsanzeiger (Nr. 15/2017, ab S. 425) bekannt gemacht hat.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

36 Ebenso wie die Glaubensfreiheit umfasst der Schutzbereich der Gewissensfreiheit neben der Bildung eines Gewissens, der inneren Bindung an und der Berufung auf dieses Gewissen (***forum internum***) auch die Freiheit, die eigenen Entscheidungen und insgesamt Leben und Handeln am Gewissen auszurichten (***forum externum***).[49] Grundrechtsträger:innen genießen somit einen Schutz vor staatlichem Zwang, ihrem Gewissen zuwider zu handeln. Der Konflikt liegt auf der Hand: Subjektive Moralvorstellungen müssen nicht zwingend mit der geltenden Rechtsordnung übereinstimmen, sie können mit ihr kollidieren.[50] Konkret: Können Pazifist:innen die Zahlung von Steuern aus dem Grund verweigern, dass dadurch unter anderem bewaffnete Militäreinsätze finanziert werden? Können Arbeitnehmer:innen unter Rückgriff auf ihre Moralvorstellungen verweigern, Weisungen zu folgen? Kann die Begehung einer Straftat durch gewissensgeleitetes Verhalten entschuldigt werden?[51] Die Gerichte stellen hohe Anforderungen an das Vorliegen einer Gewissensentscheidung: So greift der Schutz des Art. 4 Abs. 1 GG erst, wenn die betroffene Person ein unbedingtes und ernstes, für die eigene Identität fundamentales moralisches Gebot empfindet.[52] Eine Bewertung, ob die Überzeugung inhaltlich „richtig" oder „falsch" ist, findet hingegen nicht statt. Das größte praktische Problem bei der Geltendmachung der Gewissensfreiheit dürfte indessen der Nachweis bzw. zumindest die Plausibilisierung einer Gewissensnot sein.[53]

37 Der Tatbestand der **Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen** nach Art. 4 Abs. 3 GG stellt einen speziellen Unterfall der allgemeinen Gewissensfreiheit dar. Erforderlich ist, dass das „Töten im Kriege schlechthin" nicht mit dem eigenen Gewissen vereinbar ist.[54] Das BVerfG legt den Begriff „Kriegsdienst" weit aus: So umfasst Art. 4 Abs. 3 GG nicht nur den Dienst an der Waffe, sondern auch unterstützende Dienste, wie etwa den Sanitätsdienst.[55] Zudem wird auch die Verweigerung des Wehrdienstes in Friedenszeiten geschützt.[56]

JuS 2009, 995

c) Wie kann ein Eingriff in die Gewissensfreiheit gerechtfertigt werden?

38 Die Gewissensfreiheit wird wie die Glaubensfreiheit vorbehaltslos gewährleistet. Eingriffe sind daher nur durch kollidierendes Verfassungsrecht (§ 4 Rn. 10) zu rechtfertigen.[57] Die sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen sind sodann im Wege praktischer Konkordanz (§ 4 Rn. 15 f.) schonend in Ausgleich zu bringen.

49 BVerfGE 78, 391, 395 (Totalverweigerung I [1988]); vgl. *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 86.
50 So *Bumke/Voßkuhle*, Verfassungsrecht, 8. Aufl., Rn. 603.
51 Dazu etwa AG Kitzingen BeckRS 2021, 8708.
52 So BVerwGE 127, 302, 328 (Befehlsverweigerung [2005]).
53 Vgl. *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 100 f.
54 BVerfGE 12, 45, 57 (Kriegsdienstverweigerung I [1960]); dazu *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 170.
55 BVerfGE 69, 1, 56 (Kriegsdienstverweigerung II [1985]).
56 BVerfGE 80, 354, 358 (Totalverweigerung II [1989]); siehe *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 119.
57 Vgl. *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beispiel: Weigert sich ein:e Student:in unter Hinweis auf das Gewissen, im Rahmen des Biologiestudiums ein Tier zu sezieren, so kollidiert ihre Gewissensfreiheit mit der Wissenschaftsfreiheit der Hochschule (Art. 5 Abs. 3 GG, § 11 Rn. 33). Das BVerwG entschied in einem solchen Fall, dass die Hochschule alternative Methoden anbieten müsse, sofern dadurch der Studienerfolg nicht gefährdet werde.[58] Solche gewissensschonenden Handlungsalternativen sind stets in Betracht zu ziehen.

Art. 4 Abs. 3 GG ist ebenso vorbehaltlos gewährleistet. Insbesondere Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG stellt keine Schranke, sondern einen bloßen **Regelungsvorbehalt**, also einen verfahrensrechtlichen Ausgestaltungsauftrag an den einfachen Gesetzgeber, dar. Als verfassungsimmanente Schranken kommen insbesondere Art. 12a Abs. 2 GG und die **Wehrfähigkeit des Staates**[59] in Betracht. 39

d) Wrap-Up: Prüfungsschema

40

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich:

Gewissen = real erfahrbares seelisches Phänomen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind

Gewissensbildung (*forum internum*)

Gewissensgeleitetes Handeln (*forum externum*)

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: Verpflichtung zum Wehrdienst

Moderner Eingriffsbegriff: ziviler Ersatzdienst für Kriegsdienstverweigerer

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

verfassungsimmanente Schranken

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz



Jurafuchs

Weiterführende Hinweise

Kluth, Die Grundrechte des Art. 4 GG, Jura 1993, 137
Neureither, Grundfälle zu Art. 4 I, II GG, JuS 2006, 1067; JuS 2007, 20
Barczak, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, Jura 2015, 463

58 BVerwGE 105, 73, 87 (Tierversuche [1997]) = NVwZ 1998, 853; darauf bezugnehmend auch BVerfG NVwZ 2000, 909.
59 BVerfGE 28, 243, 261 (Dienstpflichtverweigerung [1970]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Warum sollte der Staat Religion und Weltanschauung schützen?

41 Die Glaubensfreiheit ist eines der ältesten Grundrechte. Ihre fundamentale Bedeutung für das Individuum wie für die Gesellschaft ist ungebrochen.[60] Richtet man den Blick zunächst auf das Individuum, so bietet die Glaubensfreiheit – wie etwa die Meinungs- oder Kunstfreiheit – die Möglichkeit zur Entfaltung der eigenen Persönlichkeit. Staatliche Maßnahmen, die dazu führen, dass Grundrechtsträger:innen gegen die eigenen religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen handeln müssen, können sehr belastend sein. Trotz der stetig sinkenden religiösen Bindung an die historisch großen Kirchen sind die Potentiale von Religion nach wie vor sichtbar: Religionen und Weltanschauungen bieten ein Welt- und Menschenbild an, formulieren ein Sozialmodell und können zu altruistischem Verhalten motivieren. Religiöse Menschen zeigen in bestimmten Situationen mehr Toleranz gegenüber Menschen mit anderen religiösen Überzeugungen.[61] Glaubensgemeinschaften (§ 3 Rn. 26 f.) erfüllen zudem soziale Aufgaben, etwa im Bereich der sozialen Fürsorge, des Bildungswesens, in der Kulturlandschaft oder der Kranken- und Altenpflege.

2. Wie stehen Staat und Glaube unter dem Grundgesetz zueinander?

42 Das Grundgesetz betrachtet Religion und Weltanschauung grundsätzlich wohlwollend-neutral.[62] Eine strikte Trennung von Staat und Kirche („**Laïcité**“) wie in Frankreich oder den USA gibt es hierzulande nicht. Vielmehr kann von einer „gemäßigten Trennung“ gesprochen werden: Das bedeutet, dass es zwar eine organisatorische und inhaltliche Trennung gibt (etwa das Verbot der Staatskirche, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV); gleichzeitig eröffnet das Grundgesetz aber Möglichkeiten zur Kooperation zwischen Staat und Glaubensgemeinschaften. So wird dem Staat gestattet, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu fördern, etwa durch Zuwendungen an die Glaubensgemeinschaften oder die Einräumung eines **Besteuerungsrechts** (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV). Zudem werden Glaubensgemeinschaften Entfaltungsmöglichkeiten im staatlichen Bereich geboten – man denke an den Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 3 GG, § 10 Rn. 54 ff.) oder die Errichtung theologischer Fakultäten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Staat im Rahmen seiner staatlichen Schutzpflicht (§ 1 Rn. 35 ff.) ferner dazu verpflichtet „Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern.“[63] In diesem Zusammenhang geht es etwa um die gesetzliche Ausgestaltung christlicher Feiertage, insbesondere den **Stilleschutz** (Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV).[64]

Das historische Verhältnis von Staat und Kirche

Jura 2018, 183

60 *Bielefeldt/Wiener*, Religionsfreiheit auf dem Prüfstand, 2020.
61 *Helbling*, European Sociological Review 2014, 242; siehe auch *Häberle*, Der Staat 2018, 35.
62 *Towfigh*, Die rechtliche Verfassung von Religionsgemeinschaften, 2. Aufl. 2021, S. 8 ff.; zur Religionsverfassung in 70 Jahren Grundgesetz siehe *Dreier*, JZ 2019, 1005.
63 BVerfGE 125, 39, 78 (Adventssonntage [2009]).
64 Siehe etwa BVerfGE 143, 161 (Karfreitag [2016]); BVerfG NVwZ-RR 2018, 249.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Verhältnis zwischen Staat und Glaube ist durch drei eng miteinander verwobene und sich teilweise überschneidende objektive Prinzipien geprägt: **Neutralität, Parität** und **Äquidistanz**.[65] 43

Die **Neutralität des Staates** in Glaubensfragen verbietet es dem Staat, sich institutionell mit einer oder mehreren Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften zu verbinden; das schließt u.a. eine Staatsreligion aus (Art. 137 Abs. 1 WRV). Zudem darf er sich nicht zu religiös-weltanschaulichen Fragen verhalten, er ist im doppelten Sinne inkompetent: nicht zuständig und nicht sachverständig. Dem Staat steht es damit nicht zu, über Glaubensfragen zu urteilen oder Antworten als richtig oder falsch einzuordnen.[66] Staatliche Kritik darf sich nicht gegen Glaubenslehren an sich richten, sondern allenfalls gegen ein bestimmtes Verhalten. Das BVerfG formuliert: 44

> ▶ Aus der Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG folgt im Gegenteil 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.**
>
> **BVerfGE 93, 1, 16 f. (Kruzifix [1995])** ◀

Der mit der Neutralitätspflicht des Staates eng verknüpfte Grundsatz der **Parität** (Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 33 Abs. 3 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1, 2 WRV) verpflichtet den Staat zur Gleichbehandlung der Glaubensgemeinschaften; keine religiöse oder weltanschauliche Auffassung darf bevorzugt oder benachteiligt werden, denn der Staat ist „**Heimstatt aller Bürger**“[67]. Damit geht insbesondere die Verpflichtung einher, den Glauben von Minderheiten zu schützen. Es handelt sich gleichsam um ein glaubensspezifisches Gleichheitsgebot. Der Paritätsgrundsatz ist etwa dann verletzt, wenn jenseits des Körperschaftsstatus speziell „anerkannte“ Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaften behauptet werden: Die Glaubensfreiheit umfasst nicht nur die christlichen Großkirchen, sondern auch Glaubensrichtungen wie den Islam, den Buddhismus oder kleine Gemeinschaften wie das Bahá’ítum, den Zoroastrismus oder christliche Splittergruppen.[68] Das BVerfG macht deutlich: 45

> ▶ Sie [die im Vorzitat genannten Normen] verwehren die Einführung staatskirchlicher Rechtsformen und untersagen die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse

65 Dazu *Mager*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 4 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 4, Rn. 9; *Bornemann*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates, 2020.
66 BVerfGE 102, 370, 394 (Zeugen Jehovas I [2000]).
67 BVerfGE 19, 206, 216 (Kirchenbausteuer [1965]).
68 BVerfGE 83, 341, 353 (Bahá’í [1991]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ebenso wie die Ausgrenzung Andersgläubiger. Auf die zahlenmäßige Stärke oder die soziale Relevanz kommt es dabei nicht an. Der Staat hat vielmehr auf eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu achten. Auch dort, wo er mit ihnen zusammenarbeitet oder sie fördert, darf dies nicht zu einer Identifikation mit bestimmten Religionsgemeinschaften führen.

BVerfGE 93, 1, 17 (Kruzifix [1995]) ◀

46 Der Grundsatz der **Äquidistanz** gebietet dem Staat, zu allen Glaubensgemeinschaften (gleiche) Distanz zu halten. Er darf sich weder mit ihnen identifizieren noch sich gegen sie wenden. Vor allem muss er aber sein Verhältnis zum Glauben allen Gemeinschaften gegenüber gleich halten, er darf nicht zu einzelnen größere Nähe oder Distanz pflegen als zu anderen.

3. Das Kopftuchverbot in der Rechtsprechung des BVerfG

a) Kopftuch I-Entscheidung 2003

47 In dieser Entscheidung hat sich das BVerfG erstmals mit dem Tragen religiöser Symbole im Schulwesen beschäftigt. Die Entscheidung kann als Auftakt für viele weitere, ähnlich gelagerte Entscheidungen bezeichnet werden.[69]



Jurafuchs

48 In der Kopftuch I-Entscheidung ging es um eine ausgebildete Lehrerin, die mit Kopftuch unterrichten wollte.[70] Das Land Baden-Württemberg lehnte ihren Antrag auf Übernahme in den Schuldienst aufgrund des Kopftuchs ab. Das BVerfG stellte eine Betroffenheit der Beschwerdeführerin in Art. 33 Abs. 2, 3 GG i.V.m. Art. 4 Abs. 1, 2 GG fest, da die Eignung für den Schuldienst von religiösen Merkmalen abhängig gemacht wurde. Inwiefern das Tragen eines Kopftuchs durch eine Lehrerin ein verfassungskonformes Eignungskriterium i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG sein kann, ließ das BVerfG indessen offen. Vielmehr verlangten die Richter:innen bereits, dass diese Frage gesetzlich durch den Landesgesetzgeber geregelt werden müsse und nicht durch bloße Verwaltungsvorschrift (Wesentlichkeitslehre, § 4 Rn. 26).[71] Ein entsprechendes formelles Gesetz gab es allerdings in Baden-Württemberg zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht.

b) Kopftuch II-Entscheidung 2015

49 Diese Anforderungen einer einfachgesetzlichen Konkretisierung setzte das Land Nordrhein-Westfalen im Jahr 2006 mit der Einführung des § 57 Abs. 4 NRW-SchulG a.F. im Jahr 2006 um:

> ▶ Lehrerinnen und Lehrer dürfen in der Schule keine politischen, religiösen, weltanschaulichen oder ähnliche äußere Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes gegenüber Schülerinnen und Schülern sowie Eltern

69 Eine Übersicht bieten *Tomerius*, NVwZ 2022, 212; *Volkmann*, Jura 2015, 1083; *Weidemann*, ZJS 2016, 286; *Weidemann*, ZJS 2016, 404.
70 BVerfGE 108, 282 (Kopftuch I [2003]).
71 BVerfGE 108, 282, 294 ff. (Kopftuch I [2003]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Schulfrieden zu gefährden oder zu stören. Insbesondere ist ein äußeres Verhalten unzulässig, welches bei Schülerinnen und Schülern oder den Eltern den Eindruck hervorrufen kann, dass eine Lehrerin oder ein Lehrer gegen die Menschenwürde, die Gleichberechtigung nach Artikel 3 GG, die Freiheitsgrundrechte oder die freiheitlich-demokratische Grundordnung auftritt. [...]
>
> **§ 57 Abs. 4 NRWSchulG a.F.** ◀

Auf dieser Grundlage wurde unter anderem eine Lehrerin aufgefordert, zukünftig kein Kopftuch mehr zu tragen.[72] Das BVerfG bewertete § 57 Abs. 4 NRWSchulG a.F. als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Religionsfreiheit der Lehrerin aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG.[73] Der Religionsfreiheit der Lehrerin stehen dabei als kollidierendes Verfassungsrecht die negative Glaubensfreiheit der Schüler:innen aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG, das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG, § 17 Rn. 28 ff.) und die weltanschaulich-religiöse Neutralität der Schulen (Art. 7 Abs. 1 GG) gegenüber. Das BVerfG arbeitete bei der Abwägung entscheidende Leitlinien heraus:[74] So darf das Tragen eines Kopftuchs nicht bereits aufgrund einer bloß **abstrakten Gefahr** für den Schulfrieden und die staatliche Neutralitätspflicht verboten werden. Vielmehr bedarf es hinreichender Hinweise auf eine **konkrete Gefährdung** oder gar Störung des Schulbetriebs. Dies gilt es im jeweiligen Einzelfall festzustellen. In den Worten des BVerfG:

50



JuS 2015, 914

> ▶ [M]it dem Tragen eines Kopftuchs durch einzelne Pädagoginnen ist – anders als dies beim staatlich verantworteten Kreuz oder Kruzifix im Schulzimmer der Fall ist [vgl. Kruzifix-Entscheidung, § 10 Rn. 20 ff.] – keine Identifizierung des Staates mit einem bestimmten Glauben verbunden. Auch eine Wertung in dem Sinne, dass das glaubensgeleitete Verhalten der Pädagoginnen schulseits als vorbildhaft angesehen und schon deshalb der Schulfrieden oder die staatliche Neutralität gefährdet oder gestört werden könnte, ist einer entsprechenden Duldung durch den Dienstherrn nicht beizulegen. [...] Dadurch erhält ihre Glaubensfreiheit in der Abwägung mit den Grundrechten der Schülerinnen und Schüler sowie der Eltern, die der weltanschaulich-religiös neutrale Staat auch im schulischen Bereich schützen muss, ein erheblich größeres Gewicht als dies bei einer disponiblen Glaubensregel der Fall wäre.
>
> Anders verhält es sich dann, wenn das äußere Erscheinungsbild von Lehrkräften zu einer **hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität führt oder wesentlich dazu beiträgt**. Dies wäre etwa in einer Situation denkbar, in der – insbesondere von älteren Schülern oder Eltern – über die Frage des richtigen religiösen Verhaltens sehr kontroverse Positionen mit Nachdruck vertreten und in einer Weise in die Schule hineingetragen würden, welche die schulischen Abläufe und die Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags ernsthaft beeinträchtigte, sofern die Sichtbarkeit religiöser Überzeugungen und Bekleidungspraktiken diesen Konflikt erzeugte oder schürte. Bei Vorliegen

72 Zum Kopftuchverbot von Schülerinnen *Hecker*, NVwZ 2021, 286; *Schwarz*, NVwZ 2020, 265.
73 BVerfGE 138, 296 (Kopftuch II [2015]); aktueller Fall BAG NZA 2021, 189.
74 Dazu *Klein*, DÖV 2015, 464; *Traub*, NJW 2015, 1338.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> einer solchermaßen begründeten hinreichend konkreten Gefahr ist es den grundrechtsberechtigten Pädagoginnen und Pädagogen mit Rücksicht auf alle in Rede und gegebenenfalls in Widerstreit stehenden Verfassungsgüter zumutbar, von der Befolgung eines nachvollziehbar als verpflichtend empfundenen religiösen Bedeckungsgebots Abstand zu nehmen, um eine geordnete, insbesondere die Grundrechte der Schüler und Eltern sowie das staatliche Neutralitätsgebot wahrende Erfüllung des staatlichen Erziehungsauftrags sicherzustellen.
>
> **BVerfGE 138, 296, 340 f. (Kopftuch II [2015])** ◀

Eine solche konkrete Gefährdung des Schulfriedens oder der staatliche Neutralitätspflicht konnte im der Entscheidung zugrundliegenden Fall nicht festgestellt werden, weshalb die Aufforderung zum Ablegen des Kopftuchs gegenüber der Lehrerin verfassungswidrig war.

51 Diese Konkretisierung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird auf ähnlich gelagerte Sachverhalte übertragen: So können etwa auch Erzieherinnen an einer Kindertagesstätte nur bei einer konkreten Gefährdung oder Störung des Kitabetriebs zum Ablegen des Kopftuchs verpflichtet werden.[75] Ein pauschales Verbot religiöser Kleidungsstücke ist damit verfassungswidrig.

c) Kopftuch III-Entscheidung 2020

52 In seiner jüngsten Kopftuch-Entscheidung setzt sich das BVerfG mit dem Tragen des Kopftuchs im Rahmen des juristischen Vorbereitungsdiensts (Referendariat) auseinander.[76] Die Beschwerdeführerin war Rechtsreferendarin in Hessen. Ihr wurde untersagt, mit Kopftuch auf der Richterbank zu sitzen, Sitzungsleitungen und Beweisaufnahmen durchzuführen, Sitzungsvertretungen für die Amtsanwaltschaft zu übernehmen oder während der Verwaltungsstation eine Anhörungsausschusssitzung zu leiten. Die Grundlage für das Kopftuchverbot bildete § 45 HBG i.V.m. mit einem Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz. Das BVerfG widmete sich zunächst der Frage, ob sich der Staat das Tragen des Kopftuchs einer Amtsträgerin zurechnen lassen muss. Nur dann binde das staatliche Neutralitätsgebot auch die Amtsträgerin. Die Zurechenbarkeit nahm das BVerfG im konkreten Fall an:

Podcast „Spruchreif" – Kopftuch III-Entscheidung

> ▶ Nimmt der Staat etwa auf das **äußere Gepräge einer Amtshandlung besonderen Einfluss**, so sind ihm abweichende Verhaltensweisen einzelner Amtsträger eher zurechenbar. So liegen die Dinge im vorliegenden Fall. Um das Vertrauen in die Neutralität und Unparteilichkeit der Gerichte zu stärken, haben Bund und Länder nicht nur das Verfahren während der mündlichen Verhandlung in den jeweiligen Prozessordnungen detailliert geregelt. Zum Selbstbildnis des Staates gehören auch die Verpflichtung der Richterinnen und Richter, eine Amtstracht zu tragen sowie überkommene Traditionen wie das besondere Eintreten des Spruchkörpers in den Sitzungssaal, das Erheben bei wichtigen Prozesssituationen oder die Gestaltung des Gerichtssaals. Das unterscheidet die formalisierte Situation vor Gericht, die

75 Vgl. BVerfG NJW 2017, 381.
76 BVerfGE 153, 1 (Kopftuch III [2020]); vgl. auch BVerfG NJW 2017, 2333.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> den einzelnen Amtsträgern auch in ihrem äußeren Auftreten eine klar definierte, Distanz und Gleichmaß betonende Rolle zuweist, vom pädagogischen Bereich, der in der staatlichen Schule auf Offenheit und Pluralität angelegt ist. **Aus Sicht des objektiven Betrachters kann insofern das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch eine Richterin oder eine Staatsanwältin während der Verhandlung als Beeinträchtigung der weltanschaulich-religiösen Neutralität dem Staat zugerechnet werden.** Ob diese Beeinträchtigung von der Allgemeinheit in Anbetracht der betroffenen Grundrechte der Amtsträger hingenommen werden muss, entscheidet sich erst auf der Ebene der Abwägung.
>
> **BVerfGE 153, 1, Rn. 90 (Kopftuch III [2020])** ◀

Als mit der Religionsfreiheit im Abwägungsprozess in Widerstreit tretende Verfassungsgüter, die einen Eingriff in die Religionsfreiheit im vorliegenden Zusammenhang rechtfertigen können, kommen nach dem BVerfG dabei der Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, der Grundsatz der **Funktionsfähigkeit der Rechtspflege** und mögliche Kollisionen mit der grundrechtlich geschützten negativen Glaubensfreiheit Dritter in Betracht.[77] Keine rechtfertigende Kraft entfalten dagegen das Gebot richterlicher Unparteilichkeit und der Gedanke der Sicherung des weltanschaulich-religiösen Friedens. Im Ergebnis kommt allerdings keiner der kollidierenden Rechtspositionen ein derart überwiegendes Gewicht zu, das verfassungsrechtlich dazu zwänge, das Tragen religiöser Symbole im Gerichtsaal zu verbieten oder zu erlauben.[78] Das Kopftuchverbot gilt es damit aus verfassungsrechtlicher Sicht zu respektieren.[79] Mit Blick auf die Komplexität dieser Fragestellung räumt das BVerfG dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum ein, so dass von einem Kopftuchverbot in der Justiz auch abgesehen werden kann.

53



JuS 2019, 473 ◆
ZJS 2020, 373

4. Der Religionsunterricht, Art. 7 Abs. 3 GG

a) Ist Art. 7 Abs. 3 GG ein Grundrecht?

Gem. Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG ist Religionsunterricht ordentliches Lehrfach an öffentlichen Schulen. Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG normiert die Verantwortung der Religionsgemeinschaften für die Unterrichtsinhalte. Auch bei Art. 7 GG gilt natürlich, dass die Regelung, obwohl sie nur von Religion spricht, Weltanschauung (mit-)meint. An dieser Stelle offenbart sich das Kooperationsverhältnis zwischen Staat und Glaubensgemeinschaften (§ 10 Rn. 42) im Grundgesetz besonders eindrücklich. Inwieweit Art. 7 Abs. 3 GG ein Grundrecht verbürgt, ist bislang nicht abschließend geklärt. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass Absatz 3 wie Art. 7 Abs. 1 GG (staatliche **Schulaufsicht**) ein bloßes organisationsrechtliches Staatsstrukturprinzip normiere, seine Grundrechtsqualität wird dann abgelehnt. Allerdings wird der Staat durch Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG zur Einrichtung von Religionsunterricht verpflichtet. Es handelt sich also jedenfalls um eine Einrich-

54 ◆



JuS 2008, 424 ◆
JuS 2009, 1090
ZJS 2021, 198 ◆

77 Siehe BVerfGE 153, 1, Rn. 91 ff. (Kopftuch III [2020]).
78 BVerfGE 153, 1, Rn. 101 f. (Kopftuch III [2020]).
79 Kritisch dazu BVerfG-Richter *Maidowski* in einem Sondervotum im Anschluss an BVerfGE 153, 1 (Kopftuch III [2020]); ferner *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, NVwZ 2020, 428; *Payandeh*, DÖV 2018, 482; *Sinder*, Der Staat 2018, 459.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungsgarantie (§ 4 Rn. 42).[80] Institutionelle Garantien vermitteln typischerweise auch subjektive Ansprüche, so dass naheliegt, in Art. 7 Abs. 3 GG ein Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsunterricht zu sehen.[81] Grundrechtsträger:innen sind jedenfalls die Glaubensgemeinschaften (§ 10 Rn. 30).[82] Ob sich auch Schüler:innen und Eltern darauf berufen können, ist umstritten.[83]

b) Wie weit reicht das Recht auf Religionsunterricht?

◆ 55



Islamunterricht an hessischen Schulen

Der Religions- und Weltanschauungsunterricht muss gem. Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG als **ordentliches Lehrfach** ausgestaltet sein: Die Leistungen in diesem Fach werden also benotet und sind versetzungsrelevant. Art. 7 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat dabei (allein) zur *Organisation* des Religionsunterrichts, er muss etwa eine ausreichende Anzahl von Lehrer:innen bereitstellen. Die *inhaltliche* Ausgestaltung obliegt hingegen den Glaubensgemeinschaften und orientiert sich an deren Glaubensinhalten.[84] Die Glaubenssätze der jeweiligen Glaubensgemeinschaft werden dabei – im Unterschied zum Religions*kunde*-Unterricht – als bestehende Wahrheit vermittelt.[85] Pointiert formuliert: „Religionsunterricht erteilt, wer nicht nur sagt, was geglaubt wird, sondern was geglaubt werden soll."[86] Eine Einschränkung auf bestimmte Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften gibt es dabei nicht.

◆ 56

Der Anspruch des Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG geht indessen nicht soweit, dass daraus ein Recht auf ein Angebot von **Ethik** als Ersatzfach zum Religionsunterricht abgeleitet wird; im Gegenteil: Es ist den Länder sogar verboten, Religions*kunde* als Ersatz zum Religionsunterricht anzubieten.[87] Die Teilnahme am Ethikunterricht ist daher nur bei Abmeldung vom Religionsunterricht möglich; gewissermaßen als „Auffangfach". In räumlicher Hinsicht gilt der Anspruch auf Religionsunterricht gem. Art. 141 GG nicht in den Bundesländern Bremen und Berlin (sog. **Bremer Klausel**). *De facto* erstreckt sich die Bremer Klausel auch auf Brandenburg. Hier gilt der sog. **LER** (Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde)-Vergleich des BVerfG.[88]

c) Was sind Schranken des Rechts auf Religionsunterricht?

◆ 57

Art. 7 Abs. 3 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Eingriffe in das Grundrecht auf Religionsunterricht, etwa die staatliche Festsetzung von Lehrinhalten, können damit nur durch verfassungsimmanente Schranken (§ 4 Rn. 10) gerechtfertigt werden. Hierbei ist vor allem das Bestimmungsrecht der Erziehungsberech-

80 So *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 7, Rn. 119.
81 So *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 7, Rn. 81; allgemein zu Grundrechtsfragen im Bereich „Schule" *Wißmann/Domsgen*, Jura 2022, 1044.
82 Vgl. BVerwGE 123, 49, 52 ff. (IRU [2005]).
83 Dazu *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 7, Rn. 81.
84 Vgl. *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 7, Rn. 155 f.
85 BVerfGE 74, 244, 252 (Religionsunterricht [1987]) = NJW 1987, 1873.
86 *Oebbecke*, DVBl. 1996, 336.
87 Vgl. BVerwG NVwZ 2014, 1163; ferner *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 7, Rn. 137.
88 Vgl. BVerfGE 104, 305 (LER-Schlichtungsvorschlag [2001]), ein einmaliger Vorgang, in dem sich das BVerfG mit den Parteien gleichsam auf eine Art Verfassungsänderung einigte.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tigten über die Teilnahme ihres Kindes am Religionsunterricht (Art. 7 Abs. 2 GG) zu berücksichtigen. Dieses endet, sobald das Kind religionsmündig ist (§ 5 Abs. 1 RelKErzG). Zudem darf gem. Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG kein bzw. keine Lehrer:in gegen den eigenen Willen verpflichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen. Hierbei handelt es sich um eine Konkretisierung der negativen Glaubensfreiheit (§ 10 Rn. 11) aus Art. 4 Abs. 1, 2 GG.

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie wird die Glaubensfreiheit von Art. 9 EMRK geschützt?

Art. 9 Abs. 1 EMRK enthält drei Grundrechte:[89] Die Glaubens- und die Gewissensfreiheit sowie die Gedankenfreiheit (§ 10 Rn. 64). Wie Art. 4 Abs. 1, 2 GG gewährleistet Art. 9 Abs. 1 EMRK sowohl die individuelle als auch die korporative Glaubensfreiheit. Damit können sich insbesondere auch Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften auf den konventionsrechtlichen Schutz berufen. Der sachliche Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 EMRK ist im Vergleich zur verfassungsrechtlichen Norm ausführlicher beschrieben. So umfasst Art. 9 Abs. 1 EMRK ausdrücklich „die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen." Die Aufzählung ist nicht abschließend. Art. 9 Abs. 1 EMRK schützt demnach wie Art. 4 Abs. 1, 2 GG das *forum internum* und das *forum externum*. 58

Im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist die Glaubensfreiheit in der EMRK nicht vorbehaltlos gewährleistet. Eingriffe können unter den Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden. Hierbei sind drei Schritte zu berücksichtigen: Zunächst bedarf es einer gesetzlichen Grundlage für den Eingriff. Darüber hinaus muss die Beschränkung einen legislativen Zweck verfolgen. Art. 9 Abs. 2 EMRK enthält dabei bereits einen abschließend normierten Katalog an legitimen Zielen. Allerdings sind die Ziele, wie etwa die öffentliche Sicherheit oder der Schutz der Rechte und Freiheit anderer weit zu interpretieren. Schließlich muss die Notwendigkeit der Beschränkung in einer demokratischen Gesellschaft dargelegt werden; hier liegt der Prüfungsschwerpunkt. Die konventionsrechtlichen Anforderungen an dieser Stelle erinnern in Inhalt und Struktur an die aus der verfassungsrechtlichen Dogmatik bekannte Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.). Dabei gewährt der EGMR den Vertragsstaaten große Einschätzungs- und Entscheidungsspielräume, die er vor allem mit den großen Divergenzen in den religionsverfassungsrechtlichen Systemen der Konventionsparteien – von Staatskirche bis Laïcité – begründet. 59

In der Rechtsprechungspraxis hat sich der EGMR – ähnlich wie das BVerfG – häufig mit religiöser Symbolik beschäftigt und dabei überwiegend zugunsten der 60

89 Vgl. *Sydow*, JZ 2022, 209.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Staaten geurteilt: So sah das Gericht ein Hidschāb-Verbot einer Universität als gerechtfertigt an,[90] ebenso das Anbringen von Kruzifixen in Klassenzimmern[91] (vgl. die Kruzifix-Entscheidung des BVerfG, § 10 Rn. 20 ff.); ferner rechtfertige die Religionsfreiheit keine Befreiung muslimischer Mädchen vom Schwimmunterricht.[92]

2. Wie gewährleistet die EU-GRCh die Glaubensfreiheit?

◆ 61 In der EU-GRCh findet sich die Glaubensfreiheit an verschiedenen Stellen wieder. Zentrale Norm ist Art. 10 Abs. 1 EU-GRCh. Der Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 EU-GRCh entspricht dabei fast dem des Art. 9 Abs. 1 EMRK. Hinsichtlich des Schutzbereichs gibt es keine Unterschiede; als Schranke gilt zunächst die allgemeine Schrankenregelung des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh. Ein Rückgriff darauf ist gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh allerdings ausgeschlossen, soweit die EMRK weitergehenden Schutz gewährleistet. Auch in der Rechtfertigungsprüfung des Art. 10 Abs. 1 EU-GRCh sind daher die Schranken des Art. 9 Abs. 2 EMRK – unter Berücksichtigung etwaiger unionsrechtlicher Besonderheiten – von Bedeutung.[93]

◆ 62 In seiner Rechtsprechungspraxis beschäftigt sich der EuGH insbesondere mit der Auslegung von Richtlinien im Lichte der Religionsfreiheit: Mit Urteil vom 30.1.2019 hat das Bundesarbeitsgericht dem EuGH die Frage vorgelegt, ob ein in einem Privatunternehmen aufgestelltes Kopftuchverbot einen Verstoß gegen eine europäische Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/78/EG) darstellt.[94] Der EuGH bewertete das Verbot jedweder religiöser Zeichen im Betrieb, unabhängig von der Konfession oder Weltanschauung, als mittelbare Diskriminierung wegen der Religion; gebe es allerdings ein von dem oder der Arbeitgeber:in nachgewiesenes Bedürfnis an betrieblicher Neutralität und drohe ohne deren Befolgung eine Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit (etwa auch aufgrund entsprechender Erwartungen der Kund:innen), könne eine solche Neutralitätspolitik gerechtfertigt sein.[95] Eine weitere viel diskutierte Entscheidung betrifft das Verbot ritueller Schlachtung von Tieren (**Schächten**) vor dem Hintergrund der europäischen Tierschlachtungs-Verordnung.[96]



Podcast „Spruchreif" – rituelle Schlachtung von Tieren

◆ 63 Darüber hinaus regelt Art. 14 Abs. 3 EU-GRCh das elterliche Recht, die Erziehung der Kinder entsprechend der eigenen religiösen Überzeugung sicherzustellen. Art. 21 Abs. 1 EU-GRCh verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder Weltanschauung und Art. 22 EU-GRCh normiert die Achtung religiöser oder weltanschaulicher Pluralität.

90 EGMR v. 10.11.2005, 44774/98 – Leyla; ebenso das Trageverbot eines Niqab in der Öffentlichkeit, vgl. EGMR v. 1.7.2014, 43835/11 – S.A.S.
91 EGMR v. 18.3.2011, 30814/06 – Lautsi; andere Ansicht noch in EGMR v. 3.11.2009, 30814/06 – Lautsi.
92 EGMR v. 10.1.2017, 29086/12 – Osmanoğlu u. Kocabas.
93 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 10, Rn. 11.
94 Siehe BAG NZA 2019, 693.
95 EuGH, ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 70 – WABE e.V.
96 EuGH, ECLI:EU:C:2020:1031 – Centraal Israëlitisch Consistorie ua/Vlaamse Regering.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Was ist die Gedankenfreiheit in Art. 9 Abs. 1 EMRK und Art. 10 Abs. 1 EU-GRCh?

64 ◆ Neben der Glaubens- und Gewissensfreiheit wird sowohl in Art. 9 Abs. 1 EMRK als auch in Art. 10 Abs. 1 EU-GRCh die **Gedankenfreiheit** geschützt. Eine solche grundrechtliche Gewährleistung findet sich im Grundgesetz jedenfalls nicht ausdrücklich wieder. Schutzgehalt ist die Freiheit des Denkens in politischen und weltanschaulichen Fragen, also die Freiheit einer inneren Überzeugung (*forum internum*), nicht nur in Fragen des Glaubens, mit der jede Art ideologischer Einflussnahme (**staatliche Indoktrinierung**) abgewehrt werden kann.[97]

97 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 10, Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 11 Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG 2
a) Was ist Kunst? 2
b) Was ist der persönliche Schutzbereich der Kunstfreiheit? 3
c) Was ist der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit? 5
d) Was spricht für den Schutz unfriedlicher Kunst? 8
e) Welche objektiv-rechtliche Dimension hat der Schutz der Kunstfreiheit? 11
f) Was sind die Schranken der Kunstfreiheit? 12
g) Was sind die Schranken-Schranken der Kunstfreiheit? .. 13
h) Wrap-Up: Prüfungsschema 15
2. Die Mephisto-Entscheidung 16
a) Sachverhalt 16
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 17
c) Relevanz der Mephisto-Entscheidung 20
3. Die Esra-Entscheidung 22
a) Sachverhalt 22
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 23
c) Relevanz der Esra-Entscheidung 25
4. Die Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG 26
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit? 26
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit? 27
c) Welche objektiv-rechtliche Dimension hat die Wissenschaftsfreiheit? 29
d) Was sind die Schranken der Wissenschaftsfreiheit? 31
e) Was sind die Schranken-Schranken der Wissenschaftsfreiheit? 33
f) Wrap-Up: Prüfungsschema 34
II. Vertiefung und Kontextualisierung 35
1. Was ist die gesellschaftliche Bedeutung der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit? 35
2. Wie war die Situation von Kunst und Wissenschaft vor dem GG? ... 37
3. Welche Rolle spielt die Kunstfreiheit bei der sog. Böhmermann-Affäre? 39
4. Wie sind Zivilklauseln verfassungsrechtlich zu bewerten? 44
III. Europarechtliche Dogmatik 45
1. Werden die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit auch durch die EMRK geschützt? 45
2. Wie sind Eingriffe in die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit der EMRK zu rechtfertigen? 46
3. Was ist der Schutzbereich des Art. 13 EU-GRCh? 47
4. Wie sind Eingriffe in Art. 13 EU-GRCh zu rechtfertigen? 50
5. Worum ging es in der Hertel-Entscheidung? 51

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die verschiedenen Kunstbegriffe (§ 11 Rn. 5)
- die Definition von „Wissenschaft“ (§ 11 Rn. 27)
- wo die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit auf europarechtlicher Ebene normiert ist (§ 11 Rn. 45 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- den künstlerischen Werk- und Wirkbereich (§ 11 Rn. 7)
- was unter der sog. kunstfreundlichen Auslegung zu verstehen ist (§ 11 Rn. 14)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (§ 11 Rn. 15; 34)
- die Darstellung der objektiv-rechtlichen Dimension der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (§ 11 Rn. 11; 29 f.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- welche Schranken bei der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit zu berücksichtigen sind (§ 11 Rn. 12; 31 f.)
- ob unfriedliche Kunst vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst wird (§ 11 Rn. 8 ff.)
- welche Konfliktlagen sich typischerweise im Zusammenhang mit der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit ergeben (§ 11 Rn. 13; 33)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- die wesentlichen Argumentationslinien der Mephisto- und der Esra-Entscheidung des BVerfG (§ 11 Rn. 16 ff.; 23 f.)
- die gesellschaftliche Bedeutung der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (§ 11 Rn. 35 f.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- ob Satire eine Kunstform sein kann (§ 11 Rn. 39 ff.)
- zum weiten Schutzbereichsverständnis der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (§ 11 Rn. 2; 27 f.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Die Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG

a) Was ist Kunst?

2 Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG gewährleistet die Kunstfreiheit. Die Abgrenzung von Kunst und „Nicht-Kunst" ist indessen schwierig. So wurden beispielsweise gleich zwei Mal Kunstwerke des Künstlers und ehemaligen Direktors der Kunstakademie Düsseldorf *Joseph Beuys* „gereinigt" bzw. „entsorgt" und so versehentlich zerstört. Ein daraufhin entstandenes Bonmot (und Titel eines Bühnenprogramms des Humoristen *Mike Krüger*) fragt: „Ist das Kunst oder kann das weg?" Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich bereits daraus, dass es kunsttheoretisch keine abschließende Definition von „Kunst" gibt.[1] Vielmehr lebt das gesellschaftliche Kunstverständnis gerade von den konkreten Gestaltungen der Künstler:innen. Genau diese freie künstlerische Gestaltung muss daher von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG geschützt werden. Das BVerfG legt mit Rücksicht auf diese Besonderheiten des Kunstbetriebs der Kunstfreiheit einen weiten Kunstbegriff zu Grunde:

Die Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG

„Ist das Kunst oder kann das weg?"

> ▶ Der Lebensbereich „Kunst" ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Wie weit danach die Kunstfreiheitsgarantie der Verfassung reicht und was sie im einzelnen bedeutet, läßt sich nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben. Den bisherigen Versuchen der Kunsttheorie (einschließlich der Reflexionen ausübender Künstler über ihr Tun), sich über ihren Gegenstand klar zu werden, läßt sich keine zureichende Bestimmung entnehmen, so daß sich nicht an einen gefestigten Begriff der Kunst im außerrechtlichen Bereich anknüpfen läßt. Daß in der Kunsttheorie jeglicher Konsens über objektive Maßstäbe fehlt, hängt allerdings auch mit einem besonderen Merkmal des Kunstlebens zusammen: die „Avantgarde" zielt gerade darauf ab, die Grenzen der Kunst zu erweitern. Dies und ein weitverbreitetes Mißtrauen von Künstlern und Kunsttheoretikern gegen starre Formen und strenge Konventionen sind Eigenheiten des Lebensbereichs Kunst, welche zu respektieren sind und bereits darauf hindeuten, daß nur ein **weiter Kunstbegriff** zu angemessenen Lösungen führen kann. **Die Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, entbindet indessen nicht von der verfassungsrechtlichen Pflicht, die Freiheit des Lebensbereichs Kunst zu schützen**, also bei der konkreten Rechtsanwendung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vorliegen.
>
> **BVerfGE 67, 213, 224 f. (Anachronistischer Zug [1984])** ◀

1 Vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 421; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 139.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Was ist der persönliche Schutzbereich der Kunstfreiheit?

Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG trifft keine unmittelbare Aussage zum persönlichen Schutzbereich, weshalb es sich um ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) handelt. 3

Geschützt sind nicht nur Künstler:innen, sondern auch diejenigen, die sich als „unentbehrliche Mittler zwischen Künstler und Publikum" betätigen – also auch Verleger:innen oder Galerist:innen.[2] Da es keine klar umrissenen Anforderungen an einen oder eine Künstler:in gibt, gilt: „Jeder kann Künstler sein."[3] Das Publikum selbst wird von der Kunstfreiheit indessen nicht geschützt;[4] hier können allenfalls die Meinungs- und Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG (§ 12 Rn. 2) oder die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (§ 21 Rn. 2 f.) einschlägig sein.

Juristische Personen (bspw. Museen, Theater) können sich unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) ebenfalls auf die Kunstfreiheit berufen. Dies gilt ausnahmsweise auch dann, wenn sie vom Staat beherrscht werden; man spricht insofern von einer grundrechtstypischen Gefährdungslage (§ 3 Rn. 22).[5] 4

c) Was ist der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit?

Trotz der prinzipiellen Undefinierbarkeit von Kunst muss der verfassungsrechtliche Schutzgehalt des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG bestimmt werden.[6] Dazu hat das BVerfG in seiner Rechtsprechung verschiedene Begriffe entwickelt, die gleichrangig nebeneinander stehen.[7] In der Klausur empfiehlt es sich, die einschlägige Definition zu rekapitulieren und den Sachverhalt unter diese zu subsumieren; es genügt, wenn es sich beim streitbefangenen Gegenstand oder Verhalten nach einer dieser Definitionen um Kunst handelt. Folgende drei Kunstbegriffe haben sich etabliert: 5



JuS 2013, 37
JA 2015, 519
JA 2017, 514
JA 2022, 307

(1) Nach dem **formalen Kunstbegriff** liegt das „Wesentliche eines Kunstwerkes darin, daß bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind".[8] Was Kunst ist, ergibt sich dieser Definition zufolge aus einzelnen, umrissenen Werkgattungen. Dazu zählen tradierte Formen wie Malerei, Bildhauerei, Komposition, Oper, Theater, Lyrik, inzwischen aber auch neuartige Formen wie Neue Musik, Graffiti, Ad-Busting, Memes, Flashmobs oder Tik-Tok-Darbietungen.

2 BVerfGE 30, 173, 191 (Mephisto [1971]); 36, 321, 331 (Schallplatten [1974]).
3 Siehe *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 143 f.
4 *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 438; a.A. *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl., Rn. 239, 241.
5 So *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 439.
6 So BVerfGE 67, 213, 225 (Anachronistischer Zug [1984]).
7 Vgl. *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 5, Rn. 98 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 141.
8 BVerfGE 67, 213, 225 (Anachronistischer Zug [1984]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(2) Insbesondere provokante Kunstformen, die etablierte Werkgattungen gerade herausfordern (wollen), werden sich klar umrissenen Werkgattungen allerdings in der Regel nicht zuordnen lassen. Diesem Defizit des formalen Kunstbegriffs hat das BVerfG in seinen Entscheidungen Mephisto (§ 11 Rn. 16 ff.) und Esra (§ 11 Rn. 22 ff.) durch die Entwicklung eines **materiellen Kunstbegriffs** beizukommen versucht, demzufolge Kunst eine „freie schöpferische Gestaltung" ist, „in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden".[9] Kunst sei der „unmittelbarste Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers".[10] Damit ist letztlich nahezu jede kreative Gestaltung erfasst: So können etwa auch Fotografien, die ein „unverfälschtes Abbild" der „Realität" darstellen, Kunst sein. Das spezifisch Künstlerische komme dabei in der bewussten Auswahl des Realitätsausschnitts und der Gestaltung mit fotografischen Mitteln zum Ausdruck.[11]

(3) Noch weiter greift der **offene Kunstbegriff**: Danach ist kennzeichnendes Merkmal künstlerischer Äußerungen, „daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt".[12]

6 Für die Einordnung als Kunst unerheblich sind Kriterien wie Anstößigkeit, Geschmacklosigkeit oder politische Korrektheit. Erfasst sind daher auch satirische[13], pornographische[14] oder politisch motivierte[15] Gestaltungsformen:

> ▶ Die Grundanforderungen künstlerischer Tätigkeit festzulegen, ist […] durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht verboten, sondern verfassungsrechtlich gefordert. Erlaubt und notwendig ist allerdings nur die Unterscheidung zwischen Kunst und Nichtkunst; eine **Niveaukontrolle**, also eine Differenzierung zwischen „höherer" und „niederer", „guter" und „schlechter" (und deshalb nicht oder weniger schutzwürdiger) Kunst, **liefe demgegenüber auf eine verfassungsrechtlich unstatthafte Inhaltskontrolle hinaus**.
>
> **BVerfGE 75, 369, 377 (Strauß-Karikatur [1987])** ◀

Sofern die Kunstfreiheit mit anderen Schutzgütern der Verfassung kollidiert, findet auf der Rechtfertigungsebene (§ 11 Rn. 13 f.) eine Abwägung statt.

9 BVerfGE 30, 173, 188 f. (Mephisto [1971]).
10 BVerfGE 30, 173, 189 (Mephisto [1971]).
11 BVerfG NJW 2018, 1744.
12 Vgl. BVerfGE 67, 213, 226 f. (Anachronistischer Zug [1984]).
13 Vgl. die Ausführungen zur *Böhmermann*-Affäre (§ 11 Rn. 39 ff.).
14 BVerfGE 83, 130, 138 f. (Josefine Mutzenbacher [1990]).
15 BVerfGE 81, 278, 291 (Bundesflagge [1990]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG gewährleistet neben der Herstellung des Werkes (**Werkbereich**) auch die Verbreitung des Werkes (**Wirkbereich**);[16] nur so wird die Kunstfreiheit effektiv geschützt: 7

> ▶ Beide Bereiche bilden eine unlösbare Einheit. Nicht nur die künstlerische Betätigung (**Werkbereich**), sondern darüber hinaus auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks sind sachnotwendig für die Begegnung mit dem Werk als eines ebenfalls kunstspezifischen Vorganges; dieser „**Wirkbereich**", in dem der Öffentlichkeit Zugang zu dem Kunstwerk verschafft wird, ist der Boden, auf dem die Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG vor allem erwachsen ist. Allein schon der Rückblick auf das nationalsozialistische Regime und seine Kunstpolitik zeigt, daß die Gewährleistung der individuellen Rechte des Künstlers nicht ausreicht, die Freiheit der Kunst zu sichern. Ohne eine Erstreckung des personalen Geltungsbereichs der Kunstfreiheitsgarantie auf den Wirkbereich des Kunstwerks würde das Grundrecht weitgehend leerlaufen.
>
> **BVerfGE 30, 173, 189 (Mephisto [1971])** ◀

Der Wirkbereich schützt daher insbesondere den kommunikativen Aspekt der Kunst. Nicht umfasst sind hingegen Tätigkeiten „bei Gelegenheit" der Kunstausübung (bspw. Personalfragen[17]), Kunstkritik[18] oder die wirtschaftliche Verwertung eines Werks[19].

d) Was spricht für den Schutz unfriedlicher Kunst?

Die Kunstfreiheit ist tendenziell weit zu verstehen. Geht sie so weit, dass der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG auch die Freiheit gewährt, die Rechte anderer eigenmächtig zu verletzten? Diese Frage wird unter dem Begriff der **unfriedlichen Kunst** diskutiert. Das BVerfG vertrat in seiner Entscheidung zum „Sprayer von Zürich", dass sich der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit von vornherein nicht auf die Beeinträchtigung fremder (Eigentums-)Rechte zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung erstrecke.[20] 8


„AdBusting"

Hiergegen spricht allerdings, dass der Verfassungstext – anders als bei der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG, § 13 Rn. 9) – eine Schutzbereichsbegrenzung hinsichtlich unfriedlicher Kunst gerade nicht vorsieht. Gegen die Herausnahme der unfriedlichen Kunst aus dem Schutzbereich der Kunstfreiheit sprechen zudem grundrechtsdogmatische Gründe: Wäre der Schutzbereich nicht eröffnet, so würden solche Kunstformen einer Bewertung durch das BVerfG entzogen; das könnte ein Einfallstor für die Zensur gerade gegenüber systemkritischen Kunstaktionen eröffnen. Nur durch die Einbeziehung auch der unfriedlichen Kunst in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG ist daher 9

16 Siehe *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 429 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 145 m.w.N.
17 Siehe etwa BVerwG NJW 1982, 666.
18 BVerfG NJW 1993, 1462.
19 BVerfGE 31, 229, 238 ff. (Schulbuchprivileg [1971]).
20 Vgl. BVerfG NJW 1984, 1293.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Weg zu einer substanziellen, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Argumentation einschließlich Güterabwägung eröffnet.[21]

10 In einer Entscheidung zum **Sampling** greift das BVerfG diese grundrechtsdogmatischen Erwägungen auf und bewertet jedes künstlerische Wirken zunächst als vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG erfasst, „gleich wie und wo es stattfindet".[22] Damit umfasst der Schutzbereich der Kunstfreiheit auch solche künstlerischen Aktivitäten, die Rechte anderer verletzen. Ob die Kunstfreiheit dann wegen dieser Beeinträchtigung zurücktreten muss, ist erst auf Rechtfertigungsebene (§ 11 Rn. 13 f.) zu bewerten.

e) Welche objektiv-rechtliche Dimension hat der Schutz der Kunstfreiheit?

11 Zunächst kommt dem Staat in objektiv-rechtlicher Hinsicht eine Neutralitätspflicht zu. Alle Formen künstlerischer Gestaltung müssen grundsätzlich gleichermaßen anerkannt werden. Dadurch soll ein staatliches Kunstrichtertum wie zu NS-Zeiten („entartete Kunst") verhindert werden.[23] Darüber hinaus ist der Staat verpflichtet, Kunst zu pflegen und zu fördern (**Kulturstaatlichkeit**),[24] diese Verpflichtung unterliegt aber gewissen Grenzen: Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG gibt Privaten gegenüber dem Staat keinen Anspruch auf die Gewährleistung der Voraussetzungen für die Kunstausübung.[25] Ferner ist es mit der Kunstfreiheit vereinbar, wenn für Kunstaktionen im öffentlichen Verkehrsraum eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis verlangt wird.[26]

f) Was sind die Schranken der Kunstfreiheit?

12 Art. 5 Abs. 3 GG enthält keinen geschriebenen Gesetzesvorbehalt und die Kunstfreiheit ist somit vorbehaltlos gewährleistet. Ein Rückgriff auf die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG oder des Art. 2 Abs. 1 GG wäre systemwidrig und ist daher unzulässig (sog. Schrankenleihe, § 4 Rn. 17). Die Kunstfreiheit findet ihre Grenzen daher nur in verfassungsimmanenten Schranken (§ 4 Rn. 10), das heißt durch kollidierendes Verfassungsrecht (siehe Mephisto-Entscheidung, § 11 Rn. 17).[27]

g) Was sind die Schranken-Schranken der Kunstfreiheit?

13 Aufgrund des weiten Kunstverständnisses und der schrankenlosen Gewährleistung der Kunstfreiheit ist eine Interessenskollision mit anderen Rechten von Verfassungsrang gewissermaßen vorprogrammiert. Ein Ausgleich der sich gegenüberstehenden Positionen ist dabei im Wege der praktischen Konkordanz (§ 4 Rn. 15 f.) vorzunehmen. Keinem der kollidierenden verfassungsrechtlichen

Jura 2010, 461
JA 2013, 910
JuS 2015, 37
Jura 2015, 1113
Jura 2017, 333

21 Siehe *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 461 f.
22 So BVerfGE 142, 74, 104 (Sampling [2016]).
23 Vgl. BVerfGE 30, 173, 190 (Mephisto [1971]).
24 Vgl. BVerfGE 36, 321, 331 (Schallplatten [1974]).
25 BVerfG NJW 2005, 2843.
26 Vgl. BVerwG NJW 1990, 2011; allgemein zu Kunst im öffentlichen Raum *Kilian*, DÖV 2020, 1.
27 Vgl. BVerfGE 30, 173, 191 ff. (Mephisto [1971]); 83, 130, 139 (Josefine Mutzenbacher [1990]); ferner *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 147.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Interessen wird dabei von vornherein Vorrang eingeräumt.[28] Klassische Ausgleichsfragen ergeben sich dabei zwischen der Kunstfreiheit und

- dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 6 f.);[29]
- dem Schutz der Jugend;[30]
- der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG, § 15 Rn. 3 ff.)[31] und
- sonstiger Verfassungsgüter (bspw. Staatssymbole[32], Staatszielbestimmungen[33]).

14 Zu beachten ist im Abwägungsprozess eine werkgerechte Interpretation der künstlerischen Äußerung:[34] Besonderheiten der jeweiligen Kunstgattung sind daher angemessen zu berücksichtigen. So sind beispielsweise Karikaturen oftmals bewusst überspitzt und provozierend gestaltet.[35] Bestehen mehrere Interpretationsmöglichkeiten des Werks, ist bei der Bewertung von derjenigen auszugehen, die in geringstem Maße andere (Verfassungs-)Rechtspositionen betrifft (sog. **kunstfreundliche Auslegung**). Jedenfalls dürfen kollidierende Verfassungsrechtsgüter nicht zur Immunisierung des Staates gegen Kritik eingesetzt werden.[36]



Jurafuchs

h) Wrap-Up: Prüfungsschema

15

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

insbesondere Künstler:innen

aber auch Mittler:innen zwischen Künstler:innen und Publikum

Sachlich: Kunst

verschiedene Kunstbegriffe nebeneinander

Schutz von Werk- und Wirkbereich

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Ausstellungsverbot

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Begrenzung der Öffnungszeiten eines Kunstmuseums

28 So BVerfGE 83, 130, 139 (Josefine Mutzenbacher [1990]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 454.
29 BVerfGE 75, 369 (Strauß-Karikatur [1987]); BVerfG NJW 2019, 1277; vgl. auch die Mephisto (§ 11 Rn. 16 ff.) und Esra-Entscheidungen (§ 11 Rn. 22 ff.) an.
30 BVerfGE 83, 130, 146 f. (Josefine Mutzenbacher [1990]); BVerwG NJW 2020, 785.
31 BVerfGE 142, 74, 95 ff. (Sampling [2016]); jüngst BVerfG NJW 2021, 1939.
32 Dazu BVerfG NJW 2001, 596.
33 BVerwG NJW 1995, 2648.
34 Siehe BVerfGE 81, 278, 294 f. (Bundesflagge [1990]); ferner *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 151.
35 BVerfGE 75, 369, 377 (Strauß-Karikatur [1987]); ausführlich *Neubert*, Jura 2017, 882.
36 So BVerfG 81, 278, 294 (Bundesflagge [1990]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

verfassungsimmanente Schranken

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz

Weiterführende Hinweise

Kobor, Grundfälle zu Art. 5 III GG, JuS 2006, 593
Enders, Zum Begriff und zu den Schranken der Kunstfreiheit, JZ 2008, 581
Lenski, Die Kunstfreiheit des Grundgesetzes, Jura 2016, 35
Neubert, Zwischen Mohammed-Karikaturen, »Körperwelten« und »Flüchtlinge Fressen«: Zur öffentlichen Zurschaustellung provokanter Werke, Jura 2017, 882
Marsch, Kunst unter Druck – Zu Zweck und Reichweite des grundrechtlichen Schutzes von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, JZ 2021, 1129
Hufen, Die Kunstfreiheit (Art. 5 III Var. 1 GG), JuS 2022, 897

2. Die Mephisto-Entscheidung

a) Sachverhalt

16 Das Buch „Mephisto – Roman einer Karriere" wurde erstmals 1936 im Amsterdamer Exil von *Klaus Mann* veröffentlicht. Der Roman befasst sich als einer der ersten mit den Zuständen im nationalsozialistischen Deutschland. Hauptfigur ist der Schauspieler *Hendrik Höfgen*, der seine politischen Ideale verrät, um in der nationalsozialistischen Diktatur Karriere zu machen. *Höfgen* wird dabei als ehrgeiziger, talentierter Opportunist mit perversen sexuellen Neigungen charakterisiert. Die Hauptfigur ist an den bekannten Schauspieler, Regisseur und Intendant *Gustaf Gründgens* angelehnt, was durch zahlreiche Einzelheiten (bspw. äußeres Erscheinungsbild, Lebenslauf, Personen aus der Umgebung) deutlich wird; seine Paraderolle war die des *Mephisto* in *Johann Wolfgang von Goethes* Faust. Der erste Versuch des Adoptivsohns und Alleinerben von *Gründgens*, die erneute Veröffentlichung des Romans zu verhindern, scheiterte und der Roman erschien erstmals 1956 mit Vermerk „*Alle Personen dieses Buches stellen Typen dar, nicht Porträts. K.M.*". Im Berufungsverfahren vor dem OLG Hamburg erwirkte der Erbe schließlich ein Veröffentlichungsverbot des Buchs. Durch den Roman entstehe ein verfälschtes, grob ehrverletzendes Bild von *Gründgens*, so dass der Roman kein Kunstwerk, sondern vielmehr eine Privatrache *Manns* an *Gründgens* sei. Das OLG Hamburg wertete das Buch als „Schmähschrift in Romanform" und gab der Unterlassungsverfügung statt. Es führte aus, die Allgemeinheit sei nicht daran interessiert, ein falsches Bild über die Theaterverhältnisse nach 1933 aus der Sicht eines Emigranten (sic!) zu erhalten.[37] Das Urteil wurde vom BGH bestätigt. Hiergegen richtete sich die Verfassungsbeschwerde des Verlags.

Die Mephisto und die Esra-Entscheidungen

Jurafuchs

37 BVerfGE 30, 173, 179 (Mephisto [1971]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Die Entscheidung des Ersten Senats erging mit 4:4 Stimmen („Patt"), weshalb im Ergebnis keine Verletzung der Kunstfreiheit festgestellt wurde. Das BVerfG trifft allerdings grundlegende Aussagen zur Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG. Das Gericht bestimmt zunächst den Schutzbereich der Kunstfreiheit: Aufgrund einer der Kunst inhärenten kommunikativen Wirkung erstrecke sich der Schutz auch auf jene, die Kunst vermittelten. Daneben entwickelt es den materiellen Kunstbegriff (§ 11 Rn. 5). Außerdem verhält es sich zur Annahme des OLG Hamburg und des BGH, hinsichtlich der Schranken der Kunstfreiheit seien die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG (§ 21 Rn. 12 ff.) und die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG analog (§ 12 Rn. 36) heranzuziehen. Das BVerfG erklärt eine solche Schrankenleihe für unzulässig und stellt klar, dass die Kunstfreiheit nur verfassungsimmanenten Schranken unterliegt: 17

> ▶ 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.
>
> **BVerfGE 30, 173, 193 (Mephisto [1971])** ◀

Die kollidierenden Interessen seien sodann im Wege der praktischen Konkordanz in angemessenen Ausgleich zu bringen. Das BVerfG verlangt hierbei eine **kunstspezifische Betrachtungsweise:** Maßstab für die Interpretation eines Kunstwerks dürfe nicht allein dessen Wirkung im außerkünstlerischen Sozialbereich sein.[38] Im konkreten Fall stehen sich die Kunstfreiheit der Verlegerin und der postmortale Persönlichkeitsschutz (Art. 1 Abs. 1 GG, § 7 Rn. 4) *Gründgens* gegenüber. Entscheidend sei dabei das Verhältnis von „Abbild" zum „Urbild": Handelt es sich noch um eine subjektive („individuell-intime") Darstellung oder schon um eine objektivierte („zeichenhafte") Person?[39] Das BVerfG nimmt im konkreten Fall keine eigene Bewertung vor und stellt fest, dass die Urteile des 18

38 So BVerfGE 30, 173, 198 (Mephisto [1971]).
39 Dazu BVerfGE 30, 173, 195 ff. (Mephisto [1971]). Diese Abwägungslinie wird in der Esra-Entscheidung (§ 11 Rn. 22 ff.) weiter konkretisiert.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

OLG Hamburg und des BGH jedenfalls nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen und daher nicht willkürlich seien (vgl. Prüfungsmaßstab des BVerfG im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden, § 27 Rn. 15).

19 Abschließend stellt das BVerfG fest, dass die Kunstfreiheit der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG, § 12 Rn. 9) als *lex specialis* vorgehe (siehe Grundrechtskonkurrenzen, § 5 Rn. 1 ff.).[40]

c) Relevanz der Mephisto-Entscheidung

20 Der Mephisto-Entscheidung liegt der wohl bekannteste Literatur-Prozess der deutschen Nachkriegsgeschichte zu Grunde. Das BVerfG trifft in seinem Beschluss dabei eine Reihe von, die Dogmatik der Kunstfreiheit, prägenden Aussagen: So wird in dieser Entscheidung erstmals ein materieller Kunstbegriff formuliert. Darüber hinaus wird der Schrankenvorbehalt der Kunstfreiheit ausführlich erörtert. Auch die Ausführungen zum Abwägungsprozess zwischen Kunstfreiheit und postmortalem Persönlichkeitsschutz liefern verallgemeinerbare Argumentationstopoi.

21 Unabhängig vom konkreten Sachverhalt wurde der Fall außerdem wegen abweichender Meinung zweier Verfassungsrichter (Richter Dr. *Erwin Stein* und Richterin *Wiltraut Rupp-v. Brünneck*) bekannt, die die damals neu geschaffene Möglichkeit nutzten, ein Sondervotum abzugeben.[41]

3. Die Esra-Entscheidung

a) Sachverhalt

22 In einem weiteren Literatur-Prozess hatte das BVerfG sich mit einem Streit um ein Veröffentlichungs- und Verbreitungsverbot für den Roman „Esra" von *Maxim Biller* zu befassen. Im Roman wird die Liebesbeziehung des Schriftstellers *Adam* (in dem *Maxim Biller* erkennbar wird) zu *Esra* geschildert. Eine junge Frau, die sich in *Esra* wiedererkannte, ging wegen der zahlreichen detaillierten Darstellungen sexueller Handlungen gegen die Veröffentlichung vor. Der BGH bestätigte das Veröffentlichungsverbot der Vorinstanzen. Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde.

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

23 Das BVerfG entschied mit 5:3 Stimmen, das Veröffentlichungs- und Verbreitungsverbot für den Roman Esra sei verfassungsmäßig. Dabei knüpft das BVerfG an seine Argumentation im Mephisto-Beschluss (§ 11 Rn. 18) an und konkretisiert diese. Aufgrund der kunstspezifischen Betrachtungsweise gelte für literarische Texte die Vermutung der Fiktionalität.[42] Anders formuliert: Ähnelt eine literarische Figur einer realen Person, liegt eine Persönlichkeitsverletzung

40 BVerfGE 30, 173, 200 (Mephisto [1971]); ausführlich *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 412 f.
41 Zu den Sondervoten siehe BVerfGE 30, 173, 200 ff. (Mephisto [1971]).
42 Dazu *Lenski*, NVwZ 2008, 281; *Wanckel*, NJW 2006, 578; *Wittreck*, Jura 2009, 128.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der realen Person nicht bereits in der Erkennbarkeit als Vorbild für die fiktive Figur. Dennoch gibt es keine Vermutung „*in dubio pro arte*". Vielmehr konkretisiert das BVerfG das in der Mephisto-Entscheidung beschriebene Verhältnis zwischen „Abbild" und „Urbild" weiter:

> ▶ Die Gewährleistung der Kunstfreiheit verlangt, den Leser eines literarischen Werks für mündig zu halten, dieses von einer Meinungsäußerung zu unterscheiden und zwischen der Schilderung tatsächlicher Gegebenheiten und einer fiktiven Erzählung zu differenzieren. **Ein literarisches Werk, das sich als Roman ausweist, ist daher zunächst einmal als Fiktion anzusehen, das keinen Faktizitätsanspruch erhebt.** Ohne eine Vermutung für die Fiktionalität eines literarischen Textes würde man die Eigenarten eines Romans als Kunstwerk und damit die Anforderungen der Kunstfreiheit verkennen. Diese Vermutung gilt im Ausgangspunkt auch dann, wenn hinter den Romanfiguren reale Personen als Urbilder erkennbar sind. Da die Kunstfreiheit eine derartige Verwendung von Vorbildern in der Lebenswirklichkeit einschließt, kann es auch kein parallel zum Recht am eigenen Bild verstandenes Recht am eigenen Lebensbild geben, wenn dies als Recht verstanden würde, nicht zum Vorbild einer Romanfigur zu werden. [...]
>
> Zwischen dem Maß, in dem der Autor eine von der Wirklichkeit abgelöste ästhetische Realität schafft und der Intensität der Verletzung des Persönlichkeitsrechts besteht eine Wechselbeziehung. **Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts.** Je mehr die künstlerische Darstellung die besonders geschützten Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die Fiktionalisierung sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen.
>
> **BVerfGE 119, 1, 28 ff. (Roman Esra [2007])** ◀

24

Daraus folgt: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG kann der Kunstfreiheit eine (verfassungsimmanente) Schranke setzen. Aufgrund der kunstspezifischen Betrachtungsweise gilt allerdings zunächst eine Vermutung der Fiktionalität. Grenzen der Kunstfreiheit sind dort erreicht, wo die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts überwiegt. So liege es im Fall *Esra*, führt das BVerfG aus: Aufgrund der deutlichen Erkennbarkeit des realen Urbildes in der Figur *Esra* und der einhergehenden Schilderung intimster persönlicher Details einer Frau, mit der der Autor ersichtlich ein Verhältnis hatte, liege eine schwere Beeinträchtigung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung vor.[43] Einen solchen Eingriff in die Intimsphäre und damit in einen Bereich des Persönlichkeitsrechts, der zu dessen Menschenwürdekern gehöre, sei nicht zu rechtfertigen (siehe auch Rechtfertigungsanforderungen beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, § 19 Rn. 10 ff.).



ZJS 2009, 160 ◆

43 So BVerfGE 119, 1, 33 ff. (Roman Esra [2007]); siehe auch *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 151.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Relevanz der Esra-Entscheidung

25 Mit seiner Esra-Entscheidung setzt das BVerfG Leitlinien im Abwägungsprozess zwischen der Kunstfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. In der Literaturszene, teilweise auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wurde die Entscheidung als ungebührliche Einschränkung der Kunstfreiheit zum Teil heftig kritisiert. Andere Stimmen bewerteten die Esra-Entscheidung als „Sieg für die Kunstfreiheit". Die Vermutung der Fiktionalität zugunsten der Kunstfreiheit erschwert es jedenfalls erheblich, künstlerische Äußerungen und Darbietungen mit Verweis auf den Persönlichkeitsschutz zu unterbinden.

4. Die Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit?

26 Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG schützt jede Person, die wissenschaftlich tätig ist oder tätig werden will.[44] Geschützt sind natürliche Personen, wie insbesondere Forschende, Hochschullehrer:innen oder wissenschaftliche Mitarbeiter:innen, aber auch Personen außerhalb universitärer Einrichtungen werden erfasst (bspw. Privatlehrer:innen),[45] ferner Studierende, sofern sie wissenschaftlich tätig werden (etwa bei der Anfertigung einer Bachelor- oder Masterarbeit).[46] Juristische Personen können sich nach Art. 19 Abs. 3 GG auf die Wissenschaftsfreiheit berufen, sofern sie Einrichtungen zur wissenschaftlichen Tätigkeit bieten: Neben privatrechtlich organisierten Institutionen (bspw. Labore, Pharmaunternehmen) sind aufgrund einer grundrechtstypischen Gefährdungslage auch öffentliche Einrichtungen (bspw. Universitäten) umfasst.[47]

Die Wissenschaftsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit?

27 Die Freiheit der Wissenschaft gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG umfasst insbesondere Forschung und Lehre. Es handelt sich um ein einheitliches Grundrecht.[48] Wie bei der Kunstfreiheit fällt aufgrund der Komplexität und der Offenheit des Schutzgegenstandes die Definition schwer. Das BVerfG versteht unter **Wissenschaft** eine Tätigkeit, die „nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist".[49] „Ernsthaft" bedeutet, dass die Wissenschaft auf bestehende Erkenntnisse aufbaut; „planmäßig" verlangt ein Mindestmaß an Methode bei der wissenschaftlichen Arbeit.[50] Das BVerfG legt diese Definitionsmerkmale weit aus:

Jura 2015, 748
Jura 2022, 866

> ▶ 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

44 Siehe BVerfGE 15, 256, 263 f. (Universitäre Selbstverwaltung [1963]).
45 BVerfGE 35, 79, 113 f. (Hochschul-Urteil [1972]); ferner *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 160.
46 Dazu BVerfGE 55, 37, 67 f. (Bremer Modell [1980]).
47 Vgl. BVerfGE 15, 256, 262 (Universitäre Selbstverwaltung [1963]).
48 So *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 156.
49 BVerfGE 35, 79, 113 (Hochschul-Urteil [1973]).
50 Vgl. *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 5, Rn. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 zugrunde 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. […]

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.**

BVerfGE 90, 1, 12 f. (Jugendgefährdende Schriften III [1994]) ◀

Wissenschaftliche **Forschung** meint jede „geistige Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen".[51] Umfasst ist dabei auch ständiges kritisches Hinterfragen bereits gewonnener Erkenntnisse.[52] Die Forschungsfreiheit schützt ferner die freie Wahl des Forschungsgegenstandes.[53] Dies schließt indessen Auftrags- oder Zweckforschung nicht von vornherein aus.[54] Die Freiheit der **Lehre** gewährleistet die „wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse".[55] Dies umfasst etwa die inhaltliche und methodische Ausrichtung einer akademischen Lehrveranstaltung. Der Unterricht an Schulen unterfällt hingegen dem Schutz des Schulwesens (Art. 7 GG) und ist von der Wissenschaftsfreiheit nicht umfasst. **28**



Lucke-Vorlesung an der Universität Hamburg

c) Welche objektiv-rechtliche Dimension hat die Wissenschaftsfreiheit?

Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 2 GG gewährleistet nicht nur ein subjektives Abwehrrecht einzelner Wissenschaftler:innen, sondern verbürgt auch eine objektiv-rechtliche Norm:[56] Demnach enthält die Wissenschaftsfreiheit eine institutionelle Garantie (§ 4 Rn. 42) der wissenschaftlichen Hochschulen und deren akademischer Selbstverwaltung (sog. **Hochschulautonomie**). Dies bedeutet indes keine Bestandsgarantie einzelner Hochschulen; lediglich das Institut „Hochschule" darf **29**

51 BVerfGE 35, 79, 113 (Hochschul-Urteil [1973]).
52 Vgl. BVerfGE 47, 327, 367 (Hessisches Universitätsgesetz [1978]).
53 BVerfGE 128, 1, 40 ff. (Gentechnikgesetz [2010]).
54 Vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 477.
55 BVerfGE 35, 79, 113 (Hochschul-Urteil [1973]).
56 BVerfGE 88, 129, 136 f. (Promotionsberechtigung [1993]).; ferner *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht abgeschafft werden.[57] Dem Staat kommt ferner eine Förderungs- und Ausgestaltungspflicht hinsichtlich der Wissenschaft zu.[58] Hierbei hat der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten, wenngleich nicht grenzenlosen Gestaltungsspielraum:

> ▶ Wissenschaft ist ein grundsätzlich von Fremdbestimmung freier Bereich autonomer Verantwortung. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verpflichtet den Staat zu Schutz und Förderung wissenschaftlicher Betätigung und garantiert den in der Wissenschaft Tätigen zugleich die Teilhabe am Wissenschaftsbetrieb; diese Mitwirkung ist kein Selbstzweck, sondern dient dem Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen, denn im Kern wissenschaftliche Entscheidungen sind der Wissenschaft selbst überlassen. **Der Staat muss danach für funktionsfähige Institutionen eines freien universitären Wissenschaftsbetriebs sorgen und durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellen**, dass das individuelle Grundrecht der freien wissenschaftlichen Betätigung so weit unangetastet bleibt, wie das unter Berücksichtigung der anderen legitimen Aufgaben der Wissenschaftseinrichtungen und der Grundrechte der verschiedenen Beteiligten möglich ist. Zur Organisation der Wissenschaftsfreiheit bedarf es daher eines Gesamtgefüges, in dem Entscheidungsbefugnisse und Mitwirkungsrechte, Einflussnahme, Information und Kontrolle durch die wissenschaftlich Tätigen so beschaffen sind, dass Gefahren für die Freiheit von Lehre und Forschung vermieden werden. Bei wissenschaftsorganisatorischen Entscheidungen verfügt der Gesetzgeber allerdings über **einen weiten Gestaltungsspielraum**, um den Wissenschaftsbetrieb mit Blick auf die unterschiedlichen Aufgaben von wissenschaftlichen Einrichtungen und auf die Interessen aller daran Beteiligten in Wahrnehmung seiner gesamtgesellschaftlichen Verantwortung zu regeln; Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten ihn dabei, alle für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Regelungen selbst zu treffen. **Je mehr, je grundlegender und je substantieller wissenschaftsrelevante personelle und sachliche Entscheidungsbefugnisse in diesem Gefüge einem Leitungsorgan zugewiesen werden, desto stärker müssen zudem die Mitwirkungsrechte des Selbstverwaltungsorgans ausgestaltet sein**, in dem auch die innerhalb der Wissenschaft bestehenden Unterschiede sachverständig eingebracht werden können.
>
> **BVerfGE 139, 148, Rn. 68 (Hochschulfusion [2015])** ◀

30 Der Staat ist damit verpflichtet, durch die gesetzliche Ausgestaltung des Wissenschaftsbetriebes die Freiheit der wissenschaftlichen Betätigung überhaupt erst zu ermöglichen und darüber hinaus zu sichern.[59] Das BVerfG hat sich im Zusammenhang mit der Wissenschaftsfreiheit daher vor allem mit prozeduralen Fragen beschäftigt, etwa mit der Zusammensetzung von Hochschulgremien.[60]

57 Vgl. BVerfGE 67, 202, 207 f. (Lehrangebot [1984]); 139, 148, Rn. 43 (Hochschulfusion [2015]); siehe *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 171.

58 Siehe BVerfGE 36, 321, 331 (Schallplatten [1974]); dazu *Kaufhold*, NJW 2010, 3276.

59 Vgl. BVerfGE 35, 79, 115 (Hochschul-Urteil [1973]); 111, 333, 362 (Brandenburgisches Hochschulgesetz [2004]).

60 Dazu *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 522; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 162 f. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Gericht gesteht dabei Hochschullehrer:innen bei hochschulautonomen Entscheidungen ein stärkeres Stimmgewicht als anderen Gruppen zu, da diese im Regelfall am stärksten (in ihrer Wissenschaftsfreiheit) betroffen seien (siehe Organisations- und Verfahrenswirkung der Grundrechte, § 1 Rn. 38 ff.).[61]

d) Was sind die Schranken der Wissenschaftsfreiheit?

Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG normiert ausschließlich für die Freiheit der Lehre eine Schranke (sog. **Treueklausel**): Die Lehrfreiheit darf nicht zur Bekämpfung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung missbraucht werden. Gegen die Treueklausel wird indessen nicht bereits dann verstoßen, wenn wissenschaftliche Kritik an der Verfassung geübt wird.[62] 31

Ansonsten gilt für die Wissenschaftsfreiheit kein geschriebener Gesetzesvorbehalt. Eine Schrankenleihe ist – wie schon bei der Kunstfreiheit – abzulehnen, so dass Eingriffe nur durch einen Rückgriff auf kollidierendes Verfassungsrecht (§ 4 Rn. 10) gerechtfertigt werden können. 32

e) Was sind die Schranken-Schranken der Wissenschaftsfreiheit?

Im Rahmen der Schranken-Schranken ist wiederum ein Ausgleich der sich gegenüberstehenden Positionen im Wege der praktischen Konkordanz (§ 4 Rn. 15 f.) vorzunehmen: So können Zulassungsbeschränkungen für einen bestimmten Studiengang etwa mit dem Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte der Bewerber:innnen kollidieren.[63] Tierversuche zu Forschungszwecken können gegen den Tierschutz verstoßen.[64] Zudem dürfen sich Forschende nicht eigenmächtig über die Rechte Dritter, etwa deren Gesundheit oder (auch: geistiges) Eigentum, hinwegsetzen.[65] Ferner unterliegt die Wissenschaftsfreiheit von Hochschullehrer:innen der Theologie Grenzen der jeweiligen Konfessionsbestimmungen.[66] 33

f) Wrap-Up: Prüfungsschema

I. Schutzbereich 34

Persönlich: Menschenrecht

jede Person, die wissenschaftlich tätig ist oder tätig werden will

private und öffentliche wissenschaftliche Institutionen

Sachlich: Wissenschaft



Jurafuchs

61 Siehe BVerfGE 35, 79, 131 f. (Hochschul-Urteil [1973]); 127, 87, 124 ff. (Hamburgisches Hochschulgesetz [2010]).

62 So *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 550; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 179.

63 BVerfGE 141, 143, 169 (Akkreditierung von Studiengängen [2016]); dazu *Quapp*, DÖV 2017, 271.

64 BVerwG NVwZ 1998, 853; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 176 f.

65 Vgl. BVerfGE 128, 1, 41 (Gentechnikgesetz [2010]).

66 Dazu BVerfGE 122, 89 (Wissenschaftsfreiheit in der Theologie [2008]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tätigkeit, die nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Lehrverbot

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Transparenz- und Offenlegungspflichten

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

verfassungsimmanente Schranken

Freiheit der Lehre: Treueklausel

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz

Weiterführende Hinweise

Kobor, Grundfälle zu Art. 5 III GG, JuS 2006, 695
Krüper, Der Künstler als Lehrer, KUR 2008, 1
Gärditz, Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, WissR 51 (2018), 5
Lindner, Das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, Jura 2018, 240

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Was ist die gesellschaftliche Bedeutung der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit?

35 Der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit kommt eine erhebliche kommunikative Bedeutung zu: So kann durch eine Kunstaktion eine individuelle Meinung transportiert werden; und wissenschaftliche Forschung kann neue gesellschaftliche Entwicklungen auslösen. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG verbürgt also gleichsam **spezielle Kommunikationsgrundrechte**. Kunst- und die Wissenschaftsfreiheit sind daher für die individuelle Persönlichkeitsentfaltung von großem Wert.

36 Gleiches gilt mit Blick auf die Gesellschaft: Künstlerische Aktionen und wissenschaftliche Forschung bieten ein großes Potential zur Machtkritik, sie können den *status quo* hinterfragen oder gar in Frage stellen – man denke etwa an den Einfluss der Klimaforscher:innen auf die weltweite Klimapolitik oder an den Einfluss von Virolog:innen auf die Corona-Politik. Es verwundert daher nicht, dass die Kunst- und die Wissenschaftsfreiheit – ähnlich wie die Meinungsfreiheit – in autoritären Systemen unterdrückt werden. Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit sind etwa die Gruppe *Pussy Riot* in Russland, die Schriftstellerin *Aslı Erdoğan* in der Türkei oder der Künstler *Ai Weiwei* in China. Beide Freiheitsgewährleistungen sind von großer Bedeutung, um ein System selbstständigen Denkens und letztlich eine mündige, kritische Gesellschaft zu ermöglichen,

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu sichern und zu fördern. Deshalb verbürgt Art. 5 Abs. 3 GG diese Grundrechte vorbehaltlos.

2. Wie war die Situation von Kunst und Wissenschaft vor dem GG?

37 Wie stark die Kunst und die Wissenschaft unterdrückt und in den Dienst eines bestimmten Systems gestellt werden können, zeigen gerade Erfahrungen aus der deutschen Vergangenheit. So wurden während der NS-Terrorherrschaft zahlreiche Künstler:innen und Wissenschaftler:innen massiv drangsaliert, verfolgt, verhaftet, in staatlichen Medien oder durch Propaganda herabgewürdigt und in die Emigration getrieben. Sinnbildlich für die Unterdrückung waren die Bücherverbrennungen im Jahr 1933. Dabei wurden belletristische, wissenschaftliche und religiöse Werke unter Mitarbeit und Anführung zahlreicher Studierender und Hochschulangehöriger zerstört. Ferner wurde die Hochschullandschaft durch systemtreue Professor:innen unter Kontrolle gebracht, zahlreiche Wissenschaftler:innen wurden kurzerhand aus dem Staatsdienst entfernt. Wissenschaftliche Forschung wurde ideologisch gesteuert und genutzt.

38 Auch in der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) wurden Kunst und Wissenschaft systematisch unterdrückt. Zwar gewährleistete die Verfassung der DDR formal die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, dies galt faktisch jedoch nur für (linientreue) „sozialistische Kunst und Wissenschaft". Politisch missliebigen Bürger:innen wurde eine wissenschaftliche Ausbildung oder Tätigkeit verwehrt, Künstler:innen wurden behindert und verfolgt.

3. Welche Rolle spielt die Kunstfreiheit bei der sog. Böhmermann-Affäre?

39 Der Fernsehmoderator *Jan Böhmermann* trug in einer Fernsehsendung am 31.3.2016 ein Gedicht über den türkischen Präsidenten *Recep Tayyip Erdoğan* vor. Anlass für dieses Gedicht war das politische und juristische Vorgehen *Erdoğans* gegen ein satirisches Lied der Sendung *extra3*, und allgemeiner der Umgang mit der Pressefreiheit und mit deutschen Medienvertreter:innen in der Türkei. Den Vortrag des Gedichtes unterbrach *Böhmermann* mehrfach, um sich mit seinem Sidekick (*Ralf Kabelka*) über die Grenzen von Satire in Deutschland und insbesondere über unzulässige Schmähkritik zu unterhalten. Neben der Anstrengung eines Strafverfahrens gegen *Böhmermann* klagte der türkische Präsident vor Zivilgerichten u.a. wegen Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 16) auf ein Verbot des Gedichts. *Böhmermann* berief sich hingegen auf die Meinungs- und Kunstfreiheit.

40 Im Kern des Verfahrens steht die Frage: **Was darf Satire?**[67] Die Äußerungen sind dabei in dem Zusammenhang zu beurteilen, in dem sie gefallen sind. Meinungs- und Kunstfreiheit korrelieren dabei bei satirischen Äußerungen in besonderem Maße:

67 Vgl. *Tucholsky*, Was darf Satire?, 1919; aus verfassungsrechtlicher Sicht *Brauneck*, ZUM 2016, 710; *Christoph*, JuS 2016, 599; *Faßbender*, NJW 2019, 705; *Vasel*, NJW 2022, 740.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **Satire kann Kunst sein; nicht jede Satire ist jedoch Kunst.** Das ihr wesenseigene Merkmal, mit Verfremdungen, Verzerrungen und Übertreibungen zu arbeiten, kann ohne weiteres auch ein Mittel der einfachen Meinungsäußerung oder der durch Massenmedien sein. Allerdings muß auch bei der **Anwendung dieser Grundrechte stets der satirische Charakter der einzelnen Meinungskundgabe berücksichtigt werden.** Auch Erklärungen, die lediglich unter Art. 5 Abs. 1 GG fallen, darf kein Inhalt unterschoben werden, den ihnen ihr Urheber erkennbar nicht beilegen wollte; das gilt besonders bei satirischer oder glossierender Meinungsäußerung.
>
> **BVerfGE 86, 1, 9 (Titanic [1992])** ◀

41 Die satirische (künstlerische) Einkleidung ist daher vom Aussagekern der Satire zu trennen:[68] Satire ist eine Kunstform der (politischen) Kritik, welche die Kritik durch Verfremdung und Übertreibung ausdrückt. Diese Wesenseigenheit der Satire ist bei der Bewertung der satirischen Darstellung zu berücksichtigen (kunstspezifische Betrachtungsweise, § 11 Rn. 14). Allerdings kennt Satire auch Grenzen: Diese sind dort erreicht, wo eine Person in ihrer Würde oder Ehre verletzt wird.[69] Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn unter dem Deckmantel der Satire die Herabsetzung und Schmähung der Person im Vordergrund steht.

42 Diese Grenzen sahen die Gerichte in der *Böhmermann*-Affäre überschritten: Daher verbot das LG Hamburg das Vortragen weiter Teile des Gedichtes.[70] Zwar müsse der türkische Präsident als Person des öffentlichen Lebens Kritik in besonderem Maße hinnehmen, allerdings stellten die absurden Äußerungen zu seinem Sexualleben einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Intimsphäre dar. Dies gelte trotz des Umstandes, dass die Aussagen erkennbar nicht ernst gemeint seien. Nicht verboten wurden hingegen die Gedichtzeilen: „Sackdoof, feige und verklemmt, ist *Erdoğan*, der Präsident. [...] Er ist der Mann, der Mädchen schlägt, und dabei Gummimasken trägt. [...], und Minderheiten unterdrücken, [...] Kurden treten, Christen hauen, [...]." Nach dem Landgericht greifen diese Passagen wahre und vom Kläger zu verantwortende Sachverhalte auf, etwa die Unterdrückung ethnischer und religiöser Minderheiten. Damit ist mit Blick auf diese Textpassagen der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG, § 12 Rn. 44 ff.) Vorzug einzuräumen. Das OLG Hamburg bestätigte das Urteil des Landgerichts.[71] Die Sendung *Böhmermanns* habe zwar grundsätzlich satirischen Charakter, aber ein Großteil der Äußerungen ziele in unzulässiger Weise herabsetzend auf den Intimbereich des Klägers:

> Die in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG garantierte Meinungsfreiheit im allgemeinen und die Freiheit der Äußerung satirischer Beiträge im besonderen schützt zwar nicht nur Äußerungen, die in sachlich-differenzierter Art vorgebracht werden, sondern auch die **Äußerung gerade von Kritik in einer pointierten, polemischen und überspitzten Weise**. Dieser Schutz setzt aber voraus, dass mit der Äußerung auch

68 So *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 131.
69 Siehe *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 457.
70 LG Hamburg BeckRS 2017, 101443.
71 OLG Hamburg BeckRS 2018, 8374; die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen (siehe BeckRS 2022, 1484).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirklich eine Kritik vorgebracht wird, sie Elemente enthält, die einen Bezug zu dem Gegenstand der Kritik aufweisen. **Je weiter sich der Gehalt einer Äußerung von dem Gegenstand der Kritik entfernt und sich ohne Bezug auf diesen auf die bloße Herabsetzung der Person des Kritisierten fokussiert, desto geringer wird das für den Äußernden streitende Gewicht der Meinungsfreiheit gegenüber dem Gewicht des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der von der Äußerung betroffenen Person.** Hier fehlt der angegriffenen Äußerung jeglicher Zusammenhang zwischen der beabsichtigten kritischen Aussage und der dafür gewählten Einkleidung. Hinzu kommt, dass der Kläger, soweit ersichtlich, auch keine Veranlassung gegeben hat, für die satirische Einkleidung der Kritik ein Bild aus diesem Bereich zu wählen. Die Verwendung herabsetzender Äußerungen aus dem Intimbereich dient hier erkennbar nur dazu, durch – nur vordergründig komische – beleidigende Äußerungen einen Angriff auf die personale Würde des Klägers zu führen.

OLG Hamburg BeckRS 2018, 8374, Rn. 39 ◀

Es mag einem als besondere, späte Pointe dieser Causa erscheinen, dass das vollständige Gedicht – einschließlich jener Teile, die nicht mehr öffentlich vorgetragen werden dürfen – aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und der Bestimmtheit, denen unser freiheitlich-demokratischer Staat verpflichtet ist und die ja gerade auch Gegenstand der Satire waren, in den gerichtlichen Entscheidungen verewigt worden und dort für jedermann nachzulesen sind. 43 ◆

4. Wie sind Zivilklauseln verfassungsrechtlich zu bewerten?

Zivilklauseln sollen jede Form von Militärforschung, von der Rüstungsindustrie oder Verteidigungsministerien geförderte Forschung unterbinden.[72] Verschiedene Universitäten führten solche Klauseln ein. Gehen solche Klauseln allerdings über eine freiwillige Selbstverpflichtung der Forschenden, ausschließlich für zivile Zwecke zu forschen, hinaus, handelt es sich um Eingriffe in die Wissenschaftsfreiheit. Das Bekenntnis des Grundgesetzes zur Friedlichkeit soll diesen Eingriff rechtfertigen. Angeführt werden in diesem Zusammenhang insbesondere die Norm des Art. 26 GG und das in der Präambel des Grundgesetzes enthaltene Satzfragment „dem Frieden der Welt zu dienen“. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass das Grundgesetz gerade keinen „Verfassungspazifismus“ enthält. So werden besonders die (auch militärische) Verteidigung und die Mitwirkung in kollektiven Sicherheitsbündnissen von Verfassungsnormen, etwa Art. 24 Abs. 2 GG, Art. 87a GG, zugelassen. Ein abstrakt vorgeschriebenes Verbot für militärisch verwendbare Forschung ist damit verfassungsrechtlich wohl nicht haltbar. 44 ◆

Initiative „Hochschulen für den Frieden – Ja zur Zivilklausel“

72 Dazu *Hufen*, NVwZ 2017, 1265.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Werden die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit auch durch die EMRK geschützt?

◆ 45 Anders als in der Europäischen Grundrechtecharta werden die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit in der EMRK nicht ausdrücklich erwähnt. Dies bedeutet indes nicht, dass sie nicht geschützt sind. Vielmehr werden beide Freiheiten aufgrund ihrer Nähe zu den Kommunikationsgrundrechten vom EGMR in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK (§ 12 Rn. 69) hineingelesen.[73] Als Argument dafür wird angeführt, dass andere Formen der Meinungsäußerung, wie etwa die Presse- oder Rundfunkfreiheit, ebenfalls ohne ausdrückliche Normierung von Art. 10 Abs. 1 EMRK erfasst werden. Im Gewährleistungsgehalt ergeben sich keine entscheidenden Unterschiede zu Art. 5 Abs. 3 GG: Bei der Kunstfreiheit ist neben dem Werkbereich auch der Wirkbereich geschützt und die Beschlagnahmung eines Kunstwerks stellt einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff dar.[74] Die Wissenschaftsfreiheit schützt neben der Forschung an sich insbesondere auch die uneingeschränkte Verbreitung der Forschungserkenntnisse.[75]

2. Wie sind Eingriffe in die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit der EMRK zu rechtfertigen?

◆ 46 Konsequenterweise gelten für Eingriffe in die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit damit die Rechtfertigungsanforderungen des Art. 10 Abs. 2 EMRK (§ 12 Rn. 73): Es bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage sowie eines legitimen Zwecks, ferner muss der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft zur Zweckerreichung notwendig sein. Hier ergeben sich ähnliche Konfliktlagen wie auf nationaler Ebene – etwa die Frage des Ausgleichs zwischen Kunstfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht.[76] Ferner bewertet der EGMR die gerichtliche Verurteilung von Wissenschaftler:innen wegen fundierter wissenschaftlicher Kritik an oder in einer Veröffentlichung als konventionswidrig.[77]

3. Was ist der Schutzbereich des Art. 13 EU-GRCh?

◆ 47 Art. 13 EU-GRCh garantiert die Freiheit der Kunst und Wissenschaft. Dabei stellen sich zunächst einmal ähnliche Definitionsschwierigkeiten wie bei den grundgesetzlichen Gewährleistungen. Der EuGH hat sich bislang in seiner Rechtsprechung nicht ausführlich mit den Begriffen „Kunst“ und „Wissenschaft“ auseinandergesetzt. Beide Freiheiten sind allerdings tendenziell weit zu verstehen.[78]

73 Zur Kunstfreiheit siehe EGMR v. 7.6.2011, 2777/10 – *Ehrmann* ua/Frankreich; zur Wissenschaftsfreiheit siehe EGMR v. 8.6.2010, 44102/04, Rn. 34 – Sapan/Türkei.
74 Vgl. EGMR v. 24.5.1988, 10737/84 – Müller ua/Schweiz.
75 Siehe etwa EGMR v. 27.5.2014, 346/04 und 39779/04 – Mustafa Erdogan ua/Türkei.
76 EGMR v. 22.10.2007, 21279/02 und 36448/02, Rn. 55 – Lindon ua/Frankreich.
77 Siehe EGMR v. 27.5.2014, 346/04 und 39779/04 – Mustafa Erdogan ua/Türkei.
78 Siehe *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 13, Rn. 5, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Kunst“ kann man dabei – in Anlehnung an den materiellen Kunstbegriff (§ 11 Rn. 5) – als freie schöpferische Gestaltung bezeichnen, in der Eindrücke, Erfahrungen oder Erlebnisse des Künstlers oder der Künstlerin durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden.[79] Der EuGH ordnet beispielsweise das Sampling, also das „elektronische Kopieren von Audiofragmenten“ als Kunst i.S.v. Art. 13 EU-GRCh ein.[80] Geschützt sind zudem sowohl der Werkbereich als auch der Wirkbereich der künstlerischen Äußerung. Träger:innen der Kunstfreiheit sind alle Kunstschaffenden sowie Personen, die Kunstwerke der Öffentlichkeit zugänglich machen.[81] 48

Wie im deutschen Verfassungsrecht werden unter dem Oberbegriff „Wissenschaft“ Forschung und Lehre zusammengefasst. Art. 13 EU-GRCh widmet beiden jeweils einen eigenen Satz: Satz 1 gewährleistet neben der Freiheit der Kunst die Freiheit der Forschung; Satz 2 garantiert die akademische Freiheit. „Forschung“ ist dabei die Tätigkeit mit dem Ziel, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.[82] Geschützt sind ferner alle forschungsspezifischen Tätigkeiten, insbesondere auch vorbereitende und unterstützende Aktivitäten.[83] Die „akademische Freiheit“ meint die wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse[84] – also die Freiheit der Lehre.[85] Nicht erfasst wird der Unterricht an Schulen (Art. 14 EU-GRCh). Geschützt werden alle Personen, die wissenschaftlich tätig sind oder sein wollen, daneben aber auch juristische Personen, insbesondere Universitäten und andere wissenschaftliche Einrichtungen.[86] 49

4. Wie sind Eingriffe in Art. 13 EU-GRCh zu rechtfertigen?

Im Gegensatz zum deutschen Verfassungsrecht kennt die EU-GrCh keine vorbehaltlosen Grundrechte. Auch für die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit ergeben sich Einschränkungsmöglichkeiten unter den Voraussetzungen der geschriebenen Schranke des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh (§ 4 Rn. 18). Allerdings sind – wie auch schon bei den Kommunikationsgrundrechten (§ 12 Rn. 75) – aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh die Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 EMRK maßgeblich.[87] Das ergibt sich daraus, dass der EGMR die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit in Art. 10 Abs. 1 EMRK hineinliest (siehe hierzu die Rechtfertigungsanforderungen des Art. 10 Abs. 2 EMRK, § 12 Rn. 73). 50

79 So *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 13, Rn. 3.
80 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2019:624, Rn. 35 – Pelham.
81 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 13, Rn. 4.
82 *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 13, Rn. 8.
83 Siehe *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 13, Rn. 8.
84 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 13, Rn. 9.
85 Vgl. EGMR v. 20.10.2009, 39128/05 – Lombardi Vallauri/Italien.
86 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 13, Rn. 10.
87 Siehe *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 13, Rn. 13 ff.; a.A. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 13, Rn. 10 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Worum ging es in der Hertel-Entscheidung?

◆ 51 Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Schweizer *Hans Ulrich Hertel* war freiberuflicher Forscher und beschäftigte sich zusammen mit einem Professor des Bundesinstituts für Technologie in Lausanne mit der Frage, ob im Mikrowellenofen zubereitete Nahrung gesundheitsschädlich ist. Daraus entstand ein 1992 in einer Fachzeitschrift publizierter Forschungsbericht, der auf dem Titelblatt der Zeitschrift mit der Überschrift „Mikrowellen: Gefahr wissenschaftlich erwiesen!" und mit der Abbildung eines Sensenmannes, der einen Mikrowellenherd trägt, angekündigt wurde. Der Co-Autor distanzierte sich vom Forschungsbericht und von der Veröffentlichung. Das Handelsgericht des Kantons Bern verbot *Hertel* aufgrund einer Klage des *Fachverbands Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe in der Schweiz* unter Rückgriff auf das schweizerische Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, die Behauptung aufzustellen, in Mikrowellen zubereitete Nahrung sei gesundheitsschädlich. Die dagegen erhobene Berufung zum Bundesgericht wurde abgewiesen. Der EGMR bewertete diese Unterlassungsverfügung als Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK. Zwar verfolgten die Urteile ein legitimes Ziel i.S.d. Art. 10 Abs. 2 EMRK, allerdings seien sie in einer Gesamtbetrachtung unverhältnismäßig:

> ▶ [Der Eindruck der Unangemessenheit] entsteht vor allem durch den Umfang der in Frage stehenden Unterlassungsverfügung. Die Verfügung bezieht sich zwar nur auf bestimmte Äußerungen. Diese stehen jedoch mit dem eigentlichen Kern der Auffassung des Bf. in Zusammenhang. **Durch die Verfügung wurden somit die Arbeit des Bf. teilweise zensiert und seine Möglichkeiten, Ansichten, die in einer unbestreitbar existierenden Diskussion ihren Platz haben, öffentlich zu äußern, wesentlich beschnitten.** Es tut wenig zu Sache, daß seine Meinung eine Mindermeinung ist und vielleicht unbegründet erscheint. Denn in einem Bereich, in dem jede Gewißheit unwahrscheinlich ist, wäre es besonders unvernünftig, die Meinungsäußerungsfreiheit nur auf allgemein akzeptierte Vorstellungen zu beschränken.
>
> **EGMR v. 25.8.1998, 59/1997/843/104, Rn. 50 – Hertel/Schweiz** ◀

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 12 Kommunikationsgrundrechte

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG 3
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit? 3
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit? 5
c) Welches Verhalten schützt die Meinungsfreiheit? 7
d) Zu welchen Grundrechten steht die Meinungsfreiheit in Konkurrenz? 9
e) Wrap-Up: Prüfungsschema 11
2. Die Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG 12
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Informationsfreiheit? 12
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Informationsfreiheit? 13
c) Wrap-Up: Prüfungsschema 15
3. Die Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG 16
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Pressefreiheit? 16
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Pressefreiheit? 17
c) Welches Verhalten schützt die Pressefreiheit? 19
d) Welche objektiv-rechtliche Dimension hat die Pressefreiheit? 21
e) Wie ist das Verhältnis der Pressefreiheit zur Meinungsfreiheit? 24
f) Wrap-Up: Prüfungsschema 26
4. Die Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG 27
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Rundfunkfreiheit? 27
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Rundfunkfreiheit? 28
c) Was ist die objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit? 30
d) Wrap-Up: Prüfungsschema 32
5. Die Filmfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 3 GG 33
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Filmfreiheit? 33
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Filmfreiheit? 34
c) Wrap-Up: Prüfungsschema 35
6. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Art. 5 Abs. 2 GG 36
a) Was sind die Schranken der Kommunikationsgrundrechte? 36
b) Was sind allgemeine Gesetze? .. 37
c) Worum ging es im Wunsiedel-Beschluss? 38
d) Was sind die weiteren Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG? 41
e) Ist kollidierendes Verfassungsrecht eine Schranke neben Art. 5 Abs. 2 GG? 42
f) Was sind die Schranken-Schranken der Kommunikationsgrundrechte? 43
g) Was regelt das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG? 51
h) Wrap-Up: Prüfungsschema 53
II. Vertiefung und Kontextualisierung 54
1. Gesellschaftliche und politische Relevanz der Kommunikationsfreiheiten 54
a) Wie lassen sich die Grundrechte in Art. 5 Abs. 1 GG systematisieren? 54
b) Worin besteht die gesellschaftliche Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 GG? 55
2. Digitalisierung der Meinungsfreiheit 58
a) Welche Auswirkungen hat das Internet auf die Meinungsfreiheit? 58
b) Stellen Plattformbetreiber eine strukturelle Gefahr für die Meinungsfreiheit dar? 60
c) Kann eine Bindung der Plattformbetreiber an die Grundrechte die strukturellen Risiken der Digitalisierung für die Meinungsfreiheit einhegen? 61
3. Caroline und die Europäisierung der Meinungsfreiheit 63
a) Worum geht es in den Caroline-Entscheidungen? 63
b) Wie ist die Chronologie der Caroline-Entscheidungen? 64
III. Europarechtliche Dogmatik 69
1. Was umfasst der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK? 69
2. Wie sind Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 EMRK zu rechtfertigen? 73
3. Was umfasst der Schutzbereich des Art. 11 EU-GRCh? 74
4. Wie sind Eingriffe in Art. 11 EU-GRCh zu rechtfertigen? 75

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die einzelnen Kommunikationsgrundrechte (§ 12 Rn. 2; 54)
- die Grundaussagen der Caroline-Rechtsprechung (§ 12 Rn. 63 ff.)
- den Wunsiedel-Beschluss des BVerfG (§ 12 Rn. 38 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Schranken der Kommunikationsgrundrechte (§ 12 Rn. 36)
- was ein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG ist (§ 12 Rn. 37)
- die verschiedenen Schutzgegenstände der Kommunikationsgrundrechte (§ 12 Rn. 5 f.; 13 f.; 17 f.; 28 f.; 34)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Kommunikationsgrundrechte (§ 12 Rn. 11; 15; 26; 32; 35)
- die Anwendung der Wechselwirkungslehre (§ 12 Rn. 43 ff.)
- ◆ die Darstellung des Schutzes der Kommunikationsgrundrechte auf europäischer Ebene (§ 12 Rn. 69 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- die Leitlinien im Abwägungsprozess der Meinungsfreiheit mit anderen Rechtsgütern (§ 12 Rn. 47)
- die Abgrenzung zwischen Presse- und Rundfunkfreiheit (§ 12 Rn. 18; 28)
- ◆ ob für die Kommunikationsgrundrechte auch verfassungsimmanente Schranken gelten (§ 3 Rn. 42)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- das Konkurrenzverhältnis der Kommunikationsgrundrechte untereinander und gegenüber anderen Grundrechten (§ 12 Rn. 9 f.; 24 f.)
- ob Tatsachenbehauptungen von der Meinungsfreiheit umfasst sind (§ 12 Rn. 6)
- die objektive Dimension der Presse- und Rundfunkfreiheit (§ 12 Rn. 21 ff.; 30 f.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zum Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Ehrverletzung (§ 12 Rn. 44 ff.)
- zur Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte für die Gesellschaft (§ 12 Rn. 2)
- welche Rolle sozialen Plattformen für die öffentliche Meinungsbildung zukommt (§ 12 Rn. 58 f.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

Art. 5 Abs. 1 GG enthält verschiedene Grundrechte: Meinungsfreiheit (§ 12 Rn. 3 ff.), Informationsfreiheit (§ 12 Rn. 12 ff.), Pressefreiheit (§ 12 Rn. 16 ff.), Rundfunkfreiheit (§ 12 Rn. 27 ff.), Filmfreiheit (§ 12 Rn. 33 ff.). Sie werden als Kommunikationsgrundrechte bezeichnet. Während sie unterschiedliche Schutzbereiche aufweisen, unterliegen sie denselben Schranken und Schranken-Schranken. Im Folgenden werden daher zunächst die unterschiedlichen Schutzbereiche der Kommunikationsgrundrechte (1.-5.) dargestellt, bevor dann auf die für alle Grundrechte einheitlichen Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung (§ 12 Rn. 36 ff.) eingegangen wird (6.). 2



Die Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

1. Die Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit?

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) und gilt damit für alle natürlichen Personen. Erfasst sind unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) auch inländische juristische Personen des Privatrechts. Demgegenüber können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht auf die Meinungsfreiheit berufen. Das erklärt sich aus den unterschiedlichen Handlungslogiken von Grundrechtsadressat:innen und Grundrechtsträger:innen unter dem Grundgesetz: Während Grundrechtsträger:innen ihre Freiheit ohne weitere Begründung wahrnehmen, kann der Staat als Grundrechtsadressat nur aufgrund von Kompetenzen und Aufgaben handeln, und muss Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen.[1] Eine Warnung vor bestimmten Lebensmitteln durch die Bundesregierung beispielsweise kann nicht auf Freiheitswahrnehmung (etwa der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) gestützt werden, sondern nur auf die verfassungsunmittelbare Aufgabe zur Staatsleitung.[2] Gleiches gilt für Bürgermeister:innen, Abgeordnete, Minister:innen usw., sofern sie in ihrer Funktion als Hoheitsträger auftreten.[3] 3

1 Siehe *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 22 f.
2 BVerfGE 105, 252 (Glykol [2002]); ausführlich zu staatlichem Informationshandeln (§ 14 Rn. 28 ff.).
3 Hierzu hat sich in den letzten Jahren eine (prüfungsrelevante) Rechtsprechungspraxis gebildet, siehe nur BVerfGE 148, 11 (Wanka [2018]); 154, 320 (Seehofer [2020]). Schwerpunkte sind allerdings staats-

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4 Zwischen Privaten kann die Meinungsfreiheit im Wege der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte (§ 3 Rn. 29 ff.) zur Geltung kommen. Da Meinungsaustausch heute immer stärker auf (privaten) sozialen Plattformen stattfindet, wird in letzter Zeit vermehrt die Frage nach der Grundrechtsbindung von Betreiber:innen dieser Plattformen diskutiert (vgl. Digitalisierung der Meinungsfreiheit, § 12 Rn. 58 ff.).

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit?

5 Dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG nach wird das **Äußern und Verbreiten** der eigenen **Meinung** in Wort, Schrift und Bild geschützt:



Jura 2016, 83 ◆
JuS 2016, 520
JA 2022, 130
Jura 2022, 988 ◆

▶ Konstitutiv für die Bestimmung dessen, was als Äußerung einer „Meinung" vom Schutz des Grundrechts umfaßt wird, ist mithin **das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung**; auf den Wert, die Richtigkeit, die Vernünftigkeit der Äußerung kommt es nicht an. Die Mitteilung einer **Tatsache** ist im strengen Sinne keine Äußerung einer „Meinung", weil ihr jenes Element fehlt. Durch das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist sie, weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist, welche Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit gewährleistet. Was dagegen nicht zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung beitragen kann, ist nicht geschützt, insbesondere die erwiesen oder bewußt unwahre Tatsachenbehauptung. Im Gegensatz zur eigentlichen Äußerung einer Meinung kann es also für den verfassungsrechtlichen Schutz einer Tatsachenmitteilung auf die Richtigkeit der Mitteilung ankommen.

Von hier aus ist der Begriff der „Meinung" in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG grundsätzlich weit zu verstehen: Sofern eine Äußerung durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, fällt sie in den Schutzbereich des Grundrechts. Das muß auch dann gelten, wenn sich diese Elemente, wie häufig, mit Elementen einer Tatsachenmitteilung oder -behauptung verbinden oder vermischen, jedenfalls dann, wenn beide sich nicht trennen lassen und der tatsächliche Gehalt gegenüber der Wertung in den Hintergrund tritt. Würde in einem solchen Fall das tatsächliche Element als ausschlaggebend angesehen, so könnte der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit wesentlich verkürzt werden.

BVerfGE 61, 1, 8 f. (Wahlkampf/CSU: NPD Europas [1982]) ◀

6 Zu unterscheiden ist demnach zwischen **Werturteilen** und **Tatsachenbehauptungen:** Werturteile sind wertende Stellungnahmen, sie werden vollumfänglich vom sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst.[4] Demgegenüber sind Tatsachen konkrete Vorgänge oder Zustände in der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind.[5] Diese sind vom Schutzbereich nur um-

organisationsrechtliche Inhalte, weshalb an dieser Stelle nicht weiter auf diese Rechtsprechungslinie eingegangen werden soll. Zur Thematik siehe *Gröpl/Zembruski*, Jura 2016, 268; *Spitzlei*, JuS 2018, 856.

4 Dazu *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 81 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 25.

5 *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fasst, soweit sie der Meinungsbildung dienlich sind.[6] Dies ist bei erwiesen oder bewusst unwahren Tatsachenbehauptungen nicht der Fall.[7] Die Abgrenzung zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung kann im Einzelfall schwierig sein und ist letztlich eine Auslegungsfrage. Im Hinblick auf einen effektiven Grundrechtsschutz wird der Meinungsbegriff weit ausgelegt.[8] Die Qualität der Äußerung kann im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung Berücksichtigung finden:

	Werturteile	**Tatsachen**
vom Schutzbereich **umfasst**	■ jegliches Werturteil, ungeachtet des Werts, der Richtigkeit, der Vernünftigkeit, oder der Emotionalität ■ Werbeaussagen[9] ■ scharfe und überspitzte Äußerungen[10] ■ sogar: Angriffe auf Menschenwürde, Formalbeleidigungen, Schmähkritik[11]	■ der Meinungsbildung dienliche Tatsachen ■ in diesem Rahmen auch unwahre Tatsachenbehauptungen
vom Schutzbereich **nicht umfasst**	■ unter wirtschaftlichem Druck abgegebene Aussagen[12]	■ unwahre Tatsachenbehauptungen – falls zumutbare Möglichkeit, die Unwahrheit zu erkennen – wenn Unwahrheit bereits zum Zeitpunkt der Äußerung unzweifelhaft (obj.) feststeht[13] ■ Falschzitate[14]

c) Welches Verhalten schützt die Meinungsfreiheit?

Um den Gewährleistungsgehalt der Meinungsfreiheit zu bestimmen, ist neben dem Meinungsbegriff auch das geschützte Verhalten zu beleuchten. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG schützt nicht nur das Haben einer Meinung, sondern auch das Äußern und Verbreiten einer Meinung. Es handelt sich um eine **Meinungs*äußer*-** 7

6 BVerfGE 90, 1, 15 (Jugendgefährdende Schriften [1994]); 90, 241, 247 (Auschwitzlüge [1994]).
7 Vgl. BVerfGE 90, 241, 247 (Auschwitzlüge [1994]); ferner BVerfG NJW 2018, 2858.
8 BVerfGE 94, 1, 11 (DGHS [1996]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 74 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 24 ff.
9 Vgl. BVerfGE 95, 173 (Warnhinweise für Tabakerzeugnisse [1997]); 102, 347 (Schockwerbung I [2000]).
10 Vgl. BVerfGE 93, 266 (Soldaten sind Mörder [1995]); ferner BVerfG NJW 2019, 2600.
11 Vgl. BVerfGE 124, 300 (Rudolf Heß Gedenkfeier [2009]); ferner BVerfG NJW 2021, 148.
12 Vgl. BVerfGE 25, 256 (Blinkfüer [1969]).
13 Vgl. BVerfGE 90, 241 (Auschwitzlüge [1994]).
14 Vgl. BVerfGE 54, 208 (Böll [1980]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

***rungs*freiheit**.[15] Auf die Art und Weise der Kundgabe kommt es nicht an, so sind bereits das Tragen einer Plakette[16] oder das kommentarlose Verteilen von Fotografien als Meinungsäußerung zu werten.[17] Geschützt sind auch die Kundgabemodalitäten wie Zeit und Ort der Äußerung.[18] Meinungsäußerungen, die durch die Ausübung wirtschaftlichen oder sozialen Drucks erzwungen sind (bspw. **Boykottaufrufe**), werden vom sachlichen Schutzbereich dagegen nicht erfasst.[19] Nicht von der Meinungsfreiheit geschützt sind zudem Betreiber:innen von Internet-Suchmaschinen, da ihre Dienste gerade nicht auf die Verbreitung bestimmter Meinungen gerichtet sind.[20]

8 Darüber hinaus garantiert Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG die Freiheit, die eigene Meinung *nicht* zu äußern und eine fremde Meinung nicht als eigene kundtun zu müssen (sog. **negative Meinungsfreiheit**).[21] Diese Garantie gilt allerdings nicht, sofern die Fremdurheberschaft erkennbar ist, so zum Beispiel bei der gesetzlichen Verpflichtung zum Anbringen von Warnhinweisen auf Zigarettenverpackungen.[22]

d) Zu welchen Grundrechten steht die Meinungsfreiheit in Konkurrenz?

9 Um Kommunikation und Meinung geht es auch bei anderen Grundrechtsverbürgungen, so dass der Frage nach dem Konkurrenzverhältnis (§ 5 Rn. 1 ff.) praktisch große Bedeutung zukommt: Wird eine Meinung transportiert, ist – unabhängig vom Medium (bspw. Presse, Rundfunk, Film) – die Meinungsfreiheit einschlägig. Handelt es sich um eine spezielle Meinung, die in den Anwendungsbereich eines anderen Freiheitsrechts fällt, so geht dieses der Meinungsfreiheit vor, etwa bei religiösen Bekundungen (Art. 4 Abs. 1, 2 GG, § 10 Rn. 8).[23]

Jura 2021, 1364

10 Bevor das Konkurrenzverhältnis bestimmt wird, sind aber die potenziell einschlägigen Schutzbereiche sauber voneinander abzugrenzen; oftmals erübrigt sich dann die Frage nach den Konkurrenzen.

> Beispiel: Angenommen Demonstrant:innen halten Plakate mit Meinungsinhalten auf einer Versammlung hoch; die Polizei greift ein und stellt die Plakate sicher. In Betracht kommt ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG, § 13 Rn. 13 ff.) oder in die Meinungsfreiheit. Art. 8 Abs. 1 GG schützt nur das Zusammenkommen zur Kommunikation und die Art und Weise der Versammlung, Art. 5 Abs. 1

15 So *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 5, Rn. 16.
16 BVerfGE 71, 108, 113 (Anti-Atomkraftplakette [1985]).
17 BVerfGE 102, 347, 359 f. (Schockwerbung I [2000]).
18 BVerfGE 93, 266, 289 (Soldaten sind Mörder [1995]).
19 Vgl. BVerfGE 25, 256, 264 f. (Blinkfüer [1969]); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 37.
20 BVerfGE 152, 216, Rn. 105 (Recht auf Vergessen II [2019]).
21 BVerfGE 65, 1, 40 (Volkszählung [1983]); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 45.
22 Vgl. BVerfGE 95, 173, 182 (Warnhinweise für Tabakerzeugnisse [1997]); dazu *Hardach/Ludwigs*, DÖV 2007, 288.
23 BVerfGE 32, 98, 107 (Gesundbeter [1971]); 113, 348, 364 (Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung [2005]); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 180.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

S. 1 Var. 1 GG die Form und den Inhalt der Meinungskundgabe. Das Sicherstellen der Plakate betrifft die Demonstrant:innen daher in ihrer Meinungsfreiheit, nicht in ihrer Versammlungsfreiheit. Die Verfassungsmäßigkeit des polizeilichen Handelns ist im Ergebnis an den Schranken der Meinungsfreiheit (§ 12 Rn. 36 ff.) zu messen. Eine Konkurrenzfrage stellt sich in diesem Fall nicht.

e) Wrap-Up: Prüfungsschema

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: Äußern und Verbreiten der eigenen Meinung in Wort, Schrift und Bild

Meinungsäußerung: Schutz jeglicher Werturteile

Tatsachenbehauptungen, sofern der Meinungsbildung dienlich

auch: Schutz negativer Meinungsfreiheit

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. behördliches Verbot jeglicher kritischer Äußerung gegenüber der Politik der Bundesregierung

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Einführung von Einlasskriterien für den Zugang zu einer Podiumsdiskussion

11



Jurafuchs

Weiterführende Hinweise

Nolte/Tams, Grundfälle zu Art. 5 I 1 GG, JuS 2004, 111; 199; 294
Epping/Lenz, Das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG), Jura 2007, 881
Qualmann, Karlsruher Sommer der Meinungsfreiheit – Die Prüfung von Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG im Lichte der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2017, 1016
Hebeler/Berg, Die Grundrechte im Lichte der Digitalisierung – Teil III: Kommunikationsgrundrechte, JA 2021, 969
Hug, Hassrede im Kontext einer Gewährleistung von Meinungsfreiheit, ZJS 2022, 327
Bredler/Markard, Grundrechtsdogmatik der Beleidigungsdelikte im digitalen Raum, JZ 2022, 864

2. Die Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Informationsfreiheit?

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) und gilt damit für alle natürlichen Personen. Inländische juristische Personen des Privatrechts können sich ebenfalls unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) auf die Informationsfreiheit berufen.

12



Die Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Informationsfreiheit?

13 Nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG hat jeder Mensch das Recht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten. Der Begriff der **Informationsquellen** ist weit auszulegen, **Massenkommunikationsmittel** können ebenso als solche qualifiziert werden wie Einzelpersonen.[24] Geschützt ist sowohl die aktive Informationsbeschaffung als auch die passive Informationsentgegennahme,[25] etwa die Wahl der Informationsquelle und die ungestörte Unterrichtung, die Aufbereitung und Speicherung von Informationen und die Beschaffung und Nutzung erforderlicher Einrichtungen zur Informationserlangung:[26]



JuS 2015, 136

> ▶ Die Informationsfreiheit ist in Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG umfassend gewährleistet. Eine Einschränkung auf bestimmte Arten von Informationen läßt sich der Vorschrift nicht entnehmen. **Geschützt sind allerdings nur Informationen, die aus allgemein zugänglichen Quellen stammen. Allgemein zugänglich ist eine Informationsquelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, Informationen zu** verschaffen. [...] Massenkommunikationsmittel gehören danach von vornherein zu den Informationsquellen, die den Schutz des Grundrechts genießen. Das gilt insbesondere auch für Hörfunk- und Fernsehsendungen. Einen Unterschied zwischen in- und ausländischen Informationsquellen macht das Grundgesetz nicht. **Allgemein zugänglich sind daher auch alle ausländischen Rundfunkprogramme, deren Empfang in der Bundesrepublik Deutschland möglich ist.**
>
> Soweit der Empfang von technischen Anlagen abhängt, die eine an die Allgemeinheit gerichtete Information erst individuell erschließen, **erstreckt sich der Grundrechtsschutz auch auf die Beschaffung und Nutzung solcher Anlagen**. Andernfalls wäre das Grundrecht in Bereichen, in denen der Informationszugang technische Hilfsmittel voraussetzt, praktisch wertlos.
>
> **BVerfGE 90, 27, 32 (Parabolantenne [1994])** ◀

14 Allerdings erwächst aus der Informationsfreiheit grundsätzlich kein **Anspruch auf Information durch den Staat.**[27] Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG verbürgt kein originäres Leistungsrecht (§ 1 Rn. 30), der Staat muss also nicht allgemein zugängliche Informationsquellen *einrichten*.[28] Hat eine staatliche Stelle hingegen Zugang zu Informationen, so kann sie entscheiden, ob sie diese allgemein zugänglich machen möchte.[29] Etwaige Auskunftsrechte sind in der Regel nur einfachgesetzlich ausgestaltet (bspw. § 1 IFG, § 29 VwVfG, § 12 Abs. 1 GBO).

24 *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 49.
25 Vgl. BVerfGE 27, 71, 82 f. (Volkszeitung [1969]).
26 Siehe BVerfGE 90, 27, 32 (Parabolantenne [1994]).
27 BVerfGE 145, 365, 376 f. (Amtliche Dokumente im Privatbesitz [2017]); dazu *Nolte*, NVwZ 2018, 521; *Wirtz/Brink*, NVwZ 2015, 1166.
28 Siehe *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 56 f.
29 BVerfGE 103, 44, 60 (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal [2000]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 116 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Wrap-Up: Prüfungsschema

15

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: ungehinderte Unterrichtung aus allgemein zugänglichen Quellen

aktives Handeln zur Informationsbeschaffung + passives Entgegennehmen

negative Informationsfreiheit geschützt

aber: kein Anspruch auf Information durch den Staat

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Versperrung des Zugangs zu allgemein zugänglichen Informationen

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Registrierungserfordernis für Zugang zu Informationskanal



Jurafuchs

Weiterführende Hinweise

Schoch, Das Grundrechte der Informationsfreiheit, Jura 2008, 25
Kulaga, Das Grundrecht der Informationsfreiheit in der Fallbearbeitung, JA 2021, 1003

3. Die Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Pressefreiheit?

16

Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) und gilt damit für alle natürlichen Personen, die einen Bezug zum Pressewesen aufweisen, etwa Verleger:innen, Redakteur:innen oder Journalist:innen. Dabei muss es sich nicht um eine hauptberufliche Tätigkeit handeln.[30] Juristische Personen können sich ebenfalls unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) auf die Pressefreiheit berufen.



Die Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Pressefreiheit?

17

Die Pressefreiheit schützt alle zur **Verbreitung** gegenüber der Allgemeinheit geeigneten und bestimmten **Druckerzeugnisse**.[31] Zur Verbreitung bestimmt ist ein Druckerzeugnis, wenn es sich an eine unbestimmte Vielzahl von Empfängern richtet; **Individualkommunikation** wird demgegenüber von Art. 10 Abs. 1 GG umfasst.[32] Eine Verbreitung gegenüber der Allgemeinheit setzt eine ausreichende Anzahl von Vervielfältigungsstücken voraus. Neben allgemein zugänglichen sind aber bspw. auch betriebsinterne Zeitungen erfasst.[33] Ebenso wie bei der Meinungsfreiheit (§ 12 Rn. 6) werden keine Anforderungen an den Inhalt des

30 BVerfGE 95, 28, 34 f. (Werkszeitungen [1996]).
31 BVerfGE 95, 28, 35 (Werkszeitungen [1996]).
32 Siehe *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 129.
33 BVerfGE 95, 28, 35 (Werkszeitungen [1996]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Presserzeugnisses gestellt. Daher ist auch der **Unterhaltungsjournalismus** grundsätzlich durch die Pressefreiheit geschützt.[34] Unerheblich ist zudem, ob es sich um ein periodisches Druckerzeugnis (bspw. Zeitung) oder um eine einmalige Publikation (bspw. Buch) handelt. Der Schutz der Pressefreiheit umfasst ferner das gesamte Pressewerk, etwa auch das Titelblatt.[35]

18 Um dauerhaft einen effektiven Freiheitsschutz gewährleisten zu können, müssen sich die Grundrechte an gesellschaftlichen Entwicklungen orientieren, so dass keine Schutzlücken entstehen (sog. **Lehre vom Verfassungswandel**, § 1 Rn. 6). „Presse" i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG erfasst daher heute nicht nur klassische Druckerzeugnisse, sondern auch elektronische Bereitstellungsformen wie CD, USB-Stick oder Tonträger.[36] Der Pressebegriff des Grundgesetzes ist insofern dynamisch. Zur Abgrenzung von der Rundfunkfreiheit (§ 12 Rn. 28) ist allerdings eine **Verkörperung** des Verbreitungsmediums zu fordern.[37] Internetangebote fallen danach mangels Verkörperung grundsätzlich in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit. Allerdings dürften bestimmte Inhalte, bspw. E-Paper und E-Books konzeptionell eher der Pressefreiheit unterfallen: Ob die Zeitung in Druckform oder in digitaler Form verbreitet und gelesen wird, kann für die grundrechtliche Einordnung keinen Ausschlag geben.[38]

c) Welches Verhalten schützt die Pressefreiheit?

19 Die Pressefreiheit schützt alle mit der Pressearbeit zusammenhängenden Tätigkeiten von der Beschaffung der Information bis hin zur Verbreitung.[39] Das BVerfG sieht daher etwa das Vertrauensverhältnis zwischen Presse und Informant:in und die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG geschützt.[40] Auch presseinterne Hilfstätigkeiten (bspw. Buchhaltung, Anzeigenannahme) sind erfasst.[41] Darüber hinaus gewährleistet die Pressefreiheit einen sog. **Tendenzschutz**: Presseunternehmen dürfen eine weltanschauliche und politische Meinungsrichtung haben und auf dieser Grundlage auch bspw. Personal, Anzeigen oder Leserbriefe auswählen.[42] Presseunternehmen können ferner grds. nicht gezwungen werden, bestimmte Inhalte zu veröffentlichen (**negative Pressefreiheit**).

20 Das BVerwG leitet aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG zudem einen **pressespezifischen Auskunftsanspruch** gegenüber Behörden ab.[43] Dieser setzt Minimalstandards, die vom Gesetzgeber nicht unterschritten werden dürfen. Praktisch



Jura 2015, 624 ◆
JuS 2018, 896 ◆
Jura 2019, 319

34 BVerfGE 66, 116, 134 (Springer/Wallraff [1984]); 120, 180, 196 f. (Caroline von Monaco III [2008]).
35 BVerfGE 97, 125, 144 (Caroline von Monaco I [1998]).
36 *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 59.
37 Vgl. *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 5, Rn. 37.
38 BVerfGE 152, 152, Rn. 94 f. (Recht auf Vergessen I [2019]).
39 Siehe BVerfGE 10, 118, 121 (Berufsverbot [1959]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 133 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 63 f. m.w.N.
40 BVerfGE 117, 244, 258 f. (CICERO [2006]); dazu *Schmidt-De Caluwe*, NVwZ 2007, 640.
41 Vgl. BVerfGE 64, 108, 114 f. (Chiffreanzeigen [1983]).
42 BVerfGE 42, 53, 62; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 136.
43 Vgl. BVerwG NVwZ 2013, 1006; NVwZ 2019, 473; NVwZ-RR 2021, 663; NVwZ 2022, 248; ferner *Partsch*, NJW 2013, 2858; *Rhein*, DÖV 2019, 394; *Schnabel*, NJW 2016, 1692.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geht es vor allem um Auskunftsansprüche gegen Bundesbehörden. Auf landesrechtlicher Ebene stehen dafür einfachgesetzliche Normen bereit (bspw. § 3 HPresseG).[44] Dennoch muss in jedem Einzelfall das Informationsinteresse der Presse gegen entgegenstehende Interessen der Behörde oder Dritter abgewogen werden.[45]

d) Welche objektiv-rechtliche Dimension hat die Pressefreiheit?

Der Pressearbeit kommt eine maßgebliche Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen zu („**vierte Gewalt**"). Das BVerfG sieht die freie (unzensierte) Presse als „Wesenselement des freiheitlichen Staates".[46] 21

Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG gewährleistet daher über subjektiv-rechtliche Rechtspositionen hinaus auch das **Institut der Freien Presse** (institutionelle Garantie, § 4 Rn. 42 f.), die die institutionell-organisatorische Eigenständigkeit der Presse zum Schutzgegenstand hat: 22

> ▶ Der Funktion der freien Presse im demokratischen Staat entspricht ihrer Rechtsstellung nach der Verfassung. Das Grundgesetz gewährleistet in Art. 5 die Pressefreiheit. Wird damit zunächst – entsprechend der systematischen Stellung der Bestimmung und ihrem traditionellen Verständnis – ein subjektives Grundrecht für die im Pressewesen tätigen Personen und Unternehmen gewährt, das seinen Trägern Freiheit gegenüber staatlichem Zwang verbürgt und ihnen in gewissen Zusammenhängen eine bevorzugte Rechtsstellung sichert, so hat die Bestimmung zugleich auch eine objektiv-rechtliche Seite. **Sie garantiert das Institut „Freie Presse"**. Der Staat ist – unabhängig von subjektiven Berechtigungen Einzelner – verpflichtet, in seiner Rechtsordnung überall, wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen. Freie Gründung von Presseorganen, freier Zugang zu den Presseberufen, Auskunftspflichten der öffentlichen Behörden sind prinzipielle Folgerungen daraus; doch ließe sich etwa auch an eine Pflicht des Staates denken, Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten.
>
> **BVerfGE 20, 162, 175 (Spiegel [1966])** ◀

Dem Staat kommt damit eine Schutzpflicht (§ 1 Rn. 35 ff.) gerichtet auf die Garantie der Freiheitlichkeit des Pressewesens insgesamt zu. So darf staatliche Presseförderung nicht zur Einflussnahme auf Inhalt und Gestaltung von Presseerzeugnissen oder einer Verzerrung des publizistischen Wettbewerbs führen (inhaltliche **Neutralitätspflicht** des Staates).[47] 23

44 Zu einem möglichen Presseauskunftsgesetz des Bundes, siehe *Gärditz*, AfP 2019, 281.
45 So BVerwGE 166, 303 (presserechtlicher Auskunftsanspruch [2019]).
46 BVerfGE 20, 162, 174 (Spiegel [1966]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 127.
47 BVerfG 80, 124, 133 f. (Postzeitungsdienst [1989]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e) Wie ist das Verhältnis der Pressefreiheit zur Meinungsfreiheit?

24 Bei der Abgrenzung von Presse- und Meinungsfreiheit geht es im Kern um die Frage, inwieweit die Pressefreiheit neben der Erzeugung und Verbreitung von Presseerzeugnissen auch deren Inhalt schützt. Das BVerfG stellt fest:

> ▶ 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 Kommunikationsprozeß 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.
>
> **BVerfGE 85, 1, 12 (Bayer-Aktionäre [1991])** ◀

25 Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG stellt den Schutz des institutionell-organisatorischen Rahmens der freien Pressebetätigung in das Zentrum. Sofern es um den Inhalt des Presseerzeugnisses geht, ist die Meinungsfreiheit einschlägig. Die Pressefreiheit ist daher kein *lex specialis* zur Meinungsfreiheit im Bereich der drucktechnisch verbreiteten Meinungen.[48] Da sowohl die Pressefreiheit als auch die Meinungsfreiheit den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG (§ 12 Rn. 36) unterliegen, ist die Abgrenzung aber eher akademisch-dogmatischer Natur.

f) Wrap-Up: Prüfungsschema

26



Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: Freiheit der Presse

alle wesensmäßig mit Pressearbeit zusammenhängenden Tätigkeiten

auch presserelevante Hilfstätigkeiten

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Durchsuchung von Redaktionsräumen

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Aufnahme eines Verlages in den Verfassungsschutzbericht

48 BVerfGE 85, 1, 11 (Bayer-Aktionäre [1991]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 127.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weiterführende Hinweise

Kunig, Die Pressefreiheit, Jura 1995, 589
Fiedler, Zunehmende Einschränkungen der Pressefreiheit, ZUM 2010, 18

4. Die Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Rundfunkfreiheit?

27 Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) und gilt damit für alle natürlichen Personen, die Rundfunk veranstalten oder daran mitwirken. Dabei braucht es sich nicht um eine hauptberufliche Tätigkeit zu handeln. Inländische juristische Personen des Privatrechts können sich unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) auf die Rundfunkfreiheit berufen. Darüber hinaus können sich ausnahmsweise auch **öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten** (bspw. *ZDF*, *ARD*) als juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 3 Rn. 18) auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG berufen:[49] Das BVerfG begründet dies damit, dass deren Tätigkeit in einer besonderen Beziehung zum grundrechtlich geschützten Lebensbereich steht und eine grundrechtstypische Gefährdungslage gegeben ist.[50]



Die Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Rundfunkfreiheit?

28 **Rundfunk** i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG meint die Übermittlung von Inhalten an einen unbestimmten Empfängerkreis durch Funktechnik, gleich ob drahtgebunden oder drahtlos. Dabei umfasst Rundfunk sowohl **Hörfunk** als auch **Fernsehrundfunk**.[51] Der Rundfunkbegriff ist dynamisch und mit Blick auf technische und gesellschaftliche Entwicklungen für neue Medien offen. Vor allem Internetangebote (bspw. **Podcasts**) fallen unter den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG.[52] In Abgrenzung zur Pressefreiheit (§ 12 Rn. 18) werden von der Rundfunkfreiheit mittels **körperloser Verbreitungstechnik** übermittelte Inhalte geschützt;[53] die Abgrenzung muss für jeden Einzelfall gesondert erfolgen. Trotz des Wortlauts („Berichterstattung") schützt Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG nicht nur Nachrichtenformate, sondern auch Unterhaltungsformate (Fußballübertragung, Musiksendung, sogar Teleshopping, etc.).[54]



Jura 2010, 931 ◆
JuS 2014, 333
ZJS 2014, 536

29 Die Rundfunkfreiheit gewährleistet einen umfassenden Schutz von der Informationsbeschaffung bis hin zur Programmgestaltung.[55] Auch Hilfstätigkeiten mit engem Bezug zur Rundfunkarbeit sind erfasst, etwa der Schutz von Informationsquellen und Redaktionsarbeit. Im Zentrum steht die Verbürgung der Pro-

49 Vgl. *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 5, Rn. 49.
50 BVerfGE 31, 314, 322 (2. Rundfunkentscheidung [1971]); 59, 231, 254 f. (Freie Mitarbeiter [1981]).
51 Vgl. BVerfGE 12, 205, 226 (1. Rundfunkentscheidung [1960]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 174 ff.
52 Vgl. *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 100.
53 *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 182.
54 BVerfGE 35, 202, 222 (Lebach [1983]).
55 Vgl. BVerfGE 103, 44, 59 (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II [2000]); 119, 309, 318 f. (Gerichtsfernsehen [2007]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grammfreiheit.[56] Wie die Pressefreiheit umfasst auch die Rundfunkfreiheit einen **Tendenzschutz** hinsichtlich Programmauswahl und -gestaltung.[57] Die **Neutralitätspflicht** verbietet jede staatliche Beeinflussung.

c) Was ist die objektiv-rechtliche Dimension der Rundfunkfreiheit?

30 Der Rundfunkfreiheit kommt eine große Bedeutung für den öffentlichen Kommunikationsprozess und damit für das demokratische Gemeinwesen zu. Wie durch Pressearbeit kann auch durch Rundfunk eine Vielzahl von Bürger:innen erreicht werden.[58] Aufgrund dieser massenkommunikativen Wirkung bedarf es eines besonderen Schutzes des Rundfunks.[59] Das BVerfG hat in mittweile zahlreichen Rundfunkentscheidungen eine **Sonderdogmatik** entwickelt: Die Rundfunkfreiheit ist danach eine „**dienende Freiheit**“, mit dem Zweck der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung.[60] Als normgeprägtes Grundrecht (§ 4 Rn. 42 ff.) ist die Rundfunkfreiheit auf die einfachgesetzliche Ausgestaltung der Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber angewiesen. Der Staat muss den Rundfunk so ausgestalten, dass Meinungspluralismus, Sachlichkeit und Neutralität gewährleistet sind.[61] Einfachgesetzliche Normen des Rundfunkrechts sind daher grundsätzlich keine Eingriffe in Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG, sondern Ausgestaltungen. In der 6. Rundfunkentscheidung des BVerfG heißt es:

> ▶ Dem **dienenden Charakter der Rundfunkfreiheit** würde ein Verständnis von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, das sich in der Abwehr staatlicher Einflußnahme erschöpfte und den Rundfunk im übrigen den gesellschaftlichen Kräften überließe, nicht gerecht. Zwar entfaltet das Grundrecht der Rundfunkfreiheit seinen Schutz auch und zuerst gegenüber dem Staat. **Daneben bedarf es jedoch einer positiven Ordnung**, die sicherstellt, daß der Rundfunk ebensowenig wie dem Staat einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird, sondern die Vielfalt der Themen und Meinungen aufnimmt und wiedergibt, die in der Gesellschaft insgesamt eine Rolle spielen. Zu diesem Zweck sind materielle, organisatorische und prozedurale Regelungen notwendig, die an der Aufgabe der Rundfunkfreiheit orientiert und geeignet sind zu bewirken, was Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit gewährleisten will. Wie diese Ordnung im einzelnen ausgestaltet wird, ist **Sache der gesetzgeberischen Entscheidung**. Das Grundgesetz schreibt weder ein bestimmtes Modell vor noch zwingt es zu konsistenter Verwirklichung des einmal gewählten Modells. Von

56 Vgl. BVerfGE 59, 231, 258 (Freie Mitarbeiter [1982]).
57 Vgl. BVerfGE 73, 118, 152 ff. (4. Rundfunkentscheidung [1986]); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 85.
58 So schauten im Jahr 2020 72 % der deutschen Bevölkerung regelmäßig fern. Der tägliche Fernsehkonsum lag bei durchschnittlich 220 Minuten am Tag (Daten unter https://de.statista.com/themen/88/fernsehen/#dossierSummary__chapter4, zuletzt aufgerufen am 1.1.2022).
59 Vgl. BVerfGE 119, 181, 214 ff. (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag [2007]).
60 Vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 193 ff.; ferner *Hain/Poth*, JA 2010, 572.
61 BVerfGE 57, 295, 319 (3. Rundfunkentscheidung [1981]); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 89 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfassungs wegen kommt es vielmehr allein auf die Gewährleistung freier und umfassender Berichterstattung an.

BVerfGE 83, 238, 296 (6. Rundfunkentscheidung [1990]) ◀

Der bundesrepublikanische Rundfunk ist nach der Rechtsprechung des BVerfG von Verfassungs wegen als **dualistisches System** konzipiert – bestehend aus öffentlich-rechtlich und privatrechtlich organisiertem Rundfunk. Dadurch soll den von monistischen Systemen (nur Staatsfunk oder nur privater Rundfunk) für die freie Meinungsbildung ausgehenden Gefahren begegnet werden. Der verfassungsrechtliche Ausgestaltungsauftrag an den Gesetzgeber gilt auch für den privaten Rundfunk.[62] Allerdings hat das BVerfG keinen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG angenommen, wenn öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten strenger reguliert werden, sofern ein Nebeneinander mit privatrechtlichen Anbietern weiterhin möglich ist.[63] Darüber hinaus hat der Staat dafür Sorge zu tragen, dass öffentlich-rechtlicher Rundfunk besteht (sog. **Bestandsgarantie**).[64] Den diesbezüglichen Finanzierungsanspruch des öffentlich-rechtlichen Rundfunks löst der Staat durch die Erhebung von Rundfunkgebühren ein.[65] 31



Wer entscheidet über den Rundfunkbeitrag?

d) Wrap-Up: Prüfungsschema

32

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

insb. auch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten

Sachlich: Freiheit des Rundfunks

alle wesensmäßig mit dem Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten

auch rundfunkrelevante Hilfstätigkeiten

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. staatliche Beeinflussung der Programmgestaltung

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Aufzeichnungspflicht der Inhalte

wegen Struktur als normgeprägtes Grundrecht genau zu prüfen, ob nicht Ausgestaltung vorliegt



Jurafuchs

62 BVerfGE 83, 238, 297 f. (6. Rundfunkentscheidung [1990]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 233 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 85.

63 BVerfGE 119, 181, 218 (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag [2007]).

64 BVerfGE 119, 181, 218; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 92.

65 Dazu *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 239 f.; *Pagenkopf*, NJW 2016, 2535; zum grundrechtlichen Finanzierungsanspruch der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten siehe BVerfGE 158, 389 (Rundfunkfinanzierung [2021]); dazu *Hubig/Mayer*, DÖV 2022, 211; *Schmidt*, DVBl. 2021, 1539; *Weber/Deicke*, DVBl. 2022, 511.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weiterführende Hinweise

Eifert, Die Rundfunkfreiheit, Jura 2015, 356
Schmitt, Die Rundfunkfreiheit: Ein Kind ihrer Zeit – aus der Zeit gefallen?, DÖV 2019, 949

5. Die Filmfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 3 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Filmfreiheit?

33 Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 3 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) und gilt damit für alle natürlichen Personen, die einen Bezug zum Filmwesen aufweisen, etwa bei der Produktion oder Verbreitung von Filmen. Zuschauer:innen können sich dagegen nur auf die Informationsfreiheit (§ 12 Rn. 12 ff.) berufen. Inländische juristische Personen des Privatrechts können sich unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) ebenfalls auf die Filmfreiheit berufen.

Die Filmfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Filmfreiheit?

34 **Filme** sind Bildreihen, die durch Projektion der **Öffentlichkeit vorgeführt** werden.[66] Es kommt weder auf den Inhalt des Films noch auf das Verbreitungsmedium an. Filme auf Speichermedien (Blu-Ray/DVD, USB-Stick, etc.) sind ebenso erfasst wie Streaming, sofern der Film dazu bestimmt ist, öffentlich vorgeführt zu werden. Die Filmfreiheit schützt alle Tätigkeiten mit Bezug zum Filmwesen von der Produktion bis zur Darbietung des Films (bspw. Informationsbeschaffung, Aufnahmen, Filmverleih). Zudem genießen Filmunternehmen **Tendenzschutz**, so dass sie über ihr Filmprogramm bzw. -inhalte grundsätzlich frei entscheiden können. Der Staat unterliegt allerdings auch im Rahmen der Filmförderung einer **Neutralitätspflicht**.[67]

c) Wrap-Up: Prüfungsschema

35

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht
Sachlich: Freiheit des Films
Bildträger, der durch Projektion der Öffentlichkeit vorgeführt wird
alle wesensmäßig mit dem Film zusammenhängende Tätigkeiten

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Aufführungsverbot
Moderner Eingriffsbegriff: bspw. staatliche Vorgaben für Filmdreh

Jurafuchs

66 Vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 255 f.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 103.
67 *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weiterführende Hinweise

Reupert, Die Filmfreiheit, NVwZ 1994, 1155

6. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Art. 5 Abs. 2 GG

a) Was sind die Schranken der Kommunikationsgrundrechte?

Die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG (qualifizierter Gesetzesvorbehalt, § 4 Rn. 6) gelten für alle Kommunikationsgrundrechte des Absatzes 1: dies sind die „Vorschriften der allgemeinen Gesetze", die „gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend" und das „Recht der persönlichen Ehre". Zudem können kollidierende Grundrechte eine Schranke bilden (verfassungsimmanente Schranken, § 4 Rn. 10). 36



Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Art. 5 Abs. 2 GG

b) Was sind allgemeine Gesetze?

In Zentrum des Art. 5 Abs. 2 GG steht der Begriff der „allgemeinen Gesetze". Zu der Frage, was hier „allgemein" bedeutet, haben sich mehrere Auslegungsansätze herausgebildet:[68] 37



Jura 2012, 145
JuS 2013, 1014 ◆
ZJS 2017, 566 ◆
ZJS 2018, 269
Jura 2019, 994 ◆

Bereits Art. 118 Abs. 1 WRV, die nahezu wortgleiche Vorgängernorm des Art. 5 Abs. 2 GG, warf diese Auslegungsfrage auf. Im Schrifttum standen sich dabei die sog. **Abwägungslehre** und die sog. **Sonderrechtslehre** gegenüber:

- Nach der Abwägungslehre ist ein Gesetz dann „allgemein", wenn es auf die Wahrung eines Rechtsguts zielt, dessen Schutz unabhängig davon erforderlich ist, ob es durch die Meinungsäußerung oder auf andere Weise gefährdet wird; das Rechtsgut muss also schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung gewährleistet sein und darf den Kommunikationsgrundrechten nicht nachstehen.[69]
- Nach der Sonderrechtslehre darf sich das Gesetz nicht gegen die Meinungsäußerung als solche richten oder eine bestimmte Meinung (wegen ihrer geistigen Zielrichtung) verbieten. Das Gesetz muss also „meinungsneutral" sein.[70]

Das BVerfG hat beide Auslegungsansätze in einer sog. **Kombinationslehre** vereinigt und definiert in ständiger Rechtsprechung:[71]

> ▶ [Unter allgemeinen Gesetzen] sind alle Gesetze zu verstehen, die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutze

68 Dazu *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 225 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 113 ff. m.w.N.
69 So *Smend*, VVDStRL 4 (1928), 44 ff.
70 Vgl. *Anschütz*, VVDStRL 4 (1928), 75 f.
71 BVerfGE 97, 125, 146 (Caroline von Monaco I [1998]); 113, 63, 78 (Junge Freiheit [2005]); 124, 300, 321 f. (Wunsiedel-Beschluss [2009]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.

BVerfGE 7, 198, 209 f. (Lüth [1958]) ◀

c) Worum ging es im Wunsiedel-Beschluss?

38 Der Beschwerdeführer wandte sich mit seiner Verfassungsbeschwerde gegen ein Revisionsurteil des BVerwG[72], welches das versammlungsrechtliche Verbot einer von ihm angemeldeten *Rudolf Heß*-Gedenkkundgebung in Wunsiedel zum Gegenstand hat. Gestützt wurde die Entscheidung auf § 15 Abs. 1 VersG i.V.m § 130 Abs. 4 StGB. Der Beschwerdeführer wandte sich sowohl gegen § 130 Abs. 4 StGB selbst als auch gegen dessen Auslegung im konkreten Fall.

▶ (4) 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**.

§ 130 Abs. 4 StGB ◀

39 § 130 Abs. 4 StGB richtet sich gegen *eine* bestimmte Meinung – nationalsozialistisches Gedankengut – und ist damit nach der Kombinationslehre (§ 12 Rn. 37) des BVerfG kein „allgemeines Gesetz". Ausnahmsweise können aber auch nichtallgemeine Gesetze zur Beschränkung der Kommunikationsgrundrechte herangezogen werden, sofern sie sich gegen die propagandistische Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft und ihre Gräuel richten. Insofern handelt es sich um eine aus der Genese und Essenz des Grundgesetzes erwachsende verfassungsimmanente Schranke.[73] Das BVerfG formuliert in seiner Entscheidung zur *Rudolf Heß*-Gedenkkundgebung:

JuS 2010, 1004 ◆

▶ § 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**.

Von dem Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ist eine Ausnahme anzuerkennen für Vorschriften, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen. Das menschenverachtende Regime dieser Zeit, das über Europa und die Welt in unermesslichem Ausmaß Leid, Tod und Unterdrückung gebracht hat, hat für die ver-

72 BVerwG NJW 2009, 98.
73 Vgl. *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 294; ferner *Michael*, ZJS 2010, 155.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland eine **gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung**, die einzigartig ist und allein auf der Grundlage allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen nicht eingefangen werden kann.

BVerfGE 124, 300, 327 ff. (Wunsiedel-Beschluss [2009]) ◀

Die Entscheidung des BVerfG ist überzeugend, aber dogmatisch nicht zwingend:[74] Denkbar wäre auch gewesen, nationalsozialistisches Gedankengut aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszunehmen, wie dies etwa der EGMR praktiziert (dazu unten, § 12 Rn. 70). 40

d) Was sind die weiteren Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG?

Art. 5 Abs. 2 GG normiert neben den allgemeinen Gesetzen zwei weitere Schranken: **gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der Jugend** und das **Recht der persönlichen Ehre**. Dogmatischer Unterschied dieser Schranken zu den allgemeinen Gesetzen ist, dass diese Schranken Sonderrecht gegen bestimmte Meinungsäußerungen gerade zulassen. Im Zentrum des Jugendschutzes steht dabei die ungestörte Entwicklung der Heranwachsenden, zu deren Schutz Gefahren auf sittlichem Gebiet (etwa durch Darstellung von Gewalt, Rassenhass, Kriegsverherrlichung oder sexuellen Vorgängen in grob schamverletzender Weise) abgewehrt werden sollen.[75] Einfachgesetzliche Normierungen des Jugendschutzes finden sich vor allem im Jugendschutzgesetz (JuSchG) und im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV). Auch das Recht der persönlichen Ehre bedarf einer einfachgesetzlichen Ausgestaltung (sog. **Vorbehalt des Gesetzes**).[76] In diesem Zusammenhang sind die §§ 185 ff. StGB und §§ 823 ff. BGB zu beachten.[77] 41

e) Ist kollidierendes Verfassungsrecht eine Schranke neben Art. 5 Abs. 2 GG?

Ob kollidierende Grundrechte als verfassungsunmittelbare Schranken außerhalb von Art. 5 Abs. 2 GG herangezogen werden können, ist sehr umstritten.[78] Befürchtet wird ein Unterlaufen der im Interesse der Meinungsfreiheit engen Schranken der allgemeinen Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG. Verfassungsimmanente Schranken sind daher nur nachrangig anzuwenden und unterliegen ihrerseits dem Vorbehalt des Gesetzes. Dass solche Schranken aber möglich sind, hat das BVerfG in seinem Wunsiedel-Beschluss (§ 12 Rn. 39) deutlich gemacht. Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 4 Rn. 30 ff.) und Wechselwirkungslehre (§ 12 Rn. 43 f.) sind auch hier anwendbar.[79] 42

74 Siehe etwa BVerfG NJW 2018, 2861; NJW 2021, 297; allgemein dazu *Volkmann*, NJW 2010, 417; *Schaefer*, DÖV 2010, 379.

75 Vgl. BVerfGE 30, 336, 347 (Jugendgefährdende Schriften [1971]); *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 296 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 123.

76 *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 302 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 126.

77 Vgl. BVerfGE 33, 1, 16 f. (Strafgefangene [1972]).

78 Vgl. BVerfGE 66, 116, 136 (Springer ./. Wallraff [1984]).

79 Vgl. BVerfGE 69, 257, 269 f. (Politische Parteien [1985]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

f) Was sind die Schranken-Schranken der Kommunikationsgrundrechte?

43 Im Rahmen der Schranken-Schranken der Kommunikationsfreiheiten entwickelte das BVerfG in den frühen Jahren seiner Rechtsprechung, noch bevor das Verhältnismäßigkeitsprinzip voll entwickelt war, die sog. **Wechselwirkungslehre**:

> ▶ [D]ie 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**.
>
> **BVerfGE 7, 198**, 208 f. (Lüth [1958]) ◀

44 Mittlerweile ist der Gedanke der Wechselwirkungslehre in der Angemessenheitsprüfung (§ 4 Rn. 37 f.) im Rahmen der Verhältnismäßigkeit aufgegangen.[80] Dort ist unter Nennung des Schlagworts „Wechselwirkungslehre" eine Abwägung zwischen dem Kommunikationsgrundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG und dem mit dem allgemeinen Gesetz bezweckten Schutz vorzunehmen. Dieser Abwägungsprozess lässt sich bspw. am Spannungskonflikt zwischen Meinungsfreiheit und Ehrschutz illustrieren:

45 Ausgangspunkt ist der Inhalt der Meinungsäußerung, wie sie von einem objektiven Empfängerkreis verstanden würde (**Deutung**). Dabei sind etwa der Anlass und die Umstände der Äußerung zu berücksichtigen.

Podcast „Spruchreif" – „Soldaten sind Mörder"

JuS 2016, 909
Jura 2018, 621
ZJS 2019, 396 ◆
JA 2019, 597
JuS 2022, 737

Ein Beispiel:[81] Ein sich in Sicherungsverwahrung befindender Straftäter hatte eine Sozialarbeiterin aufgrund von Problemen bei den Lebensmittelbestellungen als „Trulla" bezeichnet. Gegen seine Verurteilung wegen Beleidigung gem. § 185 StGB erhob er erfolgreich Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG stellte fest, dass sich die „Äußerung noch als Teil einer sach- und anlassbezogenen Auseinandersetzung" darstelle und zugleich „Ausdruck einer – wenngleich nicht vollständig gelungenen – emotionalen Verarbeitung der als unmittelbar belastend wahrgenommenen Situation" anzusehen sei.[82] Die Einordnung der Meinungsäußerung als Schmähkritik und damit als rein diffamierend durch die Strafgerichte würdige die Umstände der Äußerung nicht hinreichend und sei daher verfassungswidrig.

80 Siehe *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 286 ff.; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 119.
81 BVerfG NJW 2021, 148.
82 BVerfG NJW 2021, 148, 151.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kommen mehrere Deutungsmöglichkeiten in Betracht, ist die konfliktvermeidende Deutung anzunehmen.[83] Anders gewendet: Verurteilungen von Zivil- und Strafgerichten verstoßen gegen Art. 5 Abs. 1 GG, wenn eine Deutungsmöglichkeit in Betracht kommt, die das entgegenstehende Grundrecht – hier etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 6 ff.) – nicht verletzt.[84]

Zum Abwägungsprozess bei Konflikten zwischen der Meinungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat sich der Rechtsprechung des BVerfG eine Kasuistik im Abwägungsprozess etabliert:[85] 46

▶ Für diese Abwägung hat das Bundesverfassungsgericht einige Regeln entwickelt. Danach beansprucht die **Meinungsfreiheit keineswegs stets den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz** [...]. Vielmehr geht bei Meinungsäußerungen, die als **Formalbeleidigung oder Schmähung** anzusehen sind, der Persönlichkeitsschutz der Meinungsfreiheit regelmäßig vor. Bei Meinungsäußerungen, die mit **Tatsachenbehauptungen** verbunden sind, kann die Schutzwürdigkeit vom Wahrheitsgehalt der ihnen zugrundeliegenden tatsächlichen Annahmen abhängen. Sind diese erwiesen unwahr, tritt die Meinungsfreiheit ebenfalls regelmäßig hinter den Persönlichkeitsschutz zurück. Im übrigen kommt es darauf an, welches Rechtsgut im Einzelfall den Vorzug verdient. Dabei ist aber zu beachten, daß in Fragen, die die Öffentlichkeit wesentlich berühren, eine Vermutung zugunsten der freien Rede spricht. Dies ist daher bei der Abwägung zwischen den Rechtspositionen der beteiligten Personen stets mitzuberücksichtigen.

BVerfGE 90, 241, 248 (Auschwitzlüge [1994]) ◀



Der Fall „Künast"

Zusammengefast: 47

- **Wahre Tatsachenbehauptungen** sind grundsätzlich zu *dulden*.
- Bei unbewusst unwahren Behauptungen ist *abzuwägen*.[86]
- **Bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen** sind *nicht* vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit (§ 12 Rn. 6) *umfasst*.
- Bei **Werturteilen** ist eine *Abwägung* zwischen den betroffenen Rechtsgütern vorzunehmen.
- Bei **Formalbeleidigungen** oder **Schmähkritik** geht regelmäßig der *Ehrschutz* vor.

Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls: Die Aufschrift „A.C.A.B." (*All Cops Are Bastards*) wurde vom BVerfG als **Kollektivbeleidigung** eingestuft und nicht als Angriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht einzelner Polizist:in- 48

83 BVerfGE 114, 339, 350 f. (Mehrdeutige Meinungsäußerungen [2005]); dazu *Gomille*, JZ 2012, 769; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 132.

84 BVerfGE 93, 266, 295 (Soldaten sind Mörder [1995]); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 128; *Schwarz*, JA 2017, 241.

85 Eine gute Übersicht bieten *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 5, Rn. 92; *Grimm*, NJW 1995, 1697.

86 BVerfGE 99, 185, 196 ff. (Scientology [1998]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen.[87] Das kann anders zu beurteilen sein, wenn die Aufschrift ostentativ vor einzelnen Einsatzkräften präsentiert wird.

49 Bei der Einordnung einer Meinungsäußerung als Formalbeleidigung oder Schmähkritik ist Vorsicht geboten. Dass eine Aussage polemisch oder verletzend formuliert ist, reicht nicht aus. Vielmehr muss die Diffamierung und Herabsetzung der anderen Person im Vordergrund stehen (siehe hierzu auch die Ausführungen zur *Böhmermann*-Affäre, § 11 Rn. 39 ff.).[88]

50 Das Zitiergebot gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) gilt für die Kommunikationsgrundrechte nicht.[89]

g) Was regelt das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG?

51 Das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG bildet eine zusätzliche Schranken-Schranke für die Kommunikationsgrundrechte.[90] Verboten ist die **Vorzensur**, also ein Verfahren, in dem die beabsichtigte Meinungsäußerung vorab überprüft wird und ohne dessen Abschluss die Meinung nicht öffentlich kundgetan werden darf (bspw. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).[91] Nicht erfasst ist die **Nachzensur** (bspw. nachträgliches Löschen von Inhalten durch soziale Plattformen).

52 Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG richtet sich nur gegen den Staat. Etwaige zivilrechtliche Unterlassungsverfügungen, bspw. eine einstweilige Verfügung gem. §§ 935 ff. ZPO hinsichtlich bestimmter Meinungskundgaben, ergehen zwar im Rechtsverhältnis zwischen Privaten, sind aber staatliche Maßnahmen und daher ebenso umfasst.[92]

h) Wrap-Up: Prüfungsschema

53

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken: insb. Art. 5 Abs. 2 GG

allgemeine Gesetze, gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Jugend, Recht der persönlichen Ehre

ggf. kollidierende Grundrechte

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeit

87 BVerfG NJW 2017, 1092; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 309; a.A. *Rüthers*, NJW 2016, 3337.

88 So BVerfGE 54, 129, 138 f. (Kunstkritik [1980]); 61, 1, 7 f. (NPD Europas [1982]); 93, 266, 289 f. (Soldaten sind Mörder [1995]); BVerfG NJW 2019, 2600; NJW 2019, 3567; NStZ 2021, 439; NJW 2022, 680; NJW 2022, 769; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 128.

89 Vgl. BVerfGE 28, 282, 289 (Zitiergebot bei allg. Gesetzen [1970]).

90 Vgl. BVerfGE 27, 88, 102 (Der Demokrat [1969]); ausführlich *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 262; *Köhne*, RuP 2013, 30.

91 BVerfGE 87, 209, 230 (Tanz der Teufel [1992]); *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 106.

92 *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 110.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

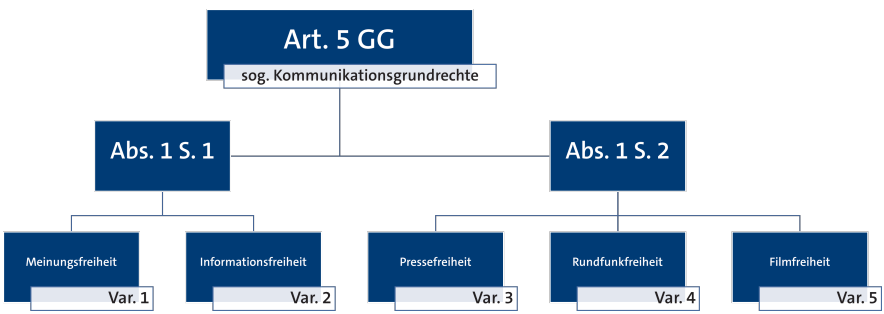
Wechselwirkungslehre

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Gesellschaftliche und politische Relevanz der Kommunikationsfreiheiten

a) Wie lassen sich die Grundrechte in Art. 5 Abs. 1 GG systematisieren?

Art. 5 Abs. 1 GG enthält insgesamt fünf verschiedene Grundrechte: Die Meinungs- und Informationsfreiheit in Satz 1 und die Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit in Satz 2. Gemeinsamer Schutzgegenstand ist die Freiheit der öffentlichen Kommunikation. Daher wird von den Gewährleistungen des Art. 5 GG als **Kommunikationsgrundrechten bzw. -freiheiten** gesprochen: 54



b) Worin besteht die gesellschaftliche Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 GG?

Den Kommunikationsgrundrechten kommt eine zentrale Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen zu. Sie sind „in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit“ überhaupt.[93] In den Worten des US Supreme Court Richters *Benjamin N. Cardozo*, den das BVerfG zitiert: „Of that freedom [freedom of expression] one may say that it is the matrix, the indispensable condition, of nearly any other form of freedom.“[94] Die offene und freie Kommunikation, der Austausch von Ideen, der Zugang zu Informationen und der „Kampf der Meinungen“ sind konstitutiv für eine Demokratie.[95] Bereits in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 findet sich eine Kodifizierung: 55

> ▶ Die freie Mitteilung der Gedanken und Meinungen ist eines der kostbarsten Menschenrechte. Jeder Bürger kann also frei schreiben, reden und drucken unter

93 Siehe BVerfGE 7, 198, 208 (Lüth [1958]); ferner *Hillgruber*, JZ 2016, 495.
94 U.S. Supreme Court, 302 U.S. 319, 327 (1937) – Palko v. Connecticut; zitiert in BVerfGE 7, 198, 208 (Lüth [1958]), dort ohne Quellenangabe.
95 Vgl. BVerfGE 7, 198, 208 (Lüth [1958]); ferner *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorbehalt der Verantwortlichkeit für den Missbrauch dieser Freiheit in den durch das Gesetz bestimmten Fällen.

Art. 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte ◀

56 Das BVerfG erkennt ebenfalls früh die Bedeutung der Kommunikationsfreiheiten für den demokratischen Willensbildungsprozess an und formuliert:

▶ Das Grundgesetz hat dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung erhöhte Bedeutung verliehen. Wie der Senat schon in früheren Urteilen ausgeführt hat, ist die Meinungsfreiheit als **unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte**; schon das verleiht ihr besonderes Gewicht. Darüber hinaus ist das Grundrecht **für die freiheitliche demokratische Grundordnung schlechthin konstituierend**, indem es den geistigen Kampf, die freie Auseinandersetzung der Ideen und Interessen gewährleistet, die für das Funktionieren dieser Staatsordnung lebensnotwendig ist. Nur die freie öffentliche Diskussion über Gegenstände von allgemeiner Bedeutung sichert die freie Bildung der öffentlichen Meinung, die sich im freiheitlich demokratischen Staat notwendig „pluralistisch" im Widerstreit verschiedener und aus verschiedenen Motiven vertretener, aber jedenfalls in Freiheit vorgetragener Auffassungen, vor allem in Rede und Gegenrede vollzieht. Jedem Staatsbürger ist durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG das Recht gewährleistet, an dieser öffentlichen Diskussion teilzunehmen.

BVerfGE 12, 113, 125 (Schmid-Spiegel [1961]) ◀

57 Darüber hinaus kommt den Rechten des Art. 5 Abs. 1 GG auch auf Ebene des Individuums eine zentrale Rolle zu. So ist die freie Meinungsäußerung elementar für die eigene Persönlichkeitsfindung und Selbstdarstellung in der Gesellschaft.

2. Digitalisierung der Meinungsfreiheit

a) Welche Auswirkungen hat das Internet auf die Meinungsfreiheit?

◆ 58 Die Kommunikation zwischen Individuen hat sich durch die Digitalisierung zunehmend aus der analogen Welt in den virtuellen Raum verschoben. Das Internet beeinflusst den menschlichen Informationsaustausch: Meinungen können einfacher, schneller und ungefilterter verbreitet werden.[96] Dies birgt natürlich auch erhebliches Missbrauchspotential. So wird über das Internet im Schutz der Anonymität Hass und Hetze verbreitet (***hate speech***)[97] oder versucht, Einfluss auf Menschen zu nehmen (bspw. Wahlmanipulation durch ***fake news***).[98] Die Meinungsfreiheit gewinnt durch das Internet damit einerseits neue Bedeutungsdimensionen, andererseits muss der Schutz der Meinungsfreiheit an die damit einhergehenden Risikopotentiale angepasst werden.

„Hate-Speech"-Gesetz

96 Siehe *Vogelsang*, Kommunikationsformen des Internetzeitalters im Lichte der Kommunikationsfreiheiten des Grundgesetzes, 2017; *Franzius,* JZ 2016, 650; allgemein zu den Herausforderungen der Digitalisierung des Rechts, siehe *Towfigh/Fecke*, ZdiW 2022, 237; 305.

97 Dazu *Ceffinato*, JuS 2020, 495; zu sog. „Hate Storms" siehe *Hoven/Witting*, NJW 2021, 2397.

98 Zur Ambivalenz der Anonymität in der liberalen Demokratie *Kersten*, JuS 2017, 193.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bedeutende Intermediäre sind dabei **soziale Netzwerke** wie *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* oder *YouTube*. An ihre Verantwortung knüpfen Gesetze wie das NetzDG an, das Plattformen verpflichtet, strafbare Inhalte von Nutzer:innen zu löschen und an das Bundeskriminalamt zu melden (§§ 3a ff. NetzDG[99]). Ob derlei Regelungen zur Klärung der Rechtslage jedoch geeignet sind oder nicht vielmehr eine Reihe neuer Rechtsfragen aufwerfen, ist Gegenstand lebhafter Diskussionen.[100] 59

b) Stellen Plattformbetreiber eine strukturelle Gefahr für die Meinungsfreiheit dar?

Durch die Filterung der Anzeige von Inhalten nach Präferenzen der Nutzer:innen seitens der sozialen Netzwerke und Plattformen droht die Entstehung von **Filterblasen** (auch Echokammern). Dies kann dazu führen, dass einzelne Nutzer:innen nur noch Meinungen wahrnehmen, die ihrer eigenen entsprechen.[101] Das sichtbare Meinungsspektrum wird dadurch eingeschränkt, der gesellschaftliche Diskurs polarisiert sich. Der BGH hat in einer Entscheidung zu *Facebook* festgestellt, dass soziale Netzwerke strenger sein dürfen als der Gesetzgeber, wenn es um die Grenzen der Meinungsfreiheit geht:[102] Inhalte von Nutzer:innen können bspw. bereits wegen Verstößen gegen Nutzungsbedingungen (*community standards*) der Plattform gelöscht werden. Zudem können Dritte, insbesondere aufgrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), Löschungsansprüche geltend machen, was zu **Overblocking** führen kann.[103] Auch scheint es nicht ausgeschlossen, dass Dritte mit wirtschaftlichen oder politischen Interessen Druck auf Plattformenbetreiber ausüben. Diese strukturellen Gefahren stellen ein erhebliches Risiko für die Meinungsfreiheit dar. 60

c) Kann eine Bindung der Plattformbetreiber an die Grundrechte die strukturellen Risiken der Digitalisierung für die Meinungsfreiheit einhegen?

Grundrechte können im Wege der mittelbaren Drittwirkung (§ 3 Rn. 29 ff.) auch zwischen Privaten Wirkung entfalten. In seiner Stadionverbots-Entscheidung[104] (§ 3 Rn. 37 ff.) hat das BVerfG „spezifische Konstellationen" benannt, in denen Private einer intensivierten mittelbaren Bindung an die Grundrechte unterliegen. Diese ließen sich auf soziale Netzwerke übertragen: Der Zugang zu solchen Plattformen ist mittlerweile für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben essenziell, zumal viele von ihnen über erhebliche Marktmacht verfügen.[105] In 61

99 Es wird zurzeit gerichtlich geklärt, ob die Vorschriften europarechtskonform sind; dagegen etwa VG Köln MMR 2022, 330.

100 Siehe etwa *Hong*, VerfBlog, 2018/1/09.

101 Vgl. *Brühl/Brunner/Ebitsch*, Der Facebook-Faktor, SZ-Artikel; *Drexl*, ZUM 2017, 529; *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498; zur zielgruppenbasierten Ansprache von Wahlberechtigten durch politische Parteien, siehe *Towfigh/Luckey*, RW 2022, 61.

102 Siehe BGH ZD 2021, 639; dazu *Adelberg*, K&R 2022, 19.

103 Vgl. *Cornils*, NJW 2021, 2465; *Friehe*, NJW 2020, 1697; *Mitsch*, DVBl. 2019, 811; *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 43.

104 BVerfGE 148, 267, 283 (Stadionverbot [2018]).

105 Dieser Umstand führt bereits zu kartellrechtlichen Verfahren siehe etwa BGH NZKart 2020, 473; dazu *Schweitzer*, JZ 2022, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Fraport-Entscheidung[106] (§ 13 Rn. 25 ff.) erklärt das BVerfG, dass beim Betrieb öffentlicher Foren die Kommunikationsfreiheiten zu achten sind; auch dieser Gedanke ließe sich auf virtuelle Foren übertragen. In seinem Urteil zum Bierdosen-Flashmob[107] erstreckt das BVerfG diese Argumentation schließlich auf private (staatsfreie) Kommunikationsräume: Die Privatisierung von Kommunikationsforen dürfe nicht dazu führen, dass gesellschaftliche Konflikte nicht mehr frei ausgetragen und diskutiert werden.[108]

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird vertreten, dass eine stärkere Sozialbindung von Internet-Plattformen angesichts der wachsenden Bedeutung für die Teilnahme am öffentlichen Diskurs gerechtfertigt sei.[109]

Insgesamt ist zu beobachten, dass soziale Plattformen vermehrt Gegenstand grundrechtlich fundierter Gerichtsentscheidungen werden.[110] Ob das BVerfG damit einen Weg zu einer intensiveren (wenngleich weiterhin mittelbaren) Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke vorzeichnet, bleibt abzuwarten.

◆ 62 Eine aus den Grundrechten ableitbare Pflicht der sozialen Netzwerke, die Meinungsfreiheit zu achten, lässt sich nach dem Vorgesagten durchaus konstruieren. Eine solche Verfassungsinterpretation behandelt die Internet-Plattformen aber im Ergebnis faktisch wie Grundrechtsadressaten. Das stellt einen Systembruch dar und birgt die Gefahr der **Konfusion** (Rn. § 3 Rn. 18), weil die Plattformbetreiber zugleich Grundrechtsträger sind. Auch aus Gründen der Gewaltenteilung sowie aus staatsorganisationsrechtlicher und prozessualer Perspektive wäre daher die einfachgesetzliche Regulierung der Internet-Plattformen ein probateres Mittel:[111] Der parlamentarische Gesetzgeber würde seiner ihm verfassungsrechtlich zugedachten Aufgabe entsprechend den Ausgleich zwischen widerstreitenden Individualinteressen und dem Schutz elementarer Gemeinwohlbelange regeln; und das BVerfG würde ggf. nach Anrufung durch Plattformbetreiber oder Nutzer:innen überprüfen, ob Gesetzgebung, Verwaltung und Fachgerichte bei Erlass und Anwendung des einfachen Rechts den Grundrechten – etwa der Meinungsfreiheit – ausreichend Rechnung getragen haben. Ein solches Arrangement beugt auch der Gefahr einer Petrifizierung (Versteinerung) der Regulierung vor: Eine Lösung auf Ebene des Verfassungsrechts ist sehr viel weniger dynamisch und flexibel als einfachgesetzliche Regulierung. Dass das BVerfG nach hiesiger Lesart gleichsam als Ersatzgesetzgeber auftritt, ist wohl damit zu begründen, dass die Legislative eine umfassende und kohärente Regelung der Materie bisher schuldig geblieben ist. Gesetze wie das NetzDG auf Bundesebene oder der Digital Services Akt auf Ebene der EU könnten dazu führen, dass sich das BVerfG künftig seltener in Verlegenheit sieht, an Stelle der Legislative Regelungslücken zu schließen.

106 BVerfGE 128, 226 (Fraport [2011]).
107 BVerfGE 139, 378 (Bierdosenflashmob [2015]).
108 BVerfGE 139, 378, Rn. 9 (Bierdosenflashmob [2015]).
109 Dazu *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97; *Raue*, JZ 2022, 232; *Schiedermair/Weil*, DÖV 2022, 305.
110 Siehe BVerfG NJW 2019, 1935; OLG Karlsruhe NJW-RR 2019, 1006.
111 Vgl. zu einer möglichen zivilrechtlichen Umsetzung *Raue*, JZ 2018, 961, 967.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Caroline und die Europäisierung der Meinungsfreiheit

a) Worum geht es in den Caroline-Entscheidungen?

Prinzessin *Caroline von Monaco* (heute Prinzessin *Caroline von Hannover*) klagte gegen die Veröffentlichung von Fotos in den Zeitschriften *Freizeit Revue* und *Bunte* des Burda-Verlags. Dabei rügte sie eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 15 ff.) durch die zivilgerichtlichen Urteile, welche nur die Veröffentlichung eines Teils der Fotografien untersagten. Das BVerfG beschäftigt sich im Kern mit der Frage, wie das öffentliche Informationsinteresse und das allgemeine Persönlichkeitsrecht bei der Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG im Einzelfall in Ausgleich zu bringen sind, also mit dem Spannungsverhältnis des Rechts auf Privatsphäre – insbesondere von Prominenten – zur Pressefreiheit.[112] In der Folge entwickelte sich – über ihre jeweilige Rechtsprechung – ein ebenso eindrucksvoller wie beispielsloser Diskurs zwischen BVerfG und EGMR. 63

Jurafuchs
JuS 2013, 522
JuS 2021, 247
ZJS 2021, 624

b) Wie ist die Chronologie der Caroline-Entscheidungen?

Der BGH hatte zunächst entschieden, dass die Veröffentlichung der Paparrazi-Fotos mit einer Ausnahme (Bilder, die sie mit *Vincent Lindon* in einem Gartenlokal zeigen) zulässig war.[113] Dagegen erhob Prinzessin *Caroline von Monaco* Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG äußerte sich zunächst zur Bildberichterstattung im Rahmen von Unterhaltungsjournalismus: 64

> ▶ Die Presse muß nach **publizistischen Kriterien entscheiden dürfen**, was sie des öffentlichen Interesses für wert hält und was nicht. Daß die Presse eine meinungsbildende Funktion zu erfüllen hat, schließt die Unterhaltung nicht aus der verfassungsrechtlichen Funktionsgewährleistung aus. **Meinungsbildung und Unterhaltung sind keine Gegensätze**. Auch in unterhaltenden Beiträgen findet Meinungsbildung statt. Sie können die Meinungsbildung unter Umständen sogar nachhaltiger anregen oder beeinflussen als ausschließlich sachbezogene Informationen. Zudem läßt sich im Medienwesen eine wachsende Tendenz beobachten, die Trennung von Information und Unterhaltung sowohl hinsichtlich eines Presseerzeugnisses insgesamt als auch in den einzelnen Beiträgen aufzuheben und Information in unterhaltender Form zu verbreiten oder mit Unterhaltung zu vermengen („Infotainment"). Viele Leser beziehen folglich die ihnen wichtig oder interessant erscheinenden Informationen gerade aus unterhaltenden Beiträgen. Aber auch der bloßen Unterhaltung kann der Bezug zur Meinungsbildung nicht von vornherein abgesprochen werden.
>
> **BVerfGE 101, 361, 389 f. (Caroline von Monaco II [1999])** ◀

Darüber hinaus betonte das BVerfG, dass der Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, § 17 Rn. 16 ff.) verstärkenden Einfluss auf das allgemeine Persön- 65

112 Siehe *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 319 ff.; ferner *Kuschel*, Jura 2022, 904; *Vacca*, Jura 2013, 594.

113 BGH NJW 1996, 1128.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichkeitsrecht habe.[114] Dies habe der BGH hinsichtlich der Bilder, die *Caroline von Monaco* mit ihren Kindern zeigten, nicht hinreichend berücksichtigt. Im Übrigen wurde die Verfassungsbeschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

66 Der anschließend angerufene EGMR vertrat dagegen die Auffassung, dass die Reichweite der Äußerungsfreiheit des Art. 10 EMRK im Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) Grenzen finde.[115] Im Fokus der Argumentation stand dabei, inwiefern die Bilder einen „Beitrag zur Diskussion in einer demokratischen Gesellschaft leisten".[116] Der Äußerungsfreiheit des Art. 10 EMRK komme umso mehr Gewicht zu, je wichtiger sie für die öffentliche (politische) Meinungsbildung sei; umgekehrt schwinde ihr Gewicht – im Verhältnis zum Recht auf Achtung des Privatlebens –, je mehr private (kommerzielle) Aspekte im Vordergrund stünden. Der EGMR verurteilte Deutschland wegen nicht ausreichenden Schutzes durch die deutschen Gerichte zu Schadensersatz in Höhe von 115.000 €.

67 Das BVerfG übernahm in der Folge diese Argumentation des EGMR und rückte den Schutz der Privatsphäre stärker in den Fokus. An die Stelle einer pauschalen Einordnung von Prominenten als „Personen der Zeitgeschichte" i.S.v. § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG habe eine Einzelfallentscheidung, ob die jeweiligen Abbildungen zeitgeschichtlich relevant (genug) seien. Entscheidendes Kriterium sei daher, inwieweit die Bildberichterstattung für die öffentliche Meinungsbildung relevant sei:

> ▶ Im Zuge der Gewichtung des Informationsinteresses haben die Gerichte allerdings von einer inhaltlichen Bewertung der betroffenen Darstellungen als wertvoll oder wertlos, als seriös und ernsthaft oder unseriös abzusehen und sind auf die Prüfung und Feststellung beschränkt, **in welchem Ausmaß der Bericht einen Beitrag für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung zu erbringen vermag.**
>
> Soweit das Bild nicht schon als solches eine für die öffentliche Meinungsbildung bedeutsame Aussage enthält, ist sein Informationswert im Kontext der dazu gehörenden Wortberichterstattung zu ermitteln. So können Bilder einen Wortbericht ergänzen und dabei der Erweiterung seines Aussagegehalts dienen, etwa der Unterstreichung der Authentizität des Geschilderten. Auch kann ein von Art. 5 Abs. 1 GG geschütztes Informationsanliegen darin liegen, durch Beigabe von Bildnissen der an dem berichteten Geschehen beteiligten Personen die Aufmerksamkeit des Lesers für den Wortbericht zu wecken. Wird die Nutzung auch von Bildern zugelassen, die außerhalb des berichteten Geschehens entstanden sind, kann dies dazu beitragen, die **belästigenden Auswirkungen für die betroffenen prominenten Personen zu vermeiden**, die einträten, wäre die Bebilderung eines Berichts allein mit im Kontext des berichteten Geschehens gewonnenen Bildnissen zulässig. **Beschränkt sich der begleitende Bericht allerdings allein darauf, irgendeinen Anlass für die Abbildung einer prominenten Person zu schaffen, so lässt die Berichterstat-**

114 BVerfGE 101, 361, 385 f. (Caroline von Monaco II [1999]).
115 Vgl. EGMR v. 24.6.2004, 59320/00 – Caroline von Hannover I; dazu *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 5, Rn. 134; *Starck*, JZ 2006, 76.
116 Vgl. EGMR v. 24.6.2004, 59320/00 – Caroline von Hannover I.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung nicht erkennen. Insofern ist es verfassungsrechtlich nicht angezeigt, dem Veröffentlichungsinteresse den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz einzuräumen.

BVerfGE 120, 180, 206 f. (Caroline von Monaco III [2008]) ◀

Im Ergebnis hat die EGMR-Rechtsprechung die deutsche Rechtsprechung zugunsten des Schutzes der Privatsphäre verändert. Diese jüngere deutsche Rechtsprechung wurde vom EGMR als konventionskonform bestätigt.[117] 68

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Was umfasst der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK?

Art. 10 Abs. 1 EMRK erfasst wie Art. 5 Abs. 1 GG mehrere Kommunikationsfreiheiten[118] – neben der Meinungsfreiheit die Presse- und Rundfunkfreiheit sowie die Informationsfreiheit (zum Schutz der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit durch Art. 10 Abs. 1 EMRK, § 11 Rn. 45). 69 ◆

Zentrale Bedeutung kommt dem Begriff der Meinung zu. Im Rahmen des Schutzbereichs findet grundsätzlich keine inhaltliche Bewertung der Meinungsäußerung statt.[119] Eine Ausnahme gilt für das Missbrauchsverbot des Art. 17 EMRK. So hat der EGMR etwa die Holocaustleugnung aus dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 EMRK ausgenommen (vgl. Wunsiedel-Beschluss, § 12 Rn. 39 f.): das BVerfG löst das Problem auf der Rechtfertigungsebene).[120] 70 ◆

Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK erfasst seinem Wortlaut nach auch „Informationen und Ideen". Der EGMR legt daher den Meinungsbegriff grundsätzlich weit aus und schützt sowohl Werturteile[121] als auch Tatsachenbehauptungen.[122] Anders als bei Art. 5 GG spielt die Unterscheidung allerdings nicht auf Ebene des Schutzbereichs, sondern erst auf Rechtfertigungsebene eine Rolle. Zudem werden auch bewusst unwahre Äußerungen grundsätzlich von Art. 10 Abs. 1 EMRK erfasst. Geschütztes Verhalten ist der Empfang und die Weitergabe von Informationen und Ideen. 71 ◆

Der EGMR leitet ferner aus Art. 10 Abs. 1 EMRK ein Recht gegen den Staat auf Auskunftserteilung ab.[123] Dieses gilt indessen nicht absolut, die Reichweite bestimmt sich nach dem jeweiligen Einzelfall. 72 ◆

117 Siehe EGMR v. 7.2.2012, 40660/08 und 60641/08 – Caroline von Hannover II.
118 Einen guten Überblick bietet *Payandeh*, JuS 2016, 690.
119 EGMR v. 7.2.2012, 40660/08 und 60641/08 – Caroline von Hannover II.
120 Vgl. EGMR v. 23.9.1998, 24662/94, Rn. 47 – Lehideux/Frankreich; siehe auch EGMR v. 24.6.2003, 65831/01 – Garaudy/Frankreich.
121 Vgl. EGMR v. 18.10.2011, 10247/09, Rn. 68 – Sosinoswka/Polen.
122 EGMR v. 25.3.1985, 8734/79 – Barthold/Deutschland; EGMR v. 16.2.2021, 23922/19 -Gawlik/Liechtenstein.
123 EGMR v. 8.11.2016, 18030/11, Rn. 149 ff. – Magyar Helsinki Bizottság.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wie sind Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 EMRK zu rechtfertigen?

◆ 73 Eingriffe in die Kommunikationsfreiheiten können unter den Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden. Danach sind drei Schritte zu berücksichtigen:

Zunächst bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. Anders als bei Art. 5 Abs. 1 GG sind dabei allerdings keine besonderen Anforderungen an die einschränkenden Gesetze zu stellen. Die gesetzliche Grundlage allerdings muss öffentlich einsehbar sein, um es den Normadressaten zu ermöglichen ihr Verhalten entsprechend auszurichten.[124] Darüber hinaus muss die Beschränkung einem legitimen Zweck dienen; Art. 10 Abs. 2 EMRK enthält einen abschließenden Katalog legitimer Ziele. Schließlich muss dargelegt werden, dass die Beschränkung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Diesbezügliche Ausführungen können sich an der aus der verfassungsrechtlichen Dogmatik bekannten Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.) orientieren.

3. Was umfasst der Schutzbereich des Art. 11 EU-GRCh?

◆ 74 Der Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EU-GRCh ist identisch mit dem des Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK. In Art. 11 Abs. 2 EU-GRCh werden Freiheit und Pluralität der Medien (sog. **Medienfreiheit**) gewährleistet. Der EuGH orientiert sich bei der Auslegung der Kommunikationsfreiheiten dabei ausdrücklich an der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 Abs. 1 EMRK.[125] Der Schutzbereich von Abs. 1 umfasst die positive und negative Freiheit, eine Meinung zu äußern oder auf eine bestimmte Weise zu verbreiten bzw. dies nicht zu tun. Insoweit ergeben sich keine Unterschiede zu den Ausführungen zum Schutzgehalt des Art. 10 Abs. 1 EMRK.

4. Wie sind Eingriffe in Art. 11 EU-GRCh zu rechtfertigen?

◆ 75 Auf Rechtfertigungsebene gilt die allgemeine Schranke des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh. Ein Rückgriff auf diese ist gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh allerdings ausgeschlossen, soweit die EMRK weitergehenden Schutz gewährleistet. Auch in der Rechtfertigungsprüfung des Art. 11 EU-GRCh sind daher die Schranken des Art. 10 Abs. 2 EMRK – unter Berücksichtigung etwaiger unionsrechtlicher Besonderheiten – von Bedeutung.[126] So muss der legitime Zweck unionsrechtlicher Natur sein. Der EuGH sieht bspw. in den Vorgaben zur Verpackung von Tabakerzeugnissen einen Eingriff in Art. 11 Abs. 1 EU-GRCh, der aber aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt ist.[127] Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist sodann eine Güterabwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem verfolgten legitimen Zweck vorzunehmen.[128]

124 EGMR v. 17.2.2004, 44158/98, Rn. 64 f. – Gorzelik ua/Polen.
125 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1997:325, Rn. 26 – Familiapress; ECLI:EU:C:2001:127, Rn. 40 f. – Connolly/Europäische Kommission; ECLI:EU:C:2011:543, Rn. 31 – Patriciello.
126 *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 11, Rn. 29 ff.
127 EuGH, EU:C:2016:325, Rn. 147 ff. – Philipp Morris.
128 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:1992:414, Rn. 38 – Ter Voort; ECLI:EU:C:2001:701, Rn. 19 – Kommission/Cwik.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Schrankenregelung für Art. 11 Abs. 2 EU-GRCh ist abhängig von der Qualifizierung des Absatzes: Ordnet man die Medienfreiheit als eigenständiges Grundrecht ein, so liegt insoweit keine Übereinstimmung mit Art. 10 EMRK vor. Folglich bleibt es – mangels Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh – bei der allgemeinen Grundrechtsschranke des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh. Betrachtet man hingegen die Medienfreiheit (Absatz 2) und die Meinungsäußerungsfreiheit (Absatz 1) als einheitliches Grundrecht, gelten auch hier aufgrund von Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh die Schranken des Art. 10 Abs. 2 EMRK.[129] 76

129 Vgl. *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 11, Rn. 31 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 13 Versammlungsfreiheit

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG 2
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit? 2
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit? 4
c) Welches Verhalten schützt die Versammlungsfreiheit? 10
d) Welche Funktionen sind der Versammlungsfreiheit beizumessen? 12
e) Was sind Eingriffe in die Versammlungsfreiheit? 13
f) Was sind die Schranken der Versammlungsfreiheit? 16
g) Was sind die Schranken-Schranken der Versammlungsfreiheit? 18
h) Wrap-Up: Prüfungsschema 22
2. Die Fraport-Entscheidung 23
a) Sachverhalt 23
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 24
c) Relevanz der Fraport-Entscheidung 28
II. Vertiefung und Kontextualisierung 30
1. Welche gesellschaftliche Bedeutung hat die Versammlungsfreiheit? 30
2. Werden Protestcamps vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst? 32
III. Europarechtliche Dogmatik 37
1. Was ist der Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 EMRK? 37
2. Wie sind Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 EMRK zu rechtfertigen? 39
3. Was ist der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh? 40
4. Wie sind Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh zu rechtfertigen? 41

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die Definition von „Versammlung“ (§ 13 Rn. 4 ff.)
- die verschiedenen Auffassungen zum gemeinsamen Zweck einer Versammlung (§ 13 Rn. 6)
- die wesentlichen Aussagen der Fraport-Entscheidung des BVerfG (§ 13 Rn. 24 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Schranken für Versammlungen unter freiem Himmel und für solche in geschlossenen Räumlichkeiten (§ 13 Rn. 16 f.)
- ob auch die Bestimmung von Versammlungsmodalitäten vom Schutzbereich des Art. 8 GG umfasst wird (§ 13 Rn. 10)
- inwieweit Protestcamps vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst sind (§ 13 Rn. 32 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung der Versammlungsfreiheit (§ 13 Rn. 22)
- die Darstellung der Bedeutung der Versammlungsfreiheit für die Demokratie (§ 13 Rn. 30 f.)
- ◆ den Aufbau der Prüfung der europarechtlichen Gewährleistungen der Versammlungsfreiheit (§ 13 Rn. 37 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- ob die Anmelde- und Erlaubnispflicht des § 14 VersG mit Art. 8 Abs. 1 GG vereinbar ist (§ 13 Rn. 20 f.)
- ab wann eine Versammlung als unfriedlich zu qualifizieren ist (§ 13 Rn. 9)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- wer sich auf die Versammlungsfreiheit berufen kann (§ 13 Rn. 2 f.)
- welche Schutzpflichten den Staat hinsichtlich der ordnungsgemäßen Durchführung einer Versammlung treffen (§ 13 Rn. 12)
- wann ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit anzunehmen ist (§ 13 Rn. 13 ff.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- ◆ weshalb unterschiedliche Schranken für Versammlungen unter freiem Himmel und solchen in geschlossenen Räumlichkeiten bestehen (§ 13 Rn. 16 f.)
- ◆ weshalb die Versammlungsfreiheit insgesamt weit verstanden werden muss, um einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten (§ 13 Rn. 31)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Die Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit?

Die Versammlungsfreiheit ist ein Deutschengrundrecht (§ 3 Rn. 12). Unter Berücksichtigung des Art. 18 Abs. 1 AEUV können sich EU-Ausländer:innen (§ 3 Rn. 25 f.) auf Art. 8 Abs. 1 GG ebenfalls berufen. 2

Auch juristische Personen fallen unter den in Art. 19 Abs. 3 GG normierten Voraussetzungen in den persönlichen Schutzbereich der Versammlungsfreiheit. 3

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG

Zwar können sie sich nicht selbst im eigentlichen Wortsinn „versammeln", gleichwohl können sie eine Versammlung vorbereiten, organisieren oder leiten. Insofern ist das Grundrecht wesensmäßig auf inländische juristische Personen des Privatrechts anwendbar. Der Versammlung selbst fehlt es umgekehrt hingegen an organisatorischer Verfasstheit, so dass sie nicht als juristische Person selbst Trägerin des Grundrechts sein kann.[1]

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Versammlungsfreiheit?

4 Eine Versammlung ist eine

- örtliche Zusammenkunft
- von mehreren Menschen
- zu einem gemeinsamen Zweck.[2]

Seinem Wortlaut nach setzt Art. 8 Abs. 1 GG eine friedliche und waffenlose Versammlung voraus. Ob es sich um eine Versammlung unter freiem Himmel oder in geschlossenen Räumlichkeiten handelt, ist hingegen keine Frage des Schutzbereichs, sondern der Schranken des Art. 8 Abs. 1 GG (§ 13 Rn. 16 f.).

5 Aus der Formulierung „**örtliche Zusammenkunft**" wird abgeleitet, dass eine rein „virtuelle Versammlung" auf einer sozialen Plattform nicht erfasst ist,[3] was wird inzwischen allerdings teilweise anders bewertet wird.[4] Da sich „**mehrere Menschen**" versammeln müssen, scheiden „Ein-Personen-Demonstrationen" von vornherein aus. Wie viele Menschen letztlich zusammenkommen müssen, ist umstritten: Eine Auffassung orientiert sich an Größenordnungen aus dem zivilrechtlichen Vereinsrecht:[5] So schreibt § 56 BGB für die Gründung eines Vereins eine Mindestanzahl von sieben Personen vor; § 73 BGB legt die Mindestanzahl der Vereinsmitglieder auf drei Personen fest. Dem ist entgegenzuhalten, dass das einfache Recht – mit gewissen Einschränkungen bei normgeprägten Grundrechten (§ 4 Rn. 44 ff.) – die Auslegung des Verfassungsrechts nicht determinieren kann, und dass die Anforderungen von jenen, die an die Gründung einer rechtsfähigen Vereinigung gestellt werden, abweichen können. Angesichts der Bedeutung der Versammlungsfreiheit (§ 13 Rn. 30 f.) für das demokratische Gemeinwesen genügen vielmehr schon zwei Personen für die Annahme einer Versammlung – ein plastisches Argument dafür ist, dass man sich mit dem oder der „letzten Freund:in" versammeln können muss.[6] In der Prüfung sollte diese Problematik nur diskutiert werden, wenn der Sachverhalt dazu Anlass gibt.

JuS 2021, 153

1 *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 34.
2 Siehe *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 15 m.w.N.; *v. Coelln,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 8, Rn. 8 ff.
3 So *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 49; *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 15.
4 Siehe *Kersten*, JuS 2017, 193, 198.
5 Vgl. *Blancke*, in: Stern/Becker, GG Kommentar, 3. Aufl., Art. 8, Rn. 18.
6 So *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darüber hinaus ist umstritten, welche Anforderungen an den **gemeinsamen Zweck** der Teilnehmer:innen zu stellen sind. Dazu werden drei Auffassungen vertreten:[7] 6

	BVerfG: enger Versammlungsbegriff	a.A.: erweiterter Versammlungsbegriff[8]	a.A.: weiter Versammlungsbegriff[9]
Zweck der Versammlung	Meinungsbildung/ -äußerung	Meinungsbildung/ -äußerung	jeder Zweck
Gegenstand der Meinungsbildung/ -äußerung	öffentliche Angelegenheiten	öffentliche und private Angelegenheiten	keine Meinungsbildung erforderlich

Das BVerfG fordert einen auf die öffentliche Meinungsbildung gerichteten Zweck.[10] Geschützt sind auch nonverbale Versammlungsformen wie Mahnwachen oder Menschenketten. Das BVerfG formuliert: 7

> ▶ Art. 8 GG schützt die Freiheit der Versammlung als Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung. Der besondere Schutz der Versammlungsfreiheit beruht auf ihrer Bedeutung für den **Prozess öffentlicher Meinungsbildung** in der freiheitlichen demokratischen Ordnung des Grundgesetzes. Der Schutz reicht daher über den der allgemeinen Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG hinaus. Die Grundrechtsausübung unterliegt insbesondere nur den in Art. 8 Abs. 2 GG vorgesehenen Schranken. Dieses auf kollektive Meinungsäußerung gerichtete Grundrecht kommt Mehrheiten wie Minderheiten zugute und verschafft auch denen **Möglichkeiten zur Äußerung in einer größeren Öffentlichkeit, denen der direkte Zugang zu den Medien versperrt ist**.
>
> Für die Eröffnung des Schutzbereichs reicht es wegen seines Bezugs auf den Prozess öffentlicher Meinungsbildung nicht aus, dass die Teilnehmer bei ihrer gemeinschaftlichen kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden sind. Vorausgesetzt ist vielmehr zusätzlich, dass die Zusammenkunft auf die **Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung** gerichtet ist. Versammlungen im Sinne des Art. 8 GG sind demnach örtliche Zusammenkünfte mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung.
>
> **BVerfGE 104, 92, 104 (Sitzblockaden III [2001])** ◀

Das BVerfG hat damit reine **Unterhaltungsveranstaltungen** (z.B. Spiele der Fußball-Bundesliga) aus dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG ausgenommen, etwa wenn Meinungskundgaben nur bei Gelegenheit der Versammlung erfolgen.[11] Hierfür spricht insbesondere der Schutzzweck der Versammlungsfreiheit, der 8

7 Siehe auch *Bredt*, NVwZ 2007, 1358.
8 Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl., Rn. 807 ff.
9 Vgl. *Höfling*, in: Sachs, GG Kommentar, 9. Aufl., Art. 8, Rn. 16 ff.
10 So auch *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 39 m.w.N.; *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 17 ff.
11 Siehe BVerfG NJW 2001, 2459.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerade auf die Gewährleistung eines Meinungsbildungsprozesses gerichtet ist. Eine **innere Verbundenheit** fehlt ferner bei bloßen Menschenansammlungen,[12] zum Beispiel Gaffer:innen bei einem Unfall oder bei Menschenaufläufen an Informationsständen. In diesen Konstellationen verfolgen die Individuen gerade keinen gemeinsamen Zweck.

9 Die Worte „**friedlich und ohne Waffen**" stellen keine Schranke, sondern eine Schutzbereichsbegrenzung dar:[13] unfriedliche Versammlungen und Versammlungen Bewaffneter fallen somit bereits aus dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG heraus. Eine Versammlung ist friedlich, solange sie keinen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt.[14] Wenn *einzelne* Teilnehmer:innen Straftaten begehen oder sich aggressiv gegenüber anderen Personen und Sachen verhalten, ist dadurch indes noch nicht die gesamte Versammlung als unfriedlich zu qualifizieren.[15] Waffen i.S.d. Art. 8 Abs. 1 GG meint neben Waffen im technischen Sinne (Gewehre, Schwerter etc.), auch solche Gegenstände, die dazu verwendet werden können, Sachbeschädigungen und Körperverletzungen herbeizuführen und subjektiv dazu bestimmt sind, diesem Zweck zu dienen.[16]

JuS 2014, 708
JuS 2017, 1093

c) Welches Verhalten schützt die Versammlungsfreiheit?

10 Die Versammlungsfreiheit schützt neben der Durchführung der Versammlung an sich auch die Freiheit, über den Gegenstand, den Ablauf, die Zeit und den Ort der Versammlung sowie darüber zu bestimmen, ob die Versammlung bspw. an einem festen Ort stattfindet oder sich fortbewegt(bspw. Demonstrationszüge).[17] Grundsätzlich gewährt Art. 8 Abs. 1 GG das Recht, sich an allen Orten zu versammeln, die dem allgemeinen öffentlichen Verkehr zugänglich sind (dazu die Fraport-Entscheidung, § 13 Rn. 25 ff.).[18] Unerheblich ist dabei, ob der Ort (bspw. ein Einkaufszentrum) in staatlicher oder privater Trägerschaft liegt, solange er für den öffentlichen Publikumsverkehr geöffnet ist.[19]

ZJS 2012, 347
JA 2020, 202
JuS 2021, 421

Darüber hinaus ist auch die Freiheit geschützt, sich gerade *nicht* an einer Versammlung zu beteiligen (sog. **negative Versammlungsfreiheit**).

11 Da die Zusammenkunft mehrerer Menschen einen nicht unerheblichen Organisationsaufwand erzeugen kann, sind auch **Vorbereitungsmaßnahmen** (bspw. die Ankündigung der Versammlung oder das Organisieren von Räumlichkeiten) geschützt. In der jüngeren Rechtsprechung wurde in diesem Zusammenhang vor allem der grundrechtliche Schutz von Protestcamps (§ 13 Rn. 32 ff.) diskutiert,

12 *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 45 ff.
13 Vgl. *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 22 f.
14 Siehe BVerfGE 73, 206, 249 (Sitzblockaden I [1986]).
15 BVerfGE 69, 315, 359 f. (Brokdorf [1985]); dazu auch OVG Münster BeckRS 2018, 22108, Rn. 8.
16 Vgl. *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 62.
17 Vgl. BVerfGE 69, 315, 343 (Brokdorf [1985]); 104, 92, 108 (Sitzblockaden III [2001]); siehe *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 30 ff. m.w.N.
18 Siehe BVerfGE 128, 226, 251 ff. (Fraport [2011]); *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 71.
19 BVerfG NJW 2015, 2485; dazu *Schulenberg*, DÖV 2016, 55; ausführlich *Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die zum Aufenthalt der Teilnehmer:innen während der Versammlung eingerichtet wurden.[20]

d) Welche Funktionen sind der Versammlungsfreiheit beizumessen?

12 Der Versammlungsfreiheit kommen mehrere Grundrechtsfunktionen zu: In erster Linie geht es um die Abwehr staatlicher Eingriffe (bspw. durch **Versammlungsverbote**, **Auflösung** oder **Ausschluss** einzelner Teilnehmer:innen).[21] Zudem enthält Art. 8 Abs. 1 GG eine leistungsrechtliche Dimension, die Bürger:innen einen Anspruch gegen den Staat auf Bereitstellung des öffentlichen Raumes für Versammlungen verschafft. Dass sich ein solcher Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen Private ergeben kann, hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum „**Bierdosen-Flashmob**" angedeutet.[22] Schließlich kommt dem Staat eine Schutzpflicht dahingehend zu, dass er die Durchführung der Versammlung vor Eingriffen durch Dritte bewahrt.[23] Soll beispielsweise eine Gegendemonstration eine bestimmte Versammlung verhindern, so muss der Staat zunächst gegen die Gegendemonstration (bspw. durch Einsatz von Polizeikräften) vorgehen.[24]



JuS 2017, 753

e) Was sind Eingriffe in die Versammlungsfreiheit?

13 Klassische Eingriffe (§ 8 Rn. 9) in die Versammlungsfreiheit sind etwa (präventive) Versammlungsverbote, die Auflösungen von (bereits begonnenen) Versammlungen, der Ausschluss von Teilnehmer:innen oder Auflagen hinsichtlich der Versammlungsdurchführung. Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich insbesondere, dass **Anmelde- oder Erlaubnispflichten** Eingriffe darstellen (zur Verfassungskonformität des § 14 VersG vgl. die Schranken-Schranken, § 13 Rn. 20).



JuS 2000, 1090

14 Nach dem modernen Eingriffsbegriff (§ 8 Rn. 10) stellt jede staatliche Maßnahme, die eine Versammlung erschwert oder unmöglich macht, einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GG dar. Die Rechtsprechung hatte etwa die folgenden staatlichen Maßnahmen zu beurteilen:

- **Beeinträchtigungen bei der Anreise** zur eigentlichen Versammlung (bspw. durch Gefährderansprachen);[25]
- **informationelle Maßnahmen**, wie etwa Übersichtsaufnahmen der Versammlung und einzelner Teilnehmer:innen[26] oder
- **Gebühren**, etwa zur Erteilung von Genehmigungen.[27]

20 Siehe etwa OVG Hamburg NVwZ 2017, 1390; OVG Münster BeckRS 2020, 13235.
21 Vgl. *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 87 ff.
22 BVerfG NJW 2015, 2485.
23 Vgl. *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 97 ff.
24 BVerfGE 69, 315, 355 f. (Brokdorf [1985]).
25 Siehe OVG Lüneburg NJW 2006, 391; OVG Magdeburg NVwZ-RR 2012, 720; ferner *Hebeler*, NVwZ 2011, 1364.
26 BVerwGE 160, 169 (Tornado-Überflug [2017]); OVG Münster BeckRS 2020, 8365; zum Einsatz von Drohnen zur Überwachung von Versammlungen *Martini*, DÖV 2019, 732; zum Einsatz von Gesichtserkennungssoftware *Mysegades*, NVwZ 2020, 852.
27 BVerfG NVwZ 2008, 414; dazu *Greve/Quast*, NVwZ 2009, 500.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

15 Gemein ist diesen Maßnahmen ihre **abschreckende Wirkung** für potenzielle Teilnehmer:innen an Versammlungen. Zum effektiven Schutz der Versammlungsfreiheit müssen daher auch solche staatlichen Maßnahmen als Grundrechtseingriff qualifiziert werden.[28]

f) Was sind die Schranken der Versammlungsfreiheit?

16 Die Schranken der Versammlungsfreiheit bestimmen sich danach, ob die Versammlung **unter freiem Himmel** oder **in geschlossenen Räumen** stattfindet: Versammlungen unter freiem Himmel unterliegen dem einfachen Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6) des Art. 8 Abs. 2 GG, wonach die Versammlungsfreiheit durch oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden kann (bspw. das Versammlungsgesetz oder das Infektionsschutzgesetz). Versammlungen in geschlossenen Räumen unterliegen dieser Schranke nicht, sie sind vorbehaltlos gewährleistet. Hier können daher ausschließlich verfassungsimmanente Schranken (§ 4 Rn. 10) zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen herangezogen werden.

17 Die Abgrenzung zwischen Versammlungen unter freiem Himmel und in geschlossenen Räumen ist zentral für die Prüfung des Grundrechts. „Unter freiem Himmel" heißt indessen nicht, dass die Versammlung „draußen" stattfinden muss; ebenso wenig kommt es auf eine Überdachung an. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Versammlung inmitten des allgemeinen Publikumsverkehrs stattfindet oder davon räumlich – vor allem durch **seitliche Umgrenzungen** – getrennt ist (siehe Fraport-Entscheidung, § 13 Rn. 26).[29] Fehlt eine solche räumliche Begrenzung, besteht aufgrund des freien Zu- und Abgangs ein erhöhtes Gefahren- und Konfliktpotential der Versammlung:[30] So kann eine Versammlung in einer Messehalle ohne Zugangsbeschränkungen als Versammlung unter freiem Himmel zu qualifizieren sein, wohingegen eine Versammlung auf einem nicht überdachten, aber seitlich klar abgegrenzten Festivalgelände aber eine Versammlung im geschlossenen Raum.

g) Was sind die Schranken-Schranken der Versammlungsfreiheit?

18 Grundsätzlich gelten die allgemeinen Schranken-Schranken (§ 4 Rn. 19 ff.). Das Zitiergebot gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) ist dabei nur auf Versammlungen unter freiem Himmel anwendbar, weil nur diese einem geschriebenen Gesetzesvorbehalt unterliegen.

19 Darüber hinaus ist das Verbot der Anmelde- und Erlaubnispflichten nach Art. 8 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Staatliche Maßnahmen werden noch immer häufig auf das **Versammlungsgesetz des Bundes** gestützt.[31] Seit der Föderalismusreform 2006 liegt die Gesetzgebungskompetenz für Versammlungsgesetze zwar bei den Ländern;[32] gem. Art. 125a Abs. 1 GG gilt das Bundes-Versammlungsge-

28 Dazu *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 93 f.
29 BVerfGE 128, 226, 255 f. (Fraport [2011]); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 55; *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 8, Rn. 29.
30 *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 114 m.w.N.
31 Eingehend *Froese*, JA 2015, 679.
32 *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 122.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setz jedoch fort, solange das jeweilige Land von seiner Kompetenz keinen Gebrauch macht. Landesrechtliche Versammlungsgesetze gibt es in Bayern, Berlin, Brandenburg, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

20 Diskutiert wurde vor allem die Frage, ob § 14 VersG verfassungsgemäß sei, der verlangt, dass eine Versammlung unter freiem Himmel spätestens 48 Stunden vor ihrem Beginn anzumelden ist – andernfalls droht nach § 15 Abs. 3 VersG die Auflösung der Versammlung. Das BVerfG hat die Norm trotz des Wortlauts des Art. 8 Abs. 1 GG nicht als verfassungswidrig eingestuft, sondern eine verfassungskonforme Auslegung verlangt (§ 5 Rn. 8 f.): Danach kann eine Versammlung nicht bereits bei fehlender Anmeldung behördlich bzw. polizeilich aufgelöst werden, die Auflösung darf nur erfolgen, wenn sie zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter erforderlich ist.[33] Zudem hat das BVerfG explizite Ausnahmen entwickelt, nämlich einerseits für **Spontanversammlungen**[34] (also Versammlungen, die sich aus einem bestimmten Ereignis heraus ohne Vorlaufzeit entwickeln) und andererseits für **Eilversammlungen**[35] (das sind Versammlungen, bei denen zwischen Entscheidung und tatsächlicher Durchführung der Versammlung weniger als 48 Stunden liegen). Bei Eilversammlungen etwa soll eine unverzügliche Anmeldung genügen.

21 Schließlich müssen Eingriffe insbesondere einer Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.) standhalten. Auch an dieser Stelle muss das Versammlungsgesetz im Lichte des Art. 8 Abs. 1 GG ausgelegt werden. Im Zentrum steht dabei die Norm des § 15 VersG, wonach Versammlungen verboten bzw. aufgelöst werden können. Das BVerfG sieht beide Maßnahmen als letztes Mittel (*ultima ratio*).[36] In der Prüfung sind daher alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So ist etwa das Verbot oder die Auflösung einer Versammlung unverhältnismäßig, solange der Polizei eine vertrauensvolle Kooperation mit dem oder der Veranstalter:in offensteht, um die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten.[37] Ferner können Versammlungen mit rechtsextremistischen Motiven nicht von vornherein wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung aufgelöst oder verboten werden.[38] Auch die mit der Versammlung einhergehende Beeinträchtigung von Interessen Dritter sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen:[39] So sind bspw. Verkehrsstörungen durch Versammlungen auf öffentlichen Straßen hinzunehmen.[40] Dagegen hat die Versammlungsfreiheit dann zurückzutreten, wenn dies zum Schutz anderer mindestens gleichwertiger Rechtsgüter notwendig ist.



JuS 2011, 143
JA 2021, 224 ◆
JuS 2021, 421
Jura 2022, 229 ◆

33 *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 35 f.
34 BVerfGE 69, 315, 350 f. (Brokdorf [1985]).
35 BVerfGE 85, 69, 75 f. (Eilversammlungen [1991]).
36 BVerfGE 69, 315, 353 (Brokdorf [1985]).
37 So BVerfGE 69, 315, 355 (Brokdorf [1985]); ferner *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 107 f.; zu sog. „Spaziergängen" gegen Corona-Schutzmaßnahmen siehe BVerfG NJW 2022, 612; *Eibenstein/Greve*, NVwZ 2022, 377.
38 Dazu BVerfGE 111, 147, 154 ff. (Inhaltsbezogenes Versammlungsverbot [2004]); dazu *Beyerbach*, JA 2015, 881; *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777.
39 *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 130 ff.
40 Siehe OVG Lüneburg NVwZ-RR 2021, 752; VGH Hessen BeckRS 2021, 13021.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das VG Karlsruhe hielt bspw. Versammlungsbeschränkungen für Betende in der Nähe einer Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle nach Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der die Beratungsstelle aufsuchenden schwangeren Frauen für verhältnismäßig.[41]

Ein Versammlungsverbot ist zudem auf Grundlage von § 28 Abs. 1 S. 2 InfSchG möglich. Hier steht auf Abwägungsebene die Versammlungsfreiheit dem Gesundheitsschutz gegenüber.[42]

h) Wrap-Up: Prüfungsschema

22



Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Deutschengrundrecht

Sachlich: Versammlung

örtliche Zusammenkunft von mehreren Menschen zu einem gemeinsamen Zweck mit innerer Verbundenheit

enger Versammlungsbegriff (BVerfG): Zum Zweck der Meinungsbildung/-äußerung in öffentlichen Angelegenheiten

kein Schutz von unfriedlichen Versammlungen

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Versammlungsverbot, Auflagen

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Behinderung bei Anreise

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

Versammlungen in geschlossenen Räumen: nur kollidierendes Verfassungsrecht, Art. 8 Abs. 1 GG

Versammlungen unter freiem Himmel: einfacher Gesetzesvorbehalt, Art. 8 Abs. 2 GG

Schranken-Schranken

Weiterführende Hinweise

Enders, Der Schutz der Versammlungsfreiheit, Jura 2003, 34; 103
Lembke, Grundfälle zu Art. 8 GG, JuS 2005, 984; 1081
Pötters/Werkmeister, Neue Problemkreise des Versammlungsrechts: Konturierung des Schutzbereichs des Art. 8 Abs. 1 GG, ZJS 2011, 222
Trurnit, Grundfälle zum Versammlungsrecht, Jura 2014, 486
Gröpl/Leinenbach, Examensschwerpunkte des Versammlungsrechts, JA 2018, 8

41 VG Karlsruhe NVwZ 2019, 897; anders VG Frankfurt NVwZ 2022, 347.
42 Siehe nur BVerfG NVwZ 2020, 1508; NJW 2020, 1426; ausführlich *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 8, Rn. 35a ff.; *Benamor*, DÖV 2022, 590; *Sachs*, JuS 2020, 474; *Sinder*, NVwZ 2021, 103; *Völzmann*, DÖV 2020, 893.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Redder, Das Versammlungsgesetz des Bundes. Materiell-rechtliche Grundlagen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, ZJS 2021, 585
Sinder, Von Autobahnen, Baumhäusern und Drohnen. Aktuelle Rechtsfragen zur Versammlungsfreiheit, Jura 2022, 683

2. Die Fraport-Entscheidung

a) Sachverhalt

Der Flughafen Frankfurt wird von der *Fraport AG* betrieben. Diese befand sich im Zeitpunkt der Durchführung der angegriffenen Maßnahme zu rund 70 % im Besitz der Bundesrepublik Deutschland, dem Land Hessen und der Stadt Frankfurt a.M., die weiteren 30% befanden sich in privatem Streubesitz. Das Flughafengelände verfügt über die sog. „Luftseite" des Flughafens, der nur mit Flugticket zugänglich ist und die sog. „Landseite", ein für den allgemeinen Publikumsverkehr frei zugänglicher Bereich mit Einkaufsmöglichkeiten und Gastronomie. Im Bereich der Landseite verteilten Aktivist:innen der „Initiative gegen Abschiebungen" Flugblätter zu einer bevorstehenden Abschiebung und sprachen Lufthansa-Mitarbeiter:innen an. Nach der geltenden Flughafenbenutzungs-Verordnung zufolge waren solche Versammlungen ausdrücklich unzulässig. Die *Fraport AG* erteilte daher den Aktivist:innen ein „Flughafenverbot", gestützt auf ihre Eigentümerstellung und das sich daraus ergebende **Hausrecht**. Dagegen klagten die Aktivist:innen vor den Fachgerichten. AG und LG nahmen bereits keine Grundrechtsbindung an, da sich die *Fraport AG* nicht zu 100 % in öffentlicher Hand befinde. Der BGH wies die Revision als unbegründet zurück, ließ die Frage der Grundrechtsbindung aber ausdrücklich offen, da er bereits keine Rechtsverletzung erkennen konnte. Das BVerfG hielt die gegen die Urteile erhobene Verfassungsbeschwerde für begründet. 23

Die Fraport-Entscheidung

Jurafuchs

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG stellt zunächst klar, dass die *Fraport AG* grundrechtsverpflichtet sei und sich daher nicht ihrerseits auf Grundrechte berufen könne (Konfusionsargument, § 3 Rn. 18). Dies begründet das Gericht damit, dass es keine Flucht aus der Grundrechtsbindung in das Privatrecht geben dürfe: Sobald der Staat eine Aufgabe an sich ziehe, sei er an die Grundrechte gebunden, unabhängig davon, in welcher Organisationsform er tätig werde. Beherrscht der Staat ein **gemischtwirtschaftliches Unternehmen** (§ 3 Rn. 9) – in der Regel bei einem Anteil von 50 % + einer Stimme – ist dieses Unternehmen grundrechtsverpflichtet.[43] 24

Darüber hinaus erklärt das BVerfG das Versammlungsverbot der *Fraport AG* für mit der Versammlungsfreiheit unvereinbar. Hierzu trifft das BVerfG zunächst Aussagen darüber, an welchen Orten grundsätzlich ein Recht zur Versammlung aus Art. 8 Abs. 1 GG besteht: Die Versammlungsfreiheit gewähre kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten,[44] insbesondere nicht zu solchen Orten, 25

43 BVerfGE 128, 226, 244 ff. (Fraport [2011]).
44 BVerfGE 128, 226, 251 (Fraport [2011]); dazu *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 71 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die der Öffentlichkeit nicht allgemein oder erkennbar nur zu bestimmten Zwecken (bspw. öffentliche Schwimmbäder oder Krankenhäuser) zugänglich seien. Das bedeute allerdings nicht, dass die Versammlungsfreiheit auf den öffentlichen Straßenraum begrenzt sei. Vielmehr gelte sie auch an Orten, an denen „in ähnlicher Weise ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist".[45] Das BVerfG greift zur Konkretisierung auf das Leitbild des öffentlichen (kommunikativen) Forums zurück:

> ▶ Zum anderen beantwortet sich die Frage, ob ein solcher außerhalb öffentlicher Straßen, Wege und Plätze liegender Ort als ein öffentlicher Kommunikationsraum zu beurteilen ist, nach **dem Leitbild des öffentlichen** Forums. Dieses ist dadurch charakterisiert, dass auf ihm **eine Vielzahl von verschiedenen Tätigkeiten und Anliegen verfolgt werden kann und hierdurch ein vielseitiges und offenes Kommunikationsgeflecht entsteht**. Abzugrenzen ist dies von Stätten, die der Allgemeinheit ihren äußeren Umständen nach nur zu ganz bestimmten Zwecken zur Verfügung stehen und entsprechend ausgestaltet sind. Wenn Orte in tatsächlicher Hinsicht ausschließlich oder ganz überwiegend nur einer bestimmten Funktion dienen, kann in ihnen – außerhalb privater Nutzungsrechte – die Durchführung von Versammlungen nach Art. 8 Abs. 1 GG nicht begehrt werden. Anders ist dies indes dort, wo die Verbindung von Ladengeschäften, Dienstleistungsanbietern, Restaurationsbetrieben und Erholungsflächen einen Raum des Flanierens schafft und so Orte des Verweilens und der Begegnung entstehen. **Werden Räume in dieser Weise für ein Nebeneinander verschiedener, auch kommunikativer Nutzungen geöffnet und zum öffentlichen Forum, kann aus ihnen gemäß Art. 8 Abs. 1 GG auch die politische Auseinandersetzung in Form von kollektiven Meinungskundgaben durch Versammlungen nicht herausgehalten werden**. **Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet den Bürgern für die Verkehrsflächen solcher Orte das Recht, das Publikum mit politischen Auseinandersetzungen, gesellschaftlichen Konflikten oder sonstigen Themen zu konfrontieren**. Solche Möglichkeiten, Aufmerksamkeit zu erzielen, sind als Grundlage der demokratischen Willensbildung mit der Versammlungsfreiheit gewollt und bilden ein konstituierendes Element der demokratischen Staatsordnung.
>
> **BVerfGE 128, 226, 253 f. (Fraport [2011])** ◀

26 In seiner Entscheidung sieht das BVerfG zwar in der Luftseite des Flughafens kein solches öffentliches Forum. Anders sei dies allerdings bei der Landseite, welche gerade für ein Nebeneinander verschiedener, auch kommunikativer Nutzungen (bspw. Läden, Gastronomie usw.) geöffnet sei. Ob eine solche kommunikative Öffnung gegeben ist, hänge nicht von einer Art Widmung ab, maßgeblich sei insoweit die tatsächliche Kommunikation. Schließlich arbeitet das BVerfG heraus, dass ein Flughafen als Raum „unter freiem Himmel" i.S.v. Art. 8 Abs. 2 GG zu qualifizieren ist. Maßgeblich sei gerade nicht die Überdachung, sondern die Öffnung des Raumes für den allgemeinen Publikumsverkehr.

45 BVerfGE 128, 226, 252 (Fraport [2011]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus alledem folge, dass die Gerichte bei der Bewertung der Ausübung des Hausrechts durch die *Fraport AG* die Versammlungsfreiheit der Aktivist:innen hätten berücksichtigen müssen. Art. 8 Abs. 1 GG kann zwar grundsätzlich durch das zivilrechtliche Hausrecht nach §§ 903, 1004 BGB eingeschränkt werden, wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit kann eine Versammlung aber nur untersagt werden, wenn eine unmittelbare Gefahr für gleichwertige, elementare Rechtsgüter vorliegt. Insbesondere bei Flughäfen kann aufgrund der erhöhten Störanfälligkeit und Sicherheitsrelevanz die Versammlungsfreiheit weitgehender eingeschränkt werden als in anderen öffentlichen Räumen. Ein generelles Demonstrationsverbot – wie durch die *Fraport AG* erlassen – ist mit den Verhältnismäßigkeitsmaßstäben jedoch nicht vereinbar. Darüber hinaus verstoße das Verbot zum Verteilen von Flugblättern gegen die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG, § 12 Rn. 7) der Aktivist:innen. 27

c) Relevanz der Fraport-Entscheidung

Der Fraport-Entscheidung kommt in mehrerer Hinsicht grundrechtsdogmatische Bedeutung zu: Zunächst klärt sie die Frage der Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen. Herrschte zuvor die Auffassung vor, dass nur ein 100 % in Staatshand gehaltenes Unternehmen grundrechtsverpflichtet sei, kommt es nun maßgeblich auf das Kriterium der „Beherrschung“ an, die bereits bei einer mehrheitlichen Beteiligung des Staates an einem Unternehmen vorliegen kann. Darüber hinaus setzt die Entscheidung des BVerfG wichtige Maßstäbe zur Reichweite des Schutzes der Versammlungsfreiheit: Art. 8 Abs. 1 GG gilt demnach überall dort, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr nach dem Leitbild eines öffentlichen Kommunikationsforums eröffnet ist. 28

Teilweise wird die Entscheidung als erster Schritt hin zu einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater interpretiert, wenn diesen im konkreten Kontext eine besondere Machtstellung mit Blick auf öffentliche Kommunikation zukommt.[46] In diesen Zusammenhang werden auch die Entscheidungen zum „Bierdosen-Flashmob“[47] und zum Stadionverbot[48] (§ 3 Rn. 37 ff.) gestellt. Liest man diese Entscheidungen zusammen, stellt sich die Frage, ob sich die dort entwickelten Grundsätze beispielsweise auf digitale Infrastruktur- und Plattform-Betreiber, insbesondere auf soziale Medien, übertragen lassen, und diese in der Folge grundrechtsgebunden sein könnten (vgl. dazu Digitalisierung der Meinungsfreiheit, § 12 Rn. 58 ff.). Diese Frage ist noch nicht verfassungsgerichtlich beantwortet. Insbesondere mit Blick auf das Konfusionsargument ist die unmittelbare Grundrechtsbindung Privater als dogmatischer Topos auch weiterhin abzulehnen. Vielmehr muss die Legislative ihrer regulatorischen Aufgabe und Verantwortung gerecht werden und private Macht einfachgesetzlich wirksam einhegen. 29



JA 2013, 445

46 Dazu *Jobst*, NJW 2020, 11; *Michl*, JZ 2018, 910; *Neuner*, NJW 2020, 1851.
47 BVerfG NJW 2015, 2485.
48 BVerfGE 148, 267 (Stadionverbot [2018]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Welche gesellschaftliche Bedeutung hat die Versammlungsfreiheit?

30 Die Versammlungsfreiheit wird im weiteren Sinne ebenfalls zu den Kommunikationsgrundrechten (§ 12 Rn. 2) gezählt, denn auch hier steht die Kommunikation im Zentrum: Versammlungen sind nichts anderes als Kommunikationsforen, sei es zur Bildung oder zum Austausch von Meinungen, zur Glaubensausübung oder zur Ausstellung von Kunst. Die Abgrenzung der unterschiedlichen Grundrechtssphären kann im Einzelfall schwierig sein (siehe die Ausführungen zur Meinungsfreiheit, § 12 Rn. 10).[49] Die Versammlungsfreiheit bildet daher gleichsam ein Fundament für eine gemeinschaftliche Ausübung der anderen Grundrechte, also die Entfaltung des Menschen mit anderen Menschen.

31 Darüber hinaus kommt der ausgeübten Versammlungsfreiheit politisches Gewicht zu:[50] Die versammelte Gemeinschaft verleiht politischen Meinungen auch weithin „sichtbar" Nachdruck, insofern ist sie essentiell für die Demokratie: Man denke etwa an die Montagsdemonstrationen 1989/90 und ihre Bedeutung für die Wiedervereinigung Deutschlands. In einer Demokratie hat die Minderheit auch dadurch die Chance zur Mehrheit zu werden, dass sie ihre Meinung laut und vernehmlich äußern kann. In der Brokdorf-Entscheidung fasst das BVerfG zusammen:

> ▶ Die grundsätzliche Bedeutung der Versammlungsfreiheit wird insbesondere erkennbar, wenn die Eigenart des Willensbildungsprozesses im demokratischen Gemeinwesen berücksichtigt wird. An diesem Prozeß sind die Bürger in unterschiedlichem Maße beteiligt. Große Verbände, finanzstarke Geldgeber oder Massenmedien können beträchtliche Einflüsse ausüben, während sich der **Staatsbürger eher als ohnmächtig erlebt**. In einer Gesellschaft, in welcher der direkte Zugang zu den Medien und die Chance, sich durch sie zu äußern, auf wenige beschränkt ist, verbleibt dem Einzelnen neben seiner organisierten Mitwirkung in Parteien und Verbänden im allgemeinen nur eine **kollektive Einflußnahme durch Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit für Demonstrationen**. Die ungehinderte Ausübung des Freiheitsrechts wirkt nicht nur dem Bewußtsein politischer Ohnmacht und gefährlichen Tendenzen zur Staatsverdrossenheit entgegen. Sie liegt letztlich auch deshalb im wohlverstandenen Gemeinwohlinteresse, weil sich im Kräfteparallelogramm der politischen Willensbildung im allgemeinen erst dann eine relativ richtige Resultante herausbilden kann, wenn alle Vektoren einigermaßen kräftig entwickelt sind.
>
> **BVerfGE 69, 315, 345 f. (Brokdorf [1985])** ◀

2. Werden Protestcamps vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst?

◆ 32 Das vom BVerfG angenommene Idealbild einer Versammlung bildet die heutige Realität nicht mehr vollständig ab. So erstrecken sich Versammlungen heute

49 Siehe *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 148 f.
50 Ausführlich *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 9 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teilweise über einen längeren Zeitraum. „**Dauerkundgebungen**“ erfordern Infrastruktur, um den Teilnehmer:innen den längeren Aufenthalt zu ermöglichen. Das BVerfG hatte sich in diesem Zusammenhang mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit auch Protestcamps zur Unterbringung der Teilnehmer:innen von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt werden.[51]

JuS 2018, 701
JuS 2019, 785
Jura 2019, 1099

33

Anlass für die Entscheidung waren die Protestaktionen im Rahmen des **G20-Gipfels**, der 2017 in Hamburg stattfand. Unter anderem war ein Camp als Dauerkundgebung geplant, welches vom 30.6 – 9.7.2017 rund 10.000 Menschen zusammenführen sollte. Die Polizei sah in dem Protestcamp einen Rückzugsort zur Vernetzung von Gewalttäter:innen. Das VG Hamburg fasste die Errichtung des Camps mit Beschluss vom 7.6.2017 unter den Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG.[52] Das OVG Hamburg entschied mit Beschluss vom 22.6.2017, dass die Versammlung in ihrer Gesamtheit gerade nicht der Versammlungsfreiheit unterfalle, da bei dem Camp nicht von einem „Überwiegen der auf die Meinungsbildung zielenden Modalitäten der Veranstaltung“ auszugehen sei.[53] In einer Eilentscheidung stellte das BVerfG am 28.6.2017 fest:

G20-Gipfel in Hamburg

> ▶ In der Rechtsprechung des BVerfG weitgehend ungeklärt ist jedoch die Frage, in welchem Umfang und mit welchen Maßgaben der Schutzgehalt des Art. 8 Abs. 1 GG auch die **Errichtung von Infrastruktureinrichtungen** umfasst, ob und unter welchen Bedingungen hierzu auch die längerfristige Inanspruchnahme öffentlicher Anlagen gehört, wieweit Veranstaltern bei auf eine gewisse Dauer angelegten Veranstaltungen Mitwirkungspflichten abverlangt werden können, möglicherweise auch in Form der Gewährleistung kostenträchtiger Infrastruktureinrichtungen. [...] Insbesondere aber auch angesichts neuer Formen und Qualität aktuellen politischen Protests stellen sich hierbei weitreichende Folgefragen im Hinblick auf die Offenheit des Versammlungsgrundrechts für Fortschreibungen, seine rechtssichere Konturierung und möglicherweise erforderlich werdende Differenzierungen hinsichtlich seiner Einschränkbarkeit.
>
> **BVerfG NVwZ 2017, 1374, Rn. 22** ◀

34

Das G20-Protestcamp vereint Elemente, die auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind, mit solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Das BVerfG beschritt daher gleichsam den Mittelweg und betrachtete das Protestcamp zwar einerseits als vom Schutz des Art. 8 Abs. 1 GG erfasst, gewährte aber andererseits den Behörden weitreichende Möglichkeiten zur Kontrolle des Camps.

35

Mit einer ähnlichen Frage sah sich das OVG Münster im Rahmen von Protestaktionen im **Hambacher Forst** konfrontiert.[54] Hintergrund war die geplante Rodung des Waldes für den Braunkohleabbau durch die Firma *RWE*. Auch hier errichteten Aktivist:innen ein Protestcamp, mit Baumhäusern und Zeltlagern.

Chronik zur Räumung des Hambacher Forsts

51 Vgl. zum Ganzen umfassend *Hartmann*, NVwZ 2018, 200.
52 VG Hamburg BeckRS 2017, 116503.
53 OVG Hamburg NVwZ 2017, 1390.
54 Siehe nur OVG Münster BauR 2017, 533; NVwZ 2018, 1818.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gegen das Camp wurden Räumungsverfügungen erlassen. In beiden Fällen entschied das OVG Münster, das Protestcamp sei nicht vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst.[55] Maßstab für die Einschätzung sei dabei das Kriterium des **versammlungsspezifischen Bezugs** der Infrastruktureinrichtung:[56]

> ▶ Jedoch ist das Aufstellen von Zelten oder Pavillons bei Durchführung einer Versammlung nicht gleichsam automatisch als „notwendiger Bestandteil" der Versammlung und der dabei beabsichtigten kollektiven Meinungsbildung und Meinungsäußerung mit umfasst. Eine derartige bauliche Anlage stellt nur dann einen geschützten Teil der Versammlung dar, d.h. sie unterfällt lediglich dann dem besonderen Schutz des Art. 8 GG, sofern ihr **eine funktionale oder symbolische Bedeutung für das Versammlungsthema zukommt** und diese Art Kundgebungsmittel damit einen erkennbaren inhaltlichen Bezug zur kollektiven Meinungskundgabe aufweist. Dieser besondere Schutz des Art. 8 GG greift unter Hinnahme der straßen- und wegerechtlichen sowie ordnungsrechtlichen Beeinträchtigungen vor allem dann, wenn es sich dabei **um inhaltsbezogene Bestandteile der Versammlung handelt, ohne die die geplante gemeinsame Meinungsbildung und Meinungsäußerung nicht möglich ist**.
>
> **OVG Münster BeckRS 2016, 111231, Rn. 24** ◀

◆ 36 Gerade bei einer Protestaktion zur Erhaltung des Lebensraums „Hambacher Forst" hätten Zelte und Baumhäuser aufgrund ihres engen Bezugs zum Versammlungszweck durchaus als versammlungsspezifische Infrastruktur angesehen werden können. Bloße Übernachtungsmöglichkeiten ohne Bezug zur eigentlichen Versammlung fallen hingegen aus dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG heraus.

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Was ist der Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 EMRK?

◆ 37 Art. 11 Abs. 1 EMRK enthält zwei Konventionsrechte: Die Versammlungsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit (§ 16 Rn. 37 ff.).

Der konventionsrechtliche Versammlungsbegriff unterscheidet sich kaum von dem des Art. 8 Abs. 1 GG. Eine Versammlung ist demnach jede Zusammenkunft mehrerer Personen mit dem Ziel der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks. Der gemeinsame Zweck wird allerdings vom EGMR weiter ausgelegt als vom BVerfG: Eine Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung ist für die Eröffnung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit nicht erforderlich; es genügt, wenn die Versammlung auf private Angelegenheiten gerichtet ist.[57] Darüber hinaus muss die Versammlung friedlich sein. Insoweit ergeben sich keine nennens-

55 OVG Münster BeckRS 2018, 22108, Rn. 6.
56 Dazu *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 8, Rn. 79; kritisch *Fischer*, NVwZ 2022, 353.
57 Siehe EGMR v. 24.11.2009, 27809/08, Rn. 50 – Friend.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werten Abweichungen zu den Ausführungen zu Art. 8 Abs. 1 GG. Aggressives Verhalten einzelner Teilnehmer:innen macht die Versammlung in ihrer Gesamtheit nicht unfriedlich.[58]

Geschützt sind sowohl private als auch öffentliche Versammlungen.[59] Zudem haben auch nach der Rechtsprechung des EGMR Veranstalter:innen ein Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich Gegenstand, Ort und Zeit der Versammlung.[60] 38

2. Wie sind Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 EMRK zu rechtfertigen?

Eingriffe in die Versammlungsfreiheit können nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK gerechtfertigt werden. Von den Voraussetzungen ähnelt der Rechtfertigungsaufbau dem der Kommunikationsfreiheiten (§ 12 Rn. 73): Es bedarf danach einer **gesetzlichen Grundlage**, eines **legitimen Zwecks** für die Einschränkung sowie der **Notwendigkeit der Maßnahme** in einer demokratischen Gesellschaft zur Zweckerreichung. Die gesetzliche Grundlage muss vorhersehbar, also ausreichend bestimmt sein, um den Adressat:innen zu ermöglichen, die Konsequenzen ihres Handelns vorherzusehen und ihr Verhalten daran auszurichten. Art. 11 Abs. 2 EMRK zählt zudem abschließend die für die Rechtfertigung des Eingriffs in Frage kommenden legitimen Zwecke auf.[61] Die Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Notwendigkeit der Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft zur Zweckerreichung" entspricht grob dem, was in der deutschen Grundrechtsdogmatik als eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bezeichnet wird. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK erlaubt ferner Einschränkungen dieser Rechte für Polizeikräfte, Soldat:innen und Beamt:innen. Anmelde- und Erlaubnispflichten sind gerechtfertigt, sofern sie dazu dienen, die ordnungsgemäße Durchführung einer Versammlung zu gewährleisten.[62] 39

3. Was ist der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh?

Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh entspricht nahezu wortgleich der Regelung des Art. 11 Abs. 1 EMRK. Gewährleistet werden wiederum Versammlungsfreiheit und Vereinigungsfreiheit (§ 16 Rn. 41 ff.). Der Schutzgehalt des Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh darf gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh nicht hinter der Konventionsregelung zurückbleiben. Der EuGH orientiert sich daher an der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 Abs. 1 EMRK.[63] Insoweit ergeben sich keine Unterschiede zum Schutzbereich des konventionsrechtlichen Versammlungsbegriffs des Art. 11 Abs. 1 EMRK. Die Aufzählung des politischen, gewerkschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Bereichs in Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh ist daher nicht als abschließend zu verstehen, so dass auch kulturelle und soziale Anlässe in Betracht kommen. 40

58 Vgl. EGMR v. 12.6.2014, 17391/06, Rn. 155 – Primov ua/Russland.
59 EGMR v. 22.10.2013, 26818/11, Rn. 32 – Stowarzysenie „Poznanska Masa Krytyczna"/Polen.
60 EGMR v. 27.11.2012, 58050/08, Rn. 21 – Sáska/Ungarn.
61 EGMR v. 5.4.2007, 18147/02, Rn. 86 – Kirche der Scientologen Moskau/Russland.
62 Vgl. EGMR v. 10.7.2012, 34202/06, Rn. 41 – Berladir; EGMR v. 12.6.2014, 17391/06, Rn. 117 – Primov ua/Russland.
63 *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 12, Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Wie sind Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh zu rechtfertigen?

◆ 41 Einschränkungen sind unter den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh möglich. Gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh ist dabei den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 11 Abs. 2 EMRK Rechnung zu tragen. Im Abwägungsprozess ist vor allem das Interesse der „Demonstranten, die öffentliche Meinung auf die Ziele ihrer Aktivitäten aufmerksam zu machen" zu berücksichtigen.[64]

64 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 90 – Schmidberger.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 14 Berufsfreiheit

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG 2
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit? 2
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit? 3
c) Welchen Schutz gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf den Beruf? 7
d) Garantiert die Berufsfreiheit ein Recht auf Arbeit? 12
e) Was sind Eingriffe in die Berufsfreiheit? 13
f) Wie werden Eingriffe in die Berufsfreiheit typisiert? 15
g) Warum greift das BVerfG bei der Anwendung der Drei-Stufen-Theorie auf Berufsbilder zurück? 17
h) Welche Schranken gelten für die Berufsfreiheit? 19
i) Wie wirkt sich die Drei-Stufen-Theorie auf die Prüfung der Schranken-Schranken aus? 21
j) Ist das Zitiergebot auf die die Berufsfreiheit anwendbar? 26
k) Wrap-Up: Prüfungsschema 27
2. Staatliches Informationshandeln .. 28
a) Inwiefern ist staatliches Informationshandeln grundrechtsrelevant? 28
b) Welche Besonderheiten sind bei der grundrechtlichen Prüfung staatlichen Informationshandelns zu berücksichtigen? 31
c) Verfolgt das BVerfG diese Sonderdogmatik in seiner aktuellen Rechtsprechung noch? 35
II. Vertiefung und Kontextualisierung 38
1. Welche Bedeutung kommt der Berufsfreiheit zu? 38
2. Zu welchen Grundrechten steht die Berufsfreiheit in Konkurrenz? 41
3. Schützt Art. 12 Abs. 1 GG auch die Wettbewerbsfreiheit? 44
4. Was gewährleisten Art. 12 Abs. 2 und 3 GG? 46
5. Was gewährleistet Art. 12a GG? ... 48
III. Europarechtliche Dogmatik 49
1. Wie wird die Berufsfreiheit in der EMRK geschützt? 49
2. Wie wird die Berufsfreiheit in der EU-GRCh geschützt? 51
3. Wird die Freiheit von Zwangsarbeit in der EMRK und der EU-GRCh geschützt? 55
4. Welche Rolle spielen die Grundfreiheiten? 56

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die Definition von „Beruf“ (§ 14 Rn. 3)
- die Grundrechtsberechtigten der Berufsfreiheit (§ 14 Rn. 2)
- die Gewährleistungsgehalte des Art. 12 Abs. 2 und 3 GG (§ 14 Rn. 46 f.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Besonderheiten der Eingriffsvoraussetzungen im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG (§ 14 Rn. 13 f.)
- Berufsausübungsregelungen und die Berufswahlregelungen (§ 14 Rn. 16)
- die Gewährleistung der Berufsfreiheit auf europarechtlicher Ebene (§ 14 Rn. 49 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung der Berufsfreiheit (§ 14 Rn. 27)
- die Anwendung der Drei-Stufen-Theorie (§ 14 Rn. 21 ff.)
- die Darstellung des Konkurrenzverhältnisses der Berufsfreiheit zu anderen Grundrechten (§ 14 Rn. 41 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- ob Art. 12 Abs. 1 GG einem geschriebenen Gesetzesvorbehalt unterliegt (§ 14 Rn. 19 f.)
- welche Grundrechtsfunktionen der Berufsfreiheit neben der klassischen Funktion als Abwehrrecht zukommen (§ 14 Rn. 10 f.)
- inwieweit staatliches Informationshandeln einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellt (§ 14 Rn. 28 ff.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- inwiefern Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht darstellt (§ 14 Rn. 7)
- ob die Berufsfreiheit auch ein Recht auf Arbeit gewährleistet (§ 14 Rn. 12)
- ob die Berufsfreiheit auch vor staatlicher Konkurrenz schützt (§ 14 Rn. 44 f.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zur Bedeutung der Drei-Stufen-Theorie in der Rechtsprechung des BVerfG (§ 14 Rn. 25)
- zur Bedeutung der Berufsfreiheit für Gesellschaft und Individuum (§ 14 Rn. 38 ff.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit?

2 Seinem Wortlaut nach schützt Art. 12 Abs. 1 GG nur Deutsche (Deutschengrundrecht, § 3 Rn. 12). Ferner können auch inländische juristische Personen des Privatrechts unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rn. 16 ff.) von der Berufsfreiheit geschützt sein.[1] Auch EU-Ausländer:innen (§ 3 Rn. 25 f.) können sich aufgrund des Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV auf die Berufsfreiheit berufen, ebenso wie EU-ausländische juristische Personen (§ 3 Rn. 27 f.), wenn diese ihren Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU haben *und* deren Tätigkeit einen hinreichenden Inlandsbezug aufweist.[2] Nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG können sich dagegen Beliehene (§ 3 Rn. 9) berufen, da sie ihre berufliche Tätigkeit gerade in staatlicher Funktion, also als Verwaltungsbehörden, ausüben.[3]

Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG: Schutzbereich

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit?

Zentraler Begriff des Art. 12 Abs. 1 GG ist der „**Beruf**". Das BVerfG versteht darunter 3

- jede Tätigkeit,
- die auf Dauer angelegt ist und
- der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.[4]

Der Begriff ist weit auszulegen:[5] Umfasst sind nicht nur traditionelle Berufsbilder, sondern auch untypische Betätigungen, aus denen sich dann wieder neue, feste **Berufsbilder** ergeben können,[6] etwa der Beruf „Influencer:in". Zudem ist es unerheblich, ob die Tätigkeit selbstständig oder unselbständig bzw. als Erst- oder Zweitberuf ausgeübt wird. Ferner sind nicht nur Berufe in der Privatwirtschaft, sondern auch solche im öffentlichen Dienst (bspw. Beamt:innen, Richter:innen) vom Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst. Hier sind allerdings Modifikationen durch die Spezialnorm des Art. 33 GG (§ 24 Rn. 30 ff.) zu berücksichtigen.[7] Nicht unter den Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG fallen Hobbies bzw. bloße Freizeitbeschäftigungen; denn hier fehlt das Merkmal des Zwecks der Schaffung oder Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage. Ebenfalls nicht geschützt sind einmalige Erwerbsakte (bspw. der Lottogewinn), denn dabei fehlt es an der Dauerhaftigkeit der Erwerbstätigkeit. 4

ZJS 2012, 508
ZJS 2012, 640
JA 2012, 765
JuS 2014, 1014
ZJS 2017, 317

Umstritten ist, ob die Berufsfreiheit nur erlaubte Tätigkeiten schützt.[8] Man denke etwa an die Prostitution, die erst seit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes 2002 rechtlich erlaubt ist, oder an die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung, welche noch bis vor Kurzem durch § 217 StGB unter Strafe gestellt 5

1 St. Rsp. BVerfGE 30, 292, 312 (Erdölbevorratung [1971]); 50, 290, 363 (Mitbestimmung [1978]); 141, 121, Rn. 34 (Insolvenzverwalter [2016]).
2 Vgl. BVerfG NJW 2016, 1436.
3 Vgl. *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 26.
4 BVerfGE 97, 228, 252 (Kurzberichterstattung [1998]).
5 So *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 28 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 37 ff.
6 BVerfGE 7, 377, 379 (Apotheken-Urteil [1958]).
7 Vgl. BVerfGE 73, 301, 315 (Zulassung öffentlich bestellter Vermessungsingenieure [1986]); 139, 19 (Einstellungshöchstaltersgrenzen [2015]); BVerwGE 160, 370 (Tätowierung [2017]); ferner *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 47 ff.; *Hebeler*, JA 2014, 731.
8 Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 32 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

war.[9] Wären nur erlaubte Tätigkeiten von Art. 12 Abs. 1 GG umfasst, so würde dies dem Gesetzgeber ermöglichen, die Berufsfreiheit durch einfaches Gesetz zu begrenzen, ohne dass ein solches Gesetz sich an Art. 12 Abs. 1 GG messen lassen müsste. Eine Schutzbereichsbeschränkung auf erlaubte Tätigkeiten ist daher abzulehnen. Das BVerfG zieht stattdessen eine Begrenzung des Schutzbereichs für solche Tätigkeiten in Betracht,

> ▶ 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.
>
> **BVerfGE 115, 276, 301 (Sportwetten [2006])** ◀

6 Zugespitzt formuliert: Der gewerbsmäßige Dieb und die Auftragsmörderin können sich nicht auf die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Dies ergibt sich bereits aus dem Schutzgedanken der Berufsfreiheit (§ 14 Rn. 38), der es dem einzelnen Individuum ermöglichen soll, einen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung zu erbringen.[10]

c) Welchen Schutz gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf den Beruf?

7 Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet zunächst das Recht, frei einen Beruf zu wählen (**Berufswahl**). In Satz 2 findet sich hinsichtlich der **Berufsausübung** ein Regelungsvorbehalt (§ 14 Rn. 19). Das wirft Fragen zum Verhältnis beider Sätze zueinander auf: Ist nur die Berufswahl, nicht aber die Berufsausübung von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt? Darf nur die Berufsausübung, nicht aber die Berufswahl „geregelt" werden? Das BVerfG hat bereits 1958 in seiner Apotheken-Entscheidung geurteilt, dass die Berufsfreiheit ein **einheitliches Grundrecht** darstelle.[11] Die beiden Sätze des Art. 12 Abs. 1 GG seien zusammen zu lesen, Art. 12 Abs. 1 GG schütze die Berufswahl *und* die Berufsausübung. Beide Gewährleistungen bildeten einen einheitlichen und untrennbaren Komplex beruflicher Betätigung. Relevant wird die Frage bei den Schranken (§ 14 Rn. 20).

8 Die **freie Berufs*wahl*** gewährleistet die Entscheidung, überhaupt einen Beruf auszuüben (oder auf einen Beruf zu verzichten, **negative Berufsfreiheit**),[12] darüber hinaus den Beruf zu wechseln[13] oder vollständig zu beenden[14]. Die **freie Berufs*ausübung*** schützt die Art und Weise der Betätigung. Exemplarisch dafür stehen etwa das Recht auf freie Verhandlungen[15] oder der Abschluss von Arbeitsverträgen[16].

9 BVerfGE 153, 182 (Suizidhilfe [2020]).
10 BVerfGE 7, 377, 379 (Apotheken-Urteil [1958]).
11 Vgl. BVerfGE 7, 377, 401 f. (Apotheken-Urteil [1958]); *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 12, Rn. 15.
12 Vgl. BVerfGE 68, 256, 267 (Unterhaltspflicht der Eltern [1984]); *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 50.
13 Vgl. BVerfGE 103, 172, 183 (Altersgrenze für Kassenärzte [2001]).
14 Vgl. BVerfGE 85, 360, 373 (Akademie-Auflösung [1992]).
15 Vgl. BVerfGE 101, 331, 347 (Berufsbetreuer [1991]).
16 Vgl. BVerfGE 116, 202, 221 (Tariftreueerklärung [2006]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Neben der freien Berufswahl und der freien Berufsausübung schützt Art. 12 Abs. 1 GG die freie Wahl des Arbeitsplatzes und die freie Wahl der Ausbildungsstätte. Die **Wahl des Arbeitsplatzes** meint die Entscheidung über den konkreten räumlichen Ort der beruflichen Tätigkeit.[17] Davon erfasst ist mit Blick auf Arbeitnehmer:innen auch die freie Wahl des Arbeitgebers, ebenso wie das Recht auf Zutritt zum Arbeitsmarkt.[18] Die **Wahl der Ausbildungsstätte** umfasst die Freiheit der gesamten *berufsbezogenen* Ausbildung in Lehrstellen, an Hochschulen, im staatlichen Vorbereitungsdienst oder an weiterführenden Schulen. 9

Die Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG erschöpft sich damit nicht in einem Abwehrrecht, sondern vermittelt auch ein Teilhaberecht (in der Form eines *derivativen* Leistungsrechts, § 1 Rn. 29):[19] Stellt der Staat eine bestimmte Leistung zur Verfügung, haben alle Deutschen einen Anspruch auf gleichheitsgerechte Teilhabe. 10

> Beispiel: Stellt der Staat Studienplätze an staatlichen Hochschulen bereit, so erwächst aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (§ 23 Rn. 33) und dem Sozialstaatsprinzip ein **Recht auf gleiche Teilhabe** am staatlichen Studienangebot.[20] Daraus folgt, dass die vorhandenen Studienplätze vollständig vergeben werden müssen (**Kapazitätenausschöpfungsgebot**) und anhand gleichheitsgerechter Kriterien zugeteilt werden müssen.

Ein Anspruch auf Bereitstellung eines Ausbildungs- oder Studienplatzes (*originäres* Leistungsrecht) besteht hingegen nicht. Die konkrete Ausgestaltung obliegt dem Gesetzgeber. 11

d) Garantiert die Berufsfreiheit ein Recht auf Arbeit?

Ebenso wenig besteht nach Art. 12 Abs. 1 GG ein Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes: Es handelt sich gerade nicht um ein **Recht auf Arbeit**, wie es in der Weimarer Reichsverfassung und in der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vorgesehen war oder wie es auch heute noch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, der UN-Sozialpakt (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte) und manche Landesverfassungen (Bayern, Berlin, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Bremen) vorsehen, denn ein solches Recht ist kaum zu garantieren und schwerlich einklagbar. Art. 12 Abs. 1 GG enthält jedoch eine Schutzpflicht des Staats, dem unter anderem durch die Schaffung von Kündigungsvorschriften hinreichend Rechnung getragen wird.[21] 12

17 Vgl. BVerfGE 84, 133, 146 (Warteschleife [1991]).
18 Vgl. BVerfGE 128, 157, Rn. 51 (Arbeitgeberwechsel [2011]).
19 Vgl. *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 65 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 15 ff.
20 Vgl. BVerfGE 33, 303 (Numerus Clausus I [1972]); 43, 291 (Numerus Clausus II [1977]); 147, 253 (Numerus Clausus III [2017]); *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 12, Rn. 30.
21 Vgl. BVerfGE 97, 169, 175 f. (Kleinbetriebsklausel I [1998]); 149, 126, Rn. 47 (Befristete Beschäftigung [2018]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

e) Was sind Eingriffe in die Berufsfreiheit?

13



Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG: Eingriff

Viele staatliche Maßnahmen können „schlecht für das Geschäft" sein – sogar allgemeine Steuer- und Abgabepflichten oder Geschwindigkeitsbegrenzungen auf Autobahnen. Daher kann nicht jede gleichsam zufällige oder mittelbare Beeinträchtigung, die sich in irgendeiner Form reflexhaft auf die Berufsausübung auswirkt, als Eingriff in die Berufsfreiheit gewertet werden. Das führt zu einer Modifikation der Eingriffsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG:[22] Es genügt nicht, dass die allgemeinen Anforderungen an Grundrechtseingriffe vorliegen, vielmehr ist insbesondere bei mittelbaren Grundrechtseingriffen – denen nach dem modernen Eingriffsbegriff (§ 8 Rn. 10) grundsätzlich Eingriffscharakter beigemessen wird – ein spezifischer Bezug zur Berufsfreiheit erforderlich. Demnach haben nur solche Maßnahmen der öffentlichen Gewalt Eingriffsqualität, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen (unmittelbarer Berufsbezug), oder die eine **objektiv berufsregelnde Tendenz** aufweisen:

> ▶ 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.
>
> **BVerfGE 95, 267, 302 (Altschulden [1997])** ◀

14



ZJS 2010, 231 ◆
JA 2013, 197
ZJS 2014, 294 ◆
JA 2015, 197
ZJS 2017, 64 ◆

Einer staatlichen Maßnahme wird objektiv berufsregelnde Tendenz beigemessen, wenn sie schwerpunktmäßig berufliche Tätigkeiten betrifft und die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Berufsausübung verändert (dabei aber die Berufstätigkeit selbst unberührt lässt)[23] – wenn also durch die staatliche Maßnahme Aspekte betroffen sind, die gerade durch die Berufsfreiheit spezifisch geschützt werden sollen.

> Eine spezifische Betroffenheit liegt bspw. bei der Einführung einer Autobahnmaut für LKW oder der möglichen Strafbarkeit von Strafverteidiger:innen bei der Entgegennahme von Honoraren aufgrund des Verbots der Geldwäsche nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB[24] vor. Die Betroffenheit fehlt hingegen, wenn bspw. Taxifahrer:innen

22 Vgl. *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 89 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 74 ff.
23 Vgl. BVerfGE 97, 228, 254 (Kurzberichterstattung [1997]); 128, 1, 58 (Gentechnikgesetz [2010]).
24 BVerfGE 110, 226, 254 f. (Geldwäsche [2003]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aufgrund steigender Kraftstoffpreise infolge der Erhöhung der Mineralölsteuer einen Eingriff in ihre Berufsfreiheit gelten machen wollten. In diesen Fällen bleibt nur der Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

f) Wie werden Eingriffe in die Berufsfreiheit typisiert?

Die Eingriffsintensität für die Betroffenen ist umso höher, je stärker die Freiheit der Berufs*wahl* betroffen ist. Schon sehr früh in seiner verfassungsrechtlichen Judikatur – noch bevor es das Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 4 Rn. 30 ff.) vollständig entfaltet hatte – entwickelte das BVerfG im Apotheken-Urteil von 1958 die sog. **Drei-Stufen-Theorie**.[25] Je nach Eingriffsstufe, die sich hinsichtlich der *Intensität* des Eingriffs bestimmt, werden dabei unterschiedliche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung (dazu eingehend unten, § 14 Rn. 21) – insbesondere an den legitimen Zweck – gestellt. In den Worten des BVerfG: 15



Podcast „Spruchreif" – Apotheken-Entscheidung

> ▶ So ist Art. 12 Abs. 1 ein **einheitliches Grundrecht** (der „Berufsfreiheit") jedenfalls in dem Sinn, daß der Regelungsvorbehalt des Satz 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**. […]
>
> Der Freiheitsanspruch des Einzelnen wirkt, wie gezeigt wurde, um so stärker, je mehr sein Recht auf freie Berufswahl in Frage steht; der Gemeinschaftsschutz wird um so dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Berufsausübung der Gemeinschaft erwachsen könnten. Sucht man beiden – im sozialen Rechtsstaat gleichermaßen legitimen – Forderungen in möglichst wirksamer Weise gerecht zu werden, so kann die Lösung nur jeweils in **sorgfältiger Abwägung** der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander geradezu widerstreitenden Interessen gefunden werden.
>
> **BVerfGE 7, 377, 402 ff. (Apotheken-Urteil [1958])** ◀

Wie ihr Name bereits vorwegnimmt, gliedert die Drei-Stufen-Theorie drei verschiedene Eingriffsstufen: 16



Jurafuchs

1. Stufe: Berufsausübungsregelungen

Berufsausübungsregelungen kommt die geringste Eingriffsintensität zu. Sie treffen lediglich Vorgaben für die Art und Weise (also das „Wie") der beruflichen Tätigkeit. Der Beruf selbst kann ergriffen, allerdings nur in einer bestimmten Weise ausgeübt werden.

25 Dazu *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 12, Rn. 53 f.; *Kaiser*, Jura 2008, 844.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beispiele: **Ladenschlusszeiten**[26], **Werbeverbote**[27], Vorgaben zur Gaststätteneinrichtung[28], Exportverbot von Impfstoffen.



JuS 2012, 57
JA 2015, 42
Jura 2015, 87
JA 2016, 272

2. Stufe: subjektive Berufswahlregelungen

Berufswahlregelungen allgemein betreffen das „Ob" der beruflichen Tätigkeit, also die Frage, ob der oder die Einzelne das Recht hat, einen bestimmten Beruf zu ergreifen. Man unterscheidet weiter zwischen subjektiven und objektiven Berufswahlregelungen.

Subjektive Berufswahlregelungen beschränken den Zugang zu bzw. den Verbleib in einer bestimmten beruflichen Betätigung. Die Gründe dafür liegen dabei *in der Person*.

Beispiele: Altersgrenzen[29], bestimmte Qualifikationsnachweise[30], Fehlen bestimmter Vorstrafen[31].

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der oder die Betroffene Einfluss auf die subjektiven Kriterien (bspw. Alter, Geschlecht) hat.[32] Hintergrund subjektiver Berufswahlregelungen ist, dass die Ausübung des Berufes ohne die Erfüllung bestimmter subjektiver Voraussetzungen unmöglich ist oder nur unsachgemäß ausgeführt werden kann.

3. Stufe: objektive Berufswahlregelungen

Die Maßnahmen mit der größten Eingriffsintensität sind objektive Berufswahlregelungen: Der Zugang zu einem bestimmten Beruf wird hierbei an Voraussetzungen geknüpft, die außerhalb der Person liegen und von deren subjektiven Eigenschaften und Fähigkeiten unabhängig sind. Ein Beruf kann aus Gründen nicht ergriffen werden, die die Betroffenen nicht beeinflussen können.

Beispiele: Bedürfnisklauseln für Taxen (§ 13 Abs. 4 PBefG)[33], Beschränkung von Notarstellen[34], Einführung eines Spielbankmonopols[35].

Im Rahmen der objektiven Berufswahlregelungen werden zudem auch **Berufstotalverbote** (z.B. generelles Verbot, als Rechtsanwalt oder Rechtsanwältin tätig zu werden) verhandelt.

g) Warum greift das BVerfG bei der Anwendung der Drei-Stufen-Theorie auf Berufsbilder zurück?

17 Vielfach wird es nicht leicht zu beurteilen sein, ob es sich bei einer staatlichen Maßnahme um eine Berufs*ausübungs*- oder eine Berufs*wahl*regelung handelt.

26 BVerfGE 13, 237 (Ladenschlußgesetz II [1961]).
27 BVerfGE 76, 196 (anwaltliches Werbeverbot [1987]).
28 BVerfGE 121, 317 (Rauchverbot in Gaststätten [2008]).
29 BVerfGE 9, 338 (Hebammenaltersgrenze [1959]).
30 BVerfGE 80, 1 (Antwort-Wahl-Verfahren [1989]).
31 BVerfGE 44, 105 (vorläufiges Berufsverbot [1977]).
32 BVerfGE 9, 338, 344 ff. (Hebammenaltersgrenze [1959]).
33 BVerfGE 11, 168 (Taxi-Beschluß [1960]).
34 BVerfGE 17, 371 (Notarstellen [1964]).
35 BVerfGE 102, 197 (Sportwetten [2006]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies hängt bereits maßgeblich davon ab, ob eine bestimmte Tätigkeit als eigenständiger Beruf zu qualifizieren ist.

Beispiel: Das Verbot, Wildtiere im Zirkus vorzuführen, kann sowohl als Berufsausübungs- als auch als objektive Berufswahlregelung – bzw. gar als Berufstotalverbot – qualifiziert werden, je nachdem, ob „Dompteur:in" als eigenständiger Beruf angesehen wird – oder als Ausprägung des Berufs „Zirkusdarsteller:in".

18



JuS 2013, 704
Jura 2014, 740 ◆
ZJS 2016, 618 ◆
JA 2016, 602

Das BVerfG legt die **Fixierung von Berufsbildern** in die Hände des Gesetzgebers.[36] Dabei ist der Gesetzgeber allerdings an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Konkret bedeutet dies: Einzelne bereits ausgeübte Berufsbilder dürfen nicht ohne Weiteres unbeachtet bleiben; ferner dürfen aber auch nicht zu feingliedrige Berufstypisierungen vorgenommen werden. Allgemeine Maßstäbe für die Berufsbildfixierung gibt es jedoch nicht. In der Prüfung sind daher vor allem die Umstände des Einzelfalls zu würdigen: Handelt es sich bei der Tätigkeit um einen eigenen Beruf oder ist die Tätigkeit Bestandteil eines anderen umfassenderen Berufs?

Beispiele: Nicht als eigenständigen Beruf hat das BVerfG den Beruf des „Kassenarztes" bzw. der „Kassenärztin" qualifiziert.[37] Dagegen bewertete das BVerfG den Beruf der „Buchführungshilfe" als eigenen Beruf neben „Steuerberater:in".[38]

h) Welche Schranken gelten für die Berufsfreiheit?

19



Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG: Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Ausgangspunkt für die Ermittlung der Schranken der Berufsfreiheit ist der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG: die Berufs*wahl* in Abs. 1 S. 1 sieht keinen Gesetzesvorbehalt vor; die Berufs*ausübung* in Abs. 1 S. 2 kann dagegen durch die Legislative „geregelt" werden. Wenn das Grundgesetz an anderer Stelle den Terminus „regeln" gebraucht (bspw. Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG, Art. 12a Abs. 2 S. 3 GG, Art. 104 Abs. 2 S. 4 GG), handelt es sich um einen verfahrensrechtlichen Ausgestaltungsauftrag an den einfachen Gesetzgeber. Das BVerfG interpretiert den Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG jedoch in ständiger Rechtsprechung als einfachen Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6).[39]

20

Da Art. 12 Abs. 1 GG vom BVerfG als einheitliches Grundrecht (§ 14 Rn. 7) interpretiert wird, das die Berufswahl (S. 1) und die Berufsausübung (S. 2) umfasst, ist es folgerichtig, wenn das Gericht – gegen den Wortlaut und den ausdrücklichen Willen des Verfassungsgebers[40] – auch von einer einheitlichen

36 BVerfGE 54, 301, 314 (Buchführungsprivileg I [1980]); 119, 59, 79 (Hufversorgung [2007]); ferner *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 106 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 51 ff.

37 BVerfGE 11, 30 (Kassenarzt-Urteil [1960]).

38 BVerfGE 54, 301 (Buchführungsprivileg I [1980]).

39 Vgl. etwa BVerfGE 7, 377, 401 ff. (Apotheken-Urteil [1958]); 54, 224, 234 (Abrechnungsverfahren [1980]); ferner *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 78 f.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 103 ff.

40 Das BVerfG schließt sich damit der Auffassung des BVerwG und des BGH an, s. BVerfGE 7, 377, 402 (Apotheken-Urteil [1958]). Der Parlamentarische Rat hatte dagegen ausdrücklich (siehe Protokollen des Parlamentarischen Rats zur Fünften Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 29.9.1948, Band 5/1, S. 88 ff. et passim) vorgesehen, dass die Berufs*wahl*freiheit vorbehaltlos gewährleistet wird; von

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schranke ausgeht. Gleiches gilt für die Wahl des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte.[41] In der Folge wendet das BVerfG den einfachen Gesetzesvorbehalt auf den gesamten Art. 12 Abs. 1 GG an, ein Eingriff in die Berufsfreiheit ist also durch oder aufgrund eines formellen Gesetzes möglich.

i) Wie wirkt sich die Drei-Stufen-Theorie auf die Prüfung der Schranken-Schranken aus?

21



JA 2014, 40
JA 2016, 834
ZJS 2017, 448
Jura 2018, 298
Jura 2019, 1297

Die Drei-Stufen-Theorie lässt sich als spezifische Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips interpretieren; sie beschreibt die im Rahmen der Berufsfreiheit unterschiedlich hohen Anforderungen an den legitimen Zweck **einer** staatlichen Maßnahme in Abhängigkeit der jeweiligen Eingriffsintensität.[42] Das BVerfG führt deshalb die Drei-Stufen-Theorie und die Verhältnismäßigkeitsprüfung zuletzt zunehmend zusammen.

So genügen für die Annahme eines legitimen Zwecks für **Berufsausübungsregelungen (1. Stufe)** der Schutz eines Gemeinschaftsgutes oder vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls. Als Beispiele können etwa die ordnungsgemäße medizinische Versorgung der Bevölkerung[43], die Erhaltung der natürlichen Artenvielfalt[44] oder der Verbraucherschutz[45] genannt werden.

Subjektive Berufswahlregelungen (2. Stufe) müssen dem Schutz eines *besonders wichtigen* Gemeinschaftsgutes dienen. Davon erfasst sind bspw. die Erfüllung von Staatszielbestimmungen[46], die Erhaltung der geordneten Rechtspflege[47] oder die Qualitätssicherung des Handwerks[48].

Objektive Berufswahlregelungen (3. Stufe) dürfen indessen nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein *überragend wichtiges* Gemeinschaftsgut getroffen werden. Als solches hat das BVerfG unter anderem die Sicherung der Volksgesundheit[49] sowie der Volksernährung[50], die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege[51] oder die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit[52] sowie der Glückspielsucht[53] anerkannt.

---

dieser Vorgabe wendet sich das BVerfG scheinbar ab. Mit der Drei-Stufen-Theorie folgt das BVerfG dem historischen Willen des Parlamentarischen Rates dann aber faktisch doch (§ 14 Rn. 22).

41 BVerfGE 33, 303, 329 f. (numerus clausus I [1972]).

42 Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 116 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 139 ff.

43 BVerwGE 45, 331 (Apothekenbetriebsordnung [1974]) = NJW 1974, 2065.

44 BVerfGE 61, 291 (Tierpräparatoren [1982]).

45 BVerfGE 142, 268 (Bestellerprinzip [2016]).

46 BVerfGE 116, 202 (Tariftreueerklärung [2006]).

47 BVerfGE 59, 302 (Buchführungsprivileg II [1982]).

48 BVerfGE 13, 97 (Handwerksordnung [1961]).

49 BVerfGE 7, 377 (Apotheken-Urteil [1958]).

50 BVerfGE 25, 1 (Mühlengesetz [1968]).

51 BVerfGE 93, 213 (DDR-Rechtsanwälte [1995]).

52 BVerfGE 21, 245 (Führungskräfte der Wirtschaft [1967]).

53 BVerfGE 145, 20 (Spielhallen [2017]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -



Im Ergebnis führt die Drei-Stufen-Theorie dazu, dass die Berufswahl nur durch kollidierendes Verfassungsrecht (§ 4 Rn. 10) eingeschränkt werden kann (wie bei vorbehaltlosen Grundrechten), die Berufsausübung hingegen durch einfachen Gesetzesvorbehalt. Damit ist die Ordnung von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 12 Abs. 2 S. 2 GG, wie sie von den Müttern und Vätern des Grundgesetzes intendiert war, faktisch wiederhergestellt.[54] 22

Aufgrund der Vielfalt wirtschaftspolitischer Maßnahmen verbietet sich eine schematische Anwendung der Drei-Stufen-Theorie. So können etwa Berufsausübungsregelungen in ihrer Wirkung derart schwerwiegend sein, dass sie für die Betroffenen faktisch wie eine Berufswahlregelung wirken; umgekehrt kann auch eine objektive Berufswahlregelung einen schwächeren Eingriff darstellen, so dass sie bereits mit einem „wichtigen Gemeinwohlbelang“ zu rechtfertigen ist. 23

Beispiel:[55] Der „Kassenarzt“ bzw. die „Kassenärztin“ ist kein eigenständiger Beruf, sondern vom Berufsbild des Arztes bzw. der Ärztin erfasst. Die Verweigerung einer kassenärztlichen Zulassung stellt daher für die Betroffenen eine Berufsausübungsregelung (§ 14 Rn. 16) dar, da sie zwar ihre Leistungen nicht bei den gesetzlichen Krankenkassen abrechnen können, aber Privatpatient:innen behandeln dürften. Das BVerfG stellt aber fest, dass ohne kassenärztliche Zulassung die wirtschaftliche Existenz gefährdet sei, und die Regelung in ihrer Wirkung daher einer „objektiven Zulassungsvoraussetzung“ nahekomme. Konsequenterweise verlangt das Gericht deshalb zur Rechtfertigung die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.

Letztlich können also auch Rechtfertigungsanforderungen an eine staatliche Maßnahme gestellt werden, die in der jeweiligen Eingriffsstufe eigentlich nicht zum Tragen kommen. Dadurch wird das dogmatische System der Drei-Stufen- 24

54 Zum Hintergrund vgl. Podcast „Spruchreif“ zur Apotheken-Entscheidung (§ 14 Rn. 15).
55 Angelehnt an BVerfGE 11, 30 (Kassenarzt-Urteil [1960]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Theorie durchbrochen. Umgekehrt stellt sich damit natürlich die Frage, welchen dogmatischen Mehrwert die Figur noch bietet.

25 In seiner jüngeren Rechtsprechung führt das BVerfG bisweilen nur noch eine herkömmliche Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.) durch, ohne die Stufentheorie auch nur zu erwähnen.[56] Angesichts des engen Verhältnisses zwischen der Drei-Stufen-Theorie und der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist diese Entwicklung nicht allzu überraschend, sondern ein folgerichtiger nächster Schritt.[57] Für die Prüfung hat dies (noch) keine Auswirkungen. Weder die rechtswissenschaftliche Literatur noch das BVerfG haben sich bisher so eindeutig von der Drei-Stufen-Theorie abgewandt, dass man darauf verzichten könnte, sie anzusprechen.

j) Ist das Zitiergebot auf die die Berufsfreiheit anwendbar?

26 Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) ist nicht auf die Berufsfreiheit anwendbar. Dies wird damit begründet, dass Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG seinem Wortlaut nach eben nur einen Regelungsvorbehalt und keinen Gesetzesvorbehalt normiere.

k) Wrap-Up: Prüfungsschema

27



Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Deutschengrundrecht

Sachlich: Beruf

jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient

Einheitliches Grundrecht der Berufsausübung und Berufswahl

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. gesetzliche Erlaubnis- bzw. Genehmigungsvorbehalte

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. staatliches Informationshandeln

besondere Voraussetzung: unmittelbarer Berufsbezug oder objektiv berufsregelnde Tendenz

Typisierung nach Eingriffsintensität (Drei-Stufen-Theorie)

56 Vgl. BVerfGE 115, 276 (Sportwetten [2006]); 135, 90 (Rechtsanwaltsgesellschaft [2014]); 142, 268 (Bestellerprinzip [2016]); 145, 20 (Spielhallen [2017]).

57 So *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 110; a.A. *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG als Gesetzesvorbehalt

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeitsprüfung

insbesondere: Drei-Stufen-Theorie (Anforderungen an legislativen Zweck je nach Eingriffsintensität)

Weiterführende Hinweise

Nolte/Tams, Grundfälle zu Art. 12 I GG, JuS 2006, 31; 130; 218
Frenz, Die Berufsfreiheit – Nichtraucherschutz, Sportwetten, Studiengebühren, JA 2009, 252
Mann/Worthmann, Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen, JuS 2013, 385
Kment/Fechter, Art. 12 I GG und die Beschränkung des beruflichen Zusammenschlusses von Freiberuflern im Lichte des deutschen Grundgesetzes, JA 2016, 881

2. Staatliches Informationshandeln

a) Inwiefern ist staatliches Informationshandeln grundrechtsrelevant?

28

Staatliches Informationshandeln gewinnt aufgrund der wachsenden Bedeutung von Information und Kommunikation im heutigen Verhältnis von Staat und Gesellschaft an Bedeutung. Schon längst erschöpft es sich nicht mehr nur in der klassischen Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung. Staatliches Informationshandeln kann in verschiedenen Formen erscheinen: Gegenüber einer breiten Öffentlichkeit (sog. **Publikumsinformation**) oder gegenüber einem Individuum (etwa eine behördliche Auskunft). Die Fallgestaltungen sind ebenso facettenreich und können in ein grundrechtliches, staatsorganisationsrechtliches[58] oder verwaltungsrechtliches Gewand eingekleidet sein.[59]

Staatliches Informationshandeln

Jurafuchs

29

Im Vordergrund staatlichen Informationshandelns stehen heutzutage die Warnungen der Bevölkerung (sog. **Verbraucherwarnungen**), etwa vor gefährlichem Handeln oder vor problematischen Produkten Dritter.[60]

> Die Rechtsprechung hat sich mit einer Vielzahl von derartigen Warnungen beschäftigt: So haben staatliche Instanzen in der Vergangenheit etwa von Weinen abgeraten, die mit Frostschutzmittel versetzt waren[61] oder vor Lebens- und Fut-

Staatliche Lebensmittelwarnungen

58 Hierzu hat sich in den letzten Jahren eine (prüfungsrelevante) Rechtsprechungspraxis gebildet (siehe nur BVerfGE 148, 11 (Wanka [2018]); 154, 320 (Seehofer [2020])). Zur Thematik allgemein *Spitzlei*, JuS 2018, 856.
59 Einen Überblick bieten *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343.
60 Dazu *Kramer/Monsees*, Jura 2016, 985; *Wollenschläger*, JZ 2018, 980.
61 BVerfGE 105, 252 (Glykol [2002]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

termittel gewarnt, die gesetzliche Grenzwerte überschritten[62]. Ferner wurden Warnungen vor einer „Jugendsekte“[63] oder vor E-Zigaretten[64] ausgesprochen.

◆ 30 Die Bevölkerung schenkt staatlichen Warnungen – aufgrund vermuteter Objektivität und Richtigkeit – typischerweise großes Vertrauen: Inkriminierte Produkte oder Personen werden in der Folge gemieden. Dies kann **Prangerwirkung** haben und zu Umsatz- und Ertragseinbußen führen.

b) Welche Besonderheiten sind bei der grundrechtlichen Prüfung staatlichen Informationshandelns zu berücksichtigen?

◆ 31 Zunächst stellt sich die Frage, ob (bloße) staatliche Warnung überhaupt als Grundrechtseingriff zu bewerten sind. Mangels Rechtsqualität staatlicher Warnungen scheidet ein Eingriff im klassischen Sinne (§ 8 Rn. 9) aus. Der moderne (weitere) Eingriffsbegriff (§ 8 Rn. 10) umfasst auch **mittelbar-faktische Eingriffe**: Warnt also das Gesundheitsministerium vor schädlichen Lebensmitteln und führt dies zu Umsatzeinbußen bei den Herstellern, so kann man darin einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit sehen; die Verfassungsmäßigkeit der konkreten Warnung im Einzelfall wäre dann wie üblich auf Ebene der Rechtfertigung zu erörtern. Das BVerfG hat jedoch in seiner Glykol-Entscheidung[65] sowie in der Osho-Entscheidung[66] dogmatisch einen anderen Weg eingeschlagen und eine grundrechtliche Sonderdogmatik für staatliche Informationstätigkeit entwickelt:[67] Danach ist bei rein mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts nicht betroffen, wenn bestimmte formelle und materielle Voraussetzungen eingehalten werden (sog. Lehre vom **funktionellen Schutzbereich**).

Jura 2014, 752 ◆
JA 2021, 1008 ◆

Der Schutzbereich ist dann nicht eröffnet bzw. betroffen, wenn die gegenständliche staatliche Maßnahmen drei Voraussetzungen erfüllt, nämlich wenn

- mit der Maßnahme eine **staatliche Aufgabe** erfüllt wird,
- dabei die **Zuständigkeitsordnung** (**Kompetenz**) **eingehalten** wird und
- die **Information richtig ist und sachlich verbreitet** wird,

so dass es nicht zu einer **Wettbewerbsverzerrung** kommen kann.[68]

◆ 32 Die Aufgabe und Kompetenz der Bundesregierung zur öffentlichen Informationsbereitstellung wird vom BVerfG dabei aus der (ungeschriebenen) „**Aufgabe zur Staatsleitung**“ entwickelt.[69] Allerdings finden sich mittlerweile auch einfachgesetzliche Normierungen, vgl. etwa § 40 Abs. 1 S. 1, 2 LFGB und § 6 Abs. 1 S. 3 VIG.

62 BVerfGE 148, 40 (Lebensmittelpranger 2018]).
63 BVerfGE 105, 279 (Osho [2002]).
64 BVerwG NVwZ-RR 2015, 425.
65 BVerfGE 105, 252 (Glykol [2002]); dazu *Hellmann*, NVwZ 2005, 163.
66 BVerfGE 105, 279 (Osho [2002]).
67 Instruktiv Martini/Kühl, Jura 2014, 1221.
68 BVerfGE 105, 252, 268 (Glykol [2002]).
69 Vgl. BVerfGE 105, 252, 270 (Glykol [2002]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darüber hinaus ist vor allem auf die Sachlichkeit und Richtigkeit (aus *ex ante*-Sicht) der Informationen einzugehen. So dürfen die Informationen nicht über das erforderliche Maß im Einzelfall hinausgehen. 33

Diese grundrechtliche Sonderdogmatik des BVerfG in Bezug auf staatliches Informationshandeln hat einige Kritik erfahren[70] – insbesondere im Hinblick auf den Bruch mit der traditionellen Grundrechtsdogmatik: Die vom BVerfG verfassungsrechtlich aufgestellten formellen und materiellen Anforderungen an die Informationstätigkeit begrenzen den Schutzbereich, nach herkömmlicher Dogmatik wären sie bei der Rechtfertigung zu verorten. Ist den Anforderungen Genüge getan, so ist der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts nicht eröffnet und kann damit auch keinen Schutz vor der hoheitlichen Maßnahme entfalten. Aus staatsorganisationsrechtlicher Sicht erscheint es zudem vor dem Hintergrund des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes fraglich, ob eine (ungeschriebene) Staatsleitungsaufgabe allein hinreichende Rechtsgrundlage für einen Grundrechtseingriff sein kann. 34

c) Verfolgt das BVerfG diese Sonderdogmatik in seiner aktuellen Rechtsprechung noch?

Das BVerfG hat seine Sonderdogmatik hinsichtlich staatlichen Informationshandelns hat das BVerfG bislang zumindest nicht ausdrücklich aufgegeben. Allerdings deutet eine jüngere Entscheidung des BVerfG zu § 40 Abs. 1a LFGB eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechungslinie an:[71] Die Norm regelt eine Veröffentlichungspflicht der zuständigen Behörde für den Fall eines begründeten Verdachts auf Überschreitung zulässiger Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen, der Nichteinhaltung hygienischer Anforderungen oder sonstigen Verletzungen von Vorschriften zum Verbraucherschutz. 35

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung deutlich gemacht, dass eine gezielte Informationstätigkeit auf ein Unternehmen einen Grundrechtseingriff darstellen könne – der Schutzbereich also anders als in der Glykol-Entscheidung betroffen sei: 36

> ▶ Staatliches Informationshandeln ist an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, wenn es in seiner Zielsetzung und seinen mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff in die Berufsfreiheit als funktionales Äquivalent gleichkommt. Amtliche Informationen kommen einem Eingriff in die Berufsfreiheit jedenfalls dann gleich, wenn sie **direkt auf die Marktbedingungen konkret individualisierter Unternehmen zielen**, indem sie die Grundlagen von Konsumentscheidungen zweckgerichtet beeinflussen und die Markt- und Wettbewerbssituation zum Nachteil der betroffenen Unternehmen verändern.
>
> **1. Leitsatz zu BVerfGE 148, 40 (Lebensmittelpranger [2018])** ◀

70 *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 95 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 86 ff.

71 BVerfGE 148, 40 (Lebensmittelpranger [2018]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

37 Das BVerfG gibt damit seine schutzbereichsbegrenzende Konzeption auf und orientiert sich am traditionellen dreistufigen Aufbau (Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung, § 8 Rn. 3). In der Klausur empfiehlt es sich daher, von einem mittelbar-faktischen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit (bzw. des jeweils betroffenen Freiheitsrechts) durch staatliche Informationstätigkeit auszugehen und sodann in der Rechtfertigung die vom BVerfG aufgestellten Kriterien (§ 14 Rn. 31) zu prüfen. Auch in Bezug auf die Dogmatik der Berufsfreiheit im Übrigen ist die Entscheidung interessant: Erneut wendet das BVerfG die Drei-Stufen-Theorie (§ 14 Rn. 21 ff.) nicht an.

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Welche Bedeutung kommt der Berufsfreiheit zu?

38 Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit, sich durch eigene Tätigkeit eine Lebensgrundlage zu schaffen und zu erhalten. Die Berufsfreiheit weist daher eine Nähe zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, § 19 Rn. 6) auf. Anders als noch in der WRV handelt es sich bei der grundgesetzlichen Berufsfreiheit nicht um ein programmatisches Recht auf Arbeit, sondern um ein „echtes" Grundrecht.[72] Das BVerfG formuliert:

> ▶ Art. 12 Abs. 1 schützt die Freiheit des Bürgers in einem für die moderne arbeitsteilige Gesellschaft besonders wichtigen Bereich: **er gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als „Beruf" zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen**. Es handelt sich um ein Grundrecht, nicht – wie etwa in Art. 151 Abs. 3 WV – um die Proklamierung der „Gewerbefreiheit" als eines objektiven Prinzips der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung. Verbürgt ist dem Einzelnen mehr als die Freiheit selbständiger Ausübung eines Gewerbes. Wohl zielt das Grundrecht auf den Schutz der wirtschaftlich sinnvollen – Arbeit, aber es sieht sie als „Beruf", d. h. in ihrer **Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen**, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt. Das Grundrecht gewinnt so Bedeutung für alle sozialen Schichten; die Arbeit als „Beruf" hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde.
>
> **BVerfGE 7, 377, 379 (Apotheken-Urteil [1958])** ◀

39 Neben seiner Bedeutung für das Individuum kommt Art. 12 Abs. 1 GG auch große gesellschaftliche Bedeutung zu: Die Berufsfreiheit bildet zusammen mit der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 27 ff.), der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG, § 16 Rn. 30 f.) und der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG, § 15 Rn. 40) das Fundament für eine **freiheitliche Wirtschaftsordnung**.[73] Da das Grundgesetz agnostisch hinsichtlich der in seinem Rahmen etablierten



Die soziale Marktwirtschaft in Deutschland

72 Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 1.
73 Siehe *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wirtschaftsordnung ist, verfügt der Gesetzgeber über einen erheblichen Gestaltungsspielraum.[74] Rechtliche Vorgaben im Bereich der Wirtschaft stammen heute vor allem aus dem Unionsrecht.

Blickt man rechtsvergleichend auf andere Verfassungen, so wird die Berufsfreiheit dort teilweise nur implizit geschützt, etwa in der französischen und in der amerikanischen Verfassung. Auch die EMRK enthält keine ausdrückliche Regelung zur Berufsfreiheit. Die Grundrechtecharta hingegen gewährleistet die Berufsfreiheit umfassend in Art. 15 EU-GRCh, 16 EU-GRCh (§ 14 Rn. 51 ff.). 40

2. Zu welchen Grundrechten steht die Berufsfreiheit in Konkurrenz?

Die wohl wichtigste Abgrenzung der Berufsfreiheit ist zur Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG, § 15 Rn. 10 f.) vorzunehmen. Das BVerfG hat die Abgrenzung folgendermaßen auf den Punkt gebracht: 41



Jura 2010, 700
Jura 2012, 67
JuS 2017, 229
JuS 2018, 161

> ▶ Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst.
>
> **BVerfGE 30, 292, 335 (Erdölbevorratung [1971])** ◀

Im Einzelfall kann die Abgrenzung jedoch schwerfallen, da wirtschaftslenkende Maßnahmen oftmals beide Grundrechtsgehalte berühren. Eine trennscharfe Abgrenzung ist dann nicht mehr möglich, so dass das BVerfG beide Grundrechte nebeneinander prüft.[75]

Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 18 ff.) ist als Auffanggrundrecht subsidiär gegenüber der Berufsfreiheit, erlangt aber in Bezug auf **Nicht-EU**-Ausländer:innen Bedeutung, die sich nicht auf den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG (Deutschengrundrecht, § 3 Rn. 12) berufen können.[76] 42

Eine weitere Abgrenzungsfrage stellt sich bei **Wirtschaftswerbung**. Hier kann neben der Berufsfreiheit auch die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG, § 12 Rn. 5) zu berücksichtigen sein. Dazu muss Werbung als Meinungsäußerung zu qualifizieren sein. Die wohl herrschende Meinung sieht Werbung insoweit von der Meinungsfreiheit erfasst, als diese „einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen".[77] 43

> Dies ist insbesondere bei sog. Emotionswerbung (bspw. Marlboro-Cowboy), die allein darauf abzielt, eine neuronale Verbindung eines bestimmten Produktes mit positiven Emotionen hervorzurufen, oder auch bei sog. Erinnerungswerbung (bspw. Coca-Cola-Schild), nicht der Fall.

74 So BVerfGE 50, 290, 336 ff. (Mitbestimmung [1978]).
75 Siehe BVerfGE 143, 246, Rn. 390 f. (Atomgesetz [2016]); 145, 20, 104 (Spielhallen [2017]).
76 BVerfGE 104, 337, 346 (Schächten [2002]).
77 Vgl. BVerfG NJW 2015, 1438; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 281 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Schützt Art. 12 Abs. 1 GG auch die Wettbewerbsfreiheit?

◆ 44



JA 2010, 274 ◆
ZJS 2010, 723 ◆

Die freie Wahl und Ausübung von Berufen kreiert Wettbewerb zwischen Unternehmen, aber auch zwischen einzelnen Individuen. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Teilnahme an diesem Wettbewerb nur nach Maßgabe marktspezifischer Funktionsbedingungen. Die Berufsfreiheit vermittelt gerade „keinen Anspruch im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten."[78] Daraus folgt, dass Art. 12 Abs. 1 GG auch nicht vor Zulassung von Konkurrenten schützt. Etwas anderes gilt für den Fall, dass der Staat gezielt in den Wettbewerb eingreift, etwa durch Begünstigung eines konkurrierenden Unternehmens (z.B. durch Subventionen) oder durch staatliches Informationshandeln (§ 14 Rn. 28 ff.).

◆ 45

Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet also **keinen Schutz vor Konkurrenz**. Das gilt auch dann, wenn der Staat selbst wirtschaftlich tätig wird,[79] denn ob es sich um private oder staatliche Konkurrenz handelt, spielt rechtlich keine Rolle.[80] Dies gilt allerdings nur insoweit, als die staatliche Betätigung den freien Markt nicht verzerrt: Wird durch die staatliche Konkurrenz der Wettbewerb unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt (**Verdrängungswettbewerb**), ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet. Fragen der Wettbewerbsfreiheit können sowohl im Schutzbereich als auch auf der Ebene des Eingriffs erörtert werden.

4. Was gewährleisten Art. 12 Abs. 2 und 3 GG?

◆ 46

Art. 12 Abs. 2 und 3 GG normieren die Freiheit von Arbeitszwang und Zwangsarbeit; die Absätze werden ebenfalls als einheitliches Grundrecht interpretiert.[81] **Arbeitszwang** bezieht sich dabei auf eine zeitlich und gegenständlich begrenzte Zurverfügungstellung der Arbeitskraft; bei der **Zwangsarbeit** wird die gesamte Arbeitskraft über längere Zeit in Anspruch genommen. Anders als bei der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Hintergrund der Norm sind die Erfahrungen zur Zeit der nationalsozialistischen Terrorherrschaft.

◆ 47

Eingriffe in Art. 12 Abs. 2 und 3 GG werden allerdings nur zurückhaltend angenommen: So genügt nicht jede hoheitlich geforderte Tätigkeit gegen den Willen der Person aus. Öffentlich-rechtliche Melde- oder Zeugenpflichten, die Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung oder die Pflicht der Straßenanleger zur Säuberung des Gehwegs[82] sind keine Zwangsarbeit. Auch mittelbarer Arbeitszwang, etwa durch die Kürzung von Sozialhilfeleistungen, ist nicht erfasst, da es den Betroffenen weiterhin möglich ist, die berufliche Tätigkeit frei zu wählen.

78 Vgl. BVerfGE 105, 252, 265 f. (Glykol [2002]); *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 76.
79 Dazu *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 102 f.; *Brüning*, JZ 2009, 29; *Cremer*, DÖV 2003, 921.
80 Vgl. BVerwGE 39, 329, 336 f. (Bestattungswesen [1972]) = NJW 1972, 1100.
81 Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 145 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 294 ff.
82 BVerwGE 22, 26 (Gehwegreinigung [1966]) = NJW 1966, 170.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hinsichtlich des Wehr- und Ersatzdienstes gilt die speziellere Norm des Art. 12a GG.

5. Was gewährleistet Art. 12a GG?

48 Art. 12a GG hat 1968 Eingang in das Grundgesetz gefunden und bildet die verfassungsrechtliche Grundlage für die **Wehrpflicht** (Absatz 1). Art. 12a Abs. 2 GG ermöglicht ferner die Einführung eines Ersatzdienstes („**Zivildienst**") für diejenigen, die den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen ablehnen (Art. 4 Abs. 3 GG, § 10 Rn. 37). Art. 12a GG verbürgt aber selbst kein Grundrecht;[83] grundrechtliche Relevanz gewinnt die Norm vielmehr als Schranke für andere Grundrechtsgewährleistungen (bspw. die Berufsfreiheit). Seit Aussetzung der Wehrpflicht 2011 hat Art. 12a GG an Bedeutung eingebüßt, angesichts der aktuellen weltpolitischen Lage (insbesondere im Zusammenhang mit dem Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine) sind aber die Diskussionen um Wehrpflicht und Ersatzdienst wieder erstarkt bzw. neu entflammt – und weitere Veränderungen nicht auszuschließen.

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie wird die Berufsfreiheit in der EMRK geschützt?

49 Die Berufsfreiheit ist weder in der EMRK noch in einem ihrer Zusatzprotokolle ausdrücklich normiert. Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 verbürgt das Eigentum, Art. 2 Zusatzprotokoll Nr. 1 garantiert ein **Recht auf Bildung**. Dieses gewährleistet in erster Linie ein Recht auf Zugang zu bestehenden Bildungseinrichtungen.[84] Damit ähnelt es dem verfassungsrechtlich verankerten Recht auf gleiche Teilhabe (§ 23 Rn. 33) am Studienangebot.

50 Allerdings bedeutet die fehlende Normierung der Berufsfreiheit keine Schutzlosstellung der Berufsausübung und -wahl innerhalb der Konvention. Vielmehr werden Schutzgehalte der grundrechtlichen Berufsfreiheit durch andere Garantien der EMRK erfasst. Berufsspezifische Bezüge sind insbesondere im Schutz des Privatlebens (Art. 8 EMRK, § 19 Rn. 34 ff.), in der Meinungs- und Medienfreiheit (Art. 10 EMRK, § 12 Rn. 69 ff.) sowie in der Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK, § 16 Rn. 37 ff.) zu finden.[85]

2. Wie wird die Berufsfreiheit in der EU-GRCh geschützt?

51 Die Europäische Grundrechtecharta enthält zwei berufsspezifische Gewährleistungen: Art. 15 EU-GRCh normiert die **Berufsfreiheit** und ein **Recht zu arbeiten**, Art. 16 EU-GRCh die **unternehmerische Freiheit**.

83 Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12a, Rn. 1.
84 Vgl. EGMR v. 27.5.2014, 16032/07, Rn. 31 – Velyo Velev.
85 Siehe *Grabenwarter/Pabel*, in: Grabenwarter/Pabel, EMRK Kommentar, 7. Aufl., § 25, Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

◆ 52 **Art. 15 Abs. 1 EU-GRCh** verkörpert wiederum, anders als es der Wortlaut auf den ersten Blick vermuten lässt, ein einheitliches Grundrecht.[86] Gewährleistet wird das Recht einer jeden Person, zu arbeiten und einen frei gewählten Beruf auszuüben. Insoweit ergeben sich keine wesentlichen Abweichungen zur verfassungsrechtlichen Dogmatik des Art. 12 Abs. 1 GG. Gem. Art. 15 Abs. 2 EU-GRCh haben alle Unionsbürger:innen die Freiheit, in jedem Mitgliedsstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Die in Absatz 2 verbürgten Rechte gehen als *leges speciales* denen in Absatz 1 vor. Art. 15 Abs. 3 EU-GRCh normiert abschließend ein **spezielles Diskriminierungsverbot**: Danach haben die Staatsangehörigen dritter Länder, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten legal arbeiten dürfen, einen Anspruch auf Arbeitsbedingungen, die denen der Unionsbürger:innen entsprechen. Nicht erfasst sind indessen der Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates oder gleiches Arbeitsentgelt.[87] Eingriffe in die unionale Berufsfreiheit können unter den Voraussetzungen der allgemeinen Rechtfertigungsklausel des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh (gesetzliche Grundlage – Wesensgehalt – Verhältnismäßigkeit, § 4 Rn. 18) gerechtfertigt sein.

◆ 53 Neben der Berufsfreiheit des Art. 15 EU-GRCh schützt **Art. 16 EU-GRCh** die unternehmerische Freiheit. Anders als das Grundgesetz differenziert die Grundrechtecharta zwischen unselbständiger und selbstständiger beruflicher Tätigkeit.[88] Die unternehmerische Freiheit umfasst die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben.[89] Insbesondere die Vertragsfreiheit und die Freiheit des Wettbewerbs nehmen eine herausgehobene Stellung ein.[90] Auch Eingriffe in die unternehmerische Freiheit unterliegen dem Rechtfertigungsvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh.[91]

◆ 54 Schließlich normiert **Art. 14 EU-GRCh** ein Recht auf Bildung.[92] Die Vorschrift entspricht Art. 2 1. Zusatzprotokoll zur EMRK. Art. 14 EU-GRCh können fünf verschiedene Rechte entnommen werden: das Recht auf (allgemeine) Bildung in und der Zugang zu beruflicher Aus- und Weiterbildung in Absatz 1, die Unentgeltlichkeit des Pflichtschulunterrichts in Absatz 2, die Gründung von Lehranstalten in Absatz 3 Var. 1. und das schulbezogene Eltern- und Erziehungsrecht in Absatz 3 Var. 2.

3. Wird die Freiheit von Zwangsarbeit in der EMRK und der EU-GRCh geschützt?

◆ 55 Die Freiheit von Zwangs- und Pflichtarbeit wird in Art. 4 Abs. 2 und 3 EMRK und Art. 5 Abs. 2 EU-GRCh verbürgt. Systematisch gehört die Freiheit damit zum Gewährleistungsgehalt der Menschenwürde (§ 7 Rn. 36 ff.). Die verbotene Zwangs- oder Pflichtarbeit umfasst jede Verpflichtung zu einer höchstpersönli-

86 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 15, Rn. 1.
87 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 15, Rn. 28.
88 EuGH, ECLI:EU:C:2012:194, Rn. 43 – Interseroh.
89 EuGH, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 42 – Sky Österreich.
90 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 16, Rn. 10.
91 EuGH, ECLI:EU:C:2013:43, Rn. 61 – McDonagh, ECLI:EU:C:2016:498, Rn. 31 – Lidl.
92 Vgl. die Herleitung eines Rechts auf schulische Bildung durch das BVerfG (Rn. § 21 Rn. 30).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen Dienstleistung körperlicher oder geistiger Natur, es sei denn die Verpflichtung wird freiwillig übernommen.[93] Da es sich bei der Freiheit von Zwangs- und Pflichtarbeit um ein auf mit der EMRK identisches Recht handelt (Art. 4 Abs. 1, 2 EMRK), ist gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh ein Rückgriff auf die allgemeine Rechtfertigungsklausel des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh gesperrt. Als fundamentales Recht gilt das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit also grundsätzlich schrankenlos.[94]

4. Welche Rolle spielen die Grundfreiheiten?

56 ◆

Der Zusammenschluss einiger europäischer Staaten zu einer Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) durch die Römischen Verträge 1957 war die Geburtsstunde dessen, was wir heute als **Europäische Union** kennen. Der Berufsfreiheit als zentralem Wirtschaftsgrundrecht kommt eine wichtige Bedeutung zu. Über die Gewährleistungen innerhalb der Grundrechtecharta hinaus wird die Berufsfreiheit vor allem auch durch die Grundfreiheiten der AEUV (§ 2 Rn. 7 f.) geschützt. Die Grundfreiheiten kommen dabei neben der unionalen Berufsfreiheit zur Anwendung.[95]



Die Geschichte der Europäischen Union

57 ◆

Grundrechtsrelevante Konstellationen können dabei insbesondere dadurch entstehen, dass auf der Grundlage der Europäischen Verträge eine Liberalisierung der Waren-, Dienstleistungs- und Personenfreiheit erfolgt, ohne dass der mitgliedsstaatliche Gesetzgeber die mit der Ausübung dieser Freiheiten im Zusammenhang stehenden heimischen Vorschriften angleicht.[96] Unionsbürger:innen, die nicht Inländer:innen sind, können Waren oder Dienstleistungen in ein Land einführen, ohne dass sie notwendigerweise alle Vorschriften des Ziellandes berücksichtigen müssen; Inländer:innen haben diese allerdings zu beachten (**Inländerdiskriminierung**). Es liegt auf der Hand, dass es dabei zu Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenstaatlichen Hersteller:innen kommen kann. Nach der Rechtsprechung des EuGH verstößt Inländerdiskriminierung aber in der Regel nicht gegen Art. 18 AEUV und ist daher unionsrechtlich nicht zu beanstanden.[97]



JuS 2010, 811 ◆
ZJS 2014, 171 ◆

> Als Beispiel mag das deutsche Reinheitsgebot dienen: Dieses schreibt vor, dass zur Bereitung von Bier ausschließlich Gerstenmalz, Hopfen, Hefe und Wasser verwendet werden dürfen. Bierbrauereien aus anderen europäischen Mitgliedsstaaten müssen sich dagegen nicht an das Gebot halten, um ihr Produkt als „Bier" verkaufen zu dürfen. Neben gleichheitsrechtlichen Fragestellungen (§ 24 Rn. 48) ist aber gerade auch der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt, wenn etwa Konkurrent:innen begünstigt werden oder es zu einer Wettbewerbsverzerrung kommt.

93 Vgl. EGMR v. 7.1.2010, 25965/04, Rn. 276 – Rantsev.
94 Vgl. *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 5, Rn. 28.
95 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 15, Rn. 5.
96 Vgl. *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 14 ff.; ausführlich *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516.
97 EuGH, ECLI:EU:C:1997:285, Rn. 22 f. – Uecker und Jacquet; EuGH, ECLI:EU:C:2011:277, Rn. 45 – McCarthy.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 15 Eigentum und Erbrecht

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Eigentum und Erbrecht, Art. 14 Abs. 1 GG 2
a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 14 GG? 2
b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 14 GG? 3
c) Welches Verhalten schützt die Eigentumsfreiheit? 9
d) Was folgt aus der Qualifikation von Eigentum und Erbrecht als Institutsgarantien? 12
e) Welche Eingriffe in Eigentum und Erbrecht gibt es? 14
f) Was sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen? 15
g) Was sind Enteignungen? 18
h) Wie können Inhalts- und Schrankenbestimmungen gerechtfertigt werden? 19
i) Wie können Enteignungen gerechtfertigt werden? 24
j) Ist das Zitiergebot auf die Eigentumsfreiheit anwendbar? 29
k) Wrap-Up: Prüfungsschema 30
2. Die Nassauskiesungs-Entscheidung 31
a) Sachverhalt 31
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 32
c) Relevanz der Nassauskiesungs-Entscheidung 34
3. Die Hamburger Deichordnungsgesetz-Entscheidung 35
a) Sachverhalt 35
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 36
c) Relevanz der Hamburger Deichordnungsgesetz-Entscheidung 38
II. Vertiefung und Kontextualisierung 39
1. Welche Bedeutung kommt der Eigentumsfreiheit zu? 39
2. Was ist Sozialisierungen gemäß Art. 15 GG? 41
3. Was sind sog. Aufopferungsansprüche? 43
III. Europarechtliche Dogmatik 46
1. Wie werden Eigentum und Erbrecht in der EMRK gewährleistet? 46
2. Wie werden Eigentum und Erbrecht in der EU-GRCh gewährleistet? 51

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die Definition von „Eigentum“ (§ 15 Rn. 3)
- die wichtigsten Aussagen der Nassauskiesungs-Entscheidung und der Entscheidung zum Hamburger Deichordnungsgesetz (§ 15 Rn. 32 f.; 36 f.)
- wie Eigentum und Erbrecht auf europarechtlicher Ebene gewährleistet werden (§ 15 Rn. 46 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die zwei Eingriffsarten bei Art. 14 GG (§ 15 Rn. 14)
- ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen (§ 15 Rn. 23)
- die sog. Sozialisierung i.S.v. Art. 15 GG (§ 15 Rn. 41 f.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung der Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 GG (§ 15 Rn. 30)
- die Abgrenzung zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung (§ 15 Rn. 32 f.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- welche verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Art. 14 GG an die Rechtfertigung je nach Art des Eingriffs zu stellen sind (§ 15 Rn. 19 ff.; 24 ff.)
- inwieweit auch Erwerbschancen vom Schutz des Art. 14 GG umfasst sind (§ 15 Rn. 10 f.)
- was unter Sozialpflichtigkeit gem. Art. 14 Abs. 2 GG zu verstehen ist (§ 15 Rn. 20 f.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (§ 15 Rn. 6)
- ob Steuer- und Abgabepflichten einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit darstellen (§ 15 Rn. 5)
- die Beziehung der staatshaftungsrechtlichen Aufopferungsansprüche zu Art. 14 GG (§ 15 Rn. 43 ff.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- weshalb Eigentum und Erbrecht keine „natürlich gewachsenen" Freiheiten sind (§ 15 Rn. 12 f.)
- zum Spannungsverhältnis zwischen zulässiger gesetzlicher Ausgestaltung des Eigentums bzw. Erbrechts und rechtfertigungsbedürftigen Beschränkungen (§ 15 Rn. 16)
- zur Praxis des „*Dulden und Liquidieren*" (§ 15 Rn. 44)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Eigentum und Erbrecht, Art. 14 Abs. 1 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 14 GG?

Art. 14 GG trifft hinsichtlich des persönlichen Schutzbereichs keine ausdrückliche Aussage. Eigentum und Erbrecht sind daher nach der Konzeption des Grundgesetzes Menschenrechte (§ 3 Rn. 11); geschützt sind alle natürlichen Per- 2

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG: Schutzbereich

sonen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Juristische Personen können sich unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) ebenfalls auf die Art. 14 GG berufen; dies gilt indessen nicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts.[1] Das BVerfG hat hierzu den Satz geprägt:

> ▶ Art. 14 als Grundrecht schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater.
>
> **BVerfGE 61, 82, 108 f. (Sasbach [1982])** ◀

b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 14 GG?

3 Das Verfassungsrecht versteht unter Eigentum

JuS 2008, 341
ZJS 2010, 509
JuS 2013, 925 ◆
JuS 2015, 53 ◆
Jura 2016, 1205 ◆
Jura 2018, 298

- jede vermögenswerte Rechtsposition,
- hinsichtlich der freie Verfügungsbefugnis und
- Privatnützigkeit besteht.

> ▶ Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz ist [...] nicht auf bestimmte vermögenswerte Rechte beschränkt. Aus der dargelegten Funktion der Eigentumsgarantie folgt vielmehr, daß unter deren Schutz im Bereich des Privatrechts [...] grundsätzlich **alle vermögenswerten Rechte** fallen, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, daß er die damit **verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf**.
>
> **BVerfGE 83, 201, 209 (Bundesberggesetz [1991])** ◀

4 Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist also nicht deckungsgleich mit dem einfachgesetzlichen Eigentumsbegriff des § 903 BGB,[2] wonach Eigentum nur an Sachen (§ 90 BGB) und Tieren (§ 90a BGB) bestehen kann. Neben dem **Sacheigentum** sind vielmehr auch sonstige private Rechte, etwa **Urheberrechte**[3], **Vorkaufsrechte**[4], **Pfandrechte** oder **Forderungen**[5] vom Eigentumsbegriff des Art. 14 GG umfasst. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um *absolute* Rechte mit Wirkung gegenüber jedermann (*erga omnes*, bspw. Urheberrechte) oder *relative* Rechte mit Wirkung gegenüber einzelnen Personen (*inter partes*, bspw. Forderungen) handelt. Geschützt ist darüber hinaus auch der (berechtigte) Besitz.[6]

5 Nicht geschützt von Art. 14 GG ist das **Vermögen als Ganzes**.[7] Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das Vermögen an sich letztlich die Summe aller einzelnen materiellen und immateriellen Gegenstände ist. Diese Auffassung hat insbesondere mit Blick auf Geldleistungspflichten – etwa der **Steuerpflicht** – bedeu-

1 Siehe *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 19 ff.
2 Siehe *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 23 ff.; *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 24 ff.
3 Vgl. BVerfGE 142, 74, 95 (Sampling [2016]).
4 Vgl. BVerfGE 112, 93, 107 (Stiftung „Erinnerung" [2004]).
5 Vgl. BVerfGE 45, 142, 179 (Rückwirkende Verordnungen [1977]).
6 Vgl. BVerfGE 89, 1, 5 ff. (Besitzrecht des Mieters [1993]).
7 Vgl. BVerfGE 4, 7, 17 (Investitionshilfe [1954]); 95, 267, 300 (Altschulden [1997]); *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 47 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tende Konsequenzen: Der Staat greift nicht auf eine konkrete vermögenswerte Rechtsposition zu, vielmehr können die Steuerpflichtigen selbst entscheiden, mit welchen Mitteln sie der Zahlungspflicht nachkommen. In der Steuerpflicht liegt demnach grundsätzlich *kein* Eingriff in Art. 14 GG; hier bleibt nur ein Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).[8] Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat das BVerfG allerdings in zwei Fällen angenommen, wenn

- die Geldleistungspflichten **erdrosselnde Wirkung**[9] entfalten, das heißt die Betroffenen übermäßig belasten und ihre Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen oder
- die Geldleistungspflichten tatbestandlich an einen konkreten Vermögensbestandteil anknüpfen, etwa bei der **Einkommens- und Gewerbesteuer**.[10]

6 Offengelassen hat das BVerfG bislang die Frage, ob auch das im Zivilrecht bedeutsame **Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** (moderner: **das Recht am Unternehmen**) unter den Schutz der Eigentumsfreiheit fällt.[11] Der Begriff umfasst die Gesamtheit der sachlichen, persönlichen und sonstigen Mittel, die den wirtschaftlichen Wert eines konkreten Betriebs ausmachen. Konsequenterweise ist auch hier davon auszugehen, dass Art. 14 GG nur einzelne spezifische Rechtspositionen schützt. Der Betrieb bzw. das Unternehmen an sich fallen daher nicht unter den Schutz der Eigentumsfreiheit; wohl aber seine einzelnen Bestandteile.

7 Ebenfalls große praktische Relevanz hat die Frage, inwieweit neben dem Schutz privater Rechte auch **öffentlich-rechtliche Eigentumspositionen** (etwa Rentenversicherungsansprüche) von Art. 14 GG erfasst sind. Das BVerfG orientiert sich dabei an den allgemeinen Eigentumskriterien und verlangt, dass die Eigentumsposition den jeweiligen Berechtigten ausschließlich zugeordnet ist und zu ihrem persönlichen Nutzen bestimmt ist.Zudem muss sie durch nicht unerhebliche **Eigenleistung** erworben worden sein.[12]

> Geschützt werden insbesondere **Rentenversicherungsansprüche** und Ansprüche aus der **Arbeitslosenversicherung**. Mangels Eigenleistung werden dagegen Ansprüche, die ganz oder überwiegend auf staatlicher Gewährung beruhen (wie etwa Sozialleistungen[13], Subventionen[14] oder öffentlich-rechtliche Genehmigungen[15]) nicht umfasst.

8 Neben dem Eigentum wird in Art. 14 Abs. 1 GG auch das **Erbrecht** gewährleistet. Während das Eigentum einer Person mit ihrem Tod erlischt, schafft

8 Vgl. BVerfGE 95, 267, 300 (Altschulden [1997]).
9 Vgl. BVerfGE 78, 232, 243 (Landwirtschaftliche Altershilfe [1988]).
10 Vgl. BVerfGE 93, 121, 137 (Einheitswerte II [1995]); 115, 97, 111 f. (Halbteilungsgrundsatz [2006]).
11 Vgl. BVerfGE 58, 300, 353 (Nassauskiesung [1981]); 123, 186, Rn. 218 (Gesundheitsreform [2009]; 143, 246, Rn. 240 (Atomausstieg [2016]); *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 44.
12 Vgl. BVerfGE 69, 272, 300 (Krankenversicherung der Rentner [1985]); 100, 1, 32 ff. (Rentenüberleitung I [1999]); 116, 96, 121 (Fremdrentengesetz [2006]).
13 Anders auf europarechtlicher Ebene (§ 15 Rn. 46).
14 Vgl. BVerfGE 97, 67, 83 (Schiffbauverträge [1997]).
15 Vgl. BVerfGE 143, 246, Rn. 240 f. (Atomausstieg [2016]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Erbrecht die Möglichkeit, auch über den Tod hinaus über das Eigentum zu verfügen (Gesamtrechtsnachfolge). Die wesentlichen Strukturmerkmale des Erbrechts (§§ 1922 ff. BGB) werden daher von Art. 14 GG garantiert (Institutsgarantie, § 4 Rn. 42 f.).[16] Geschützt ist damit einerseits die **Testierfreiheit** des Erblassers bzw. der Erblasserin und andererseits das Recht der Erben in deren vermögensrechtliche Position einzutreten.

c) Welches Verhalten schützt die Eigentumsfreiheit?

9 Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht nur den Bestand des Eigentums (Bestandsgarantie, § 15 Rn. 37), also die konkreten Eigentumspositionen, sondern darüber hinaus auch das Recht, die Eigentumspositionen zu nutzen, zu verwalten und über sie zu verfügen.[17] Dies umfasst den Gebrauch eines Gegenstandes, die Ziehung von Früchten oder die Überlassung eines Gegenstandes an Dritte (bspw. gegen Miete). Allerdings ist nicht jede Nutzung eines Gegenstandes vom Schutzbereich des Art. 14 GG umfasst. Vielmehr bedarf es eines eigentumsspezifischen Bezugs.

> Dieser ist etwa bei einem Fahrverbot nicht gegeben, da insoweit nur an die bloße Handlung (das Fahren) angeknüpft wird. Anders bei einem Verbot der Züchtung von Kampfhunden, da hier direkt an die Eigentumsposition (Kampfhund) angeknüpft wird.[18]

10 Art. 14 GG sichert das Erworbene (***Bestands*sschutz**), nicht den Erwerb (***Erwerbs*sschutz**). Das bedeutet, dass der Eigentumsfreiheit nur solche Rechtspositionen unterfallen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, sich also in dessen Vermögen verfestigt haben. Nicht geschützt werden damit bloße **Gewinnchancen, Erwerbsaussichten** oder **Verdienstmöglichkeiten**:

> ▶ Die Eigentumsgarantie soll dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens ermöglichen. Sie schützt den konkreten Bestand an vermögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt. Eine allgemeine Wertgarantie vermögenswerter Rechtspositionen folgt aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht. **Art. 14 Abs. 1 GG erfasst nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten**.
>
> **BVerfGE 105, 252, 277 (Glykol [2002])** ◀

11 Solche Potentiale werden von der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, § 14 Rn. 3 f.) bzw. der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 2 ff.) geschützt (vgl. zur Abgrenzung der Schutzbereiche die Ausführungen im Rahmen der Berufsfreiheit, § 14 Rn. 41).[19] Zur Erinnerung:

16 Siehe *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 78 ff.
17 Vgl. BVerfGE 105, 17, 30 (Sozialpfandbriefe [2002]); *Gröpl,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 34 f.
18 Vgl. BVerfGE 110, 141, 173 (Kampfhunde [2003]).
19 Siehe *Gröpl,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst.

BVerfGE 30, 292, 335 (Erdölbevorratung [1971]) ◀

d) Was folgt aus der Qualifikation von Eigentum und Erbrecht als Institutsgarantien?

12 Eigentümer:innen und Erb:innen können aufgrund Art. 14 Abs. 1 GG über eine Sache oder ein Recht, das Ihnen als ihr Eigentum zugewiesen ist, grundsätzlich frei verfügen. Was aber ist Eigentum bzw. wer entscheidet, was davon umfasst ist? An dieser Stelle zeigt sich die Kernschwierigkeit im Umgang mit normgeprägten Grundrechten (§ 4 Rn. 45 f.), zu denen Eigentum und Erbrecht zählen. Anders als etwa die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) oder die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG), erlangen „Eigentum" und „Erbrecht" überhaupt erst durch einfachgesetzliche Ausgestaltung einen Sinn – und können erst nach einer gesetzlichen Ausgestaltung in Anspruch genommen werden. Dem Gesetzgeber kommt damit die Aufgabe zu, die Institute Eigentum und Erbrecht durch die Rechtsordnung zu schaffen und zu garantieren (Institutsgarantie, § 4 Rn. 42 f.).[20] Diesen Auftrag schreibt Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ausdrücklich fest. Eigentum ist damit letztlich ein bloßes rechtliches Konstrukt.

13 Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Frage, woran der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gebunden ist, wenn er Eigentumsrechte ausgestaltet. Dem Gesetzgeber kommt diesbezüglich grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zu; er muss seine Entscheidungen jedoch am Schutzzweck der Eigentumsfreiheit orientieren. Wie das BVerfG darlegt, wirkt die Institutsgarantie damit als Schranken-Schranke für Eingriffe in Art. 14 GG (siehe dazu die eingehenden Ausführungen zur Entscheidung zum Hamburger Deichordnungsgesetz, § 15 Rn. 36 f.).

e) Welche Eingriffe in Eigentum und Erbrecht gibt es?

14 Ein Eingriff in Eigentum oder Erbrecht liegt immer dann vor, wenn eigentums- oder erbrechtlich geschützte Positionen nach Veränderungen der Rechtslage durch eine staatliche Maßnahme (Norm oder Einzelakt) nicht mehr geschützt sind oder wenn Nutzungsbefugnisse im Vergleich zur alten Rechtslage eingeschränkt werden. Ebenso können faktische oder mittelbare Beeinträchtigungen der Eigentumsnutzung Eingriffscharakter haben. Art. 14 GG unterscheidet dabei zwischen zwei Eingriffsarten (zur Abgrenzung s. Nassauskiesungs-Entscheidung, § 15 Rn. 32 f.):

- Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, § 15 Rn. 15 ff.) und
- Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG, § 15 Rn. 18 ff.).

Daneben gibt es die Sozialisierung gem. Art. 15 GG (§ 15 Rn. 41 f.).

20 Siehe *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 61 ff.; *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

f) Was sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen?

15 Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ermächtigt den Gesetzgeber dazu, Inhalt und Schranken des Eigentums und des Erbrechts zu bestimmen (normgeprägtes Grundrecht, § 4 Rn. 44 ff.). Unter Inhalts- und Schrankenbestimmung versteht das Grundgesetz demnach



Die Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG: Inhalts- und Schrankenbestimmungen

> ▶ die **generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten** durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die **den „Inhalt" des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft bestimmen**.
>
> **BVerfGE 52, 1, 27 (Kleingarten [1979])** ◀

16 Inhaltsbestimmungen sind auf die zukünftige Ausgestaltung von Eigentum und Erbrecht gerichtet. Schrankenbestimmungen begrenzen bereits bestehende Eigentums- und Erbrechtspositionen (vornehmlich Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten). Der Unterschied liegt darin, dass bei Schrankenbestimmungen der Regulierung mit dem Bestandsschutz ein rechtlich geschütztes Interesse entgegensteht, während die Inhaltsbestimmung keine bestehenden Rechtspositionen berührt. Allerdings geht mit der Festlegung neuer Eigentums- oder Erbrechte nicht selten auch eine Beschränkung bereits bestehender Rechte einher. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Beschränkung ist daher nicht immer möglich.[21]

17 Zu beachten ist ferner, dass Eingriffe in Eigentum und Erbrecht oftmals durch Einzelakte (bspw. in Form eines Verwaltungsaktes) drohen.

> Beispiel:[22] Die Eigentümerin einer denkmalgeschützten Villa beantragt eine Abrissgenehmigung bei der zuständigen Behörde. Diese wird ihr mit Verweis auf das Denkmalschutzgesetz versagt. Auf den ersten Blick handelt es sich hierbei um die Regelung eines konkreten Einzelfalls (Abriss einer bestimmten Villa) und damit gerade nicht um eine abstrakt-generelle Beschränkung des Eigentums. Durch die Einzelmaßnahme konkretisiert sich die abstrakt-generell geschaffene Eingriffsermächtigung (hier das Denkmalschutzgesetz). Trotz des konkret-individuellen Charakters liegt also keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vor.[23]

21 Siehe *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 45 f.
22 Vgl. BVerfGE 100, 226 (Denkmalschutz [1999]).
23 Siehe *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

g) Was sind Enteignungen?

Von einer Enteignung ist zu sprechen, wenn einer Person 18

- eine konkrete Eigentumsposition
- vollständig oder teilweise
- zum Zwecke der Güterbeschaffung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben

entzogen wird.



Die Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG: Enteignungen



Jurafuchs

> ▶ Die Enteignung ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet. **Unverzichtbares Merkmal** der zwingend entschädigungspflichtigen Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG in der Abgrenzung zur grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmenden Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ist das **Kriterium der vollständigen oder teilweisen Entziehung von Eigentumspositionen und der dadurch bewirkte Rechts- und Vermögensverlust**. [...] Die Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG setzt weiterhin **zwingend** voraus, dass der hoheitliche Zugriff auf das Eigentumsrecht zugleich eine **Güterbeschaffung zugunsten der öffentlichen Hand oder des sonst Enteignungsbegünstigten** ist.
>
> **BVerfGE 143, 246, Rn. 245 f. (Atomausstieg [2016])** ◀

Die vollständige oder teilweise Entziehung einer konkreten subjektive Rechtsposition meint den Verlust der rechtlichen Zuordnung einer Eigentumsposition zulasten des oder der bisherigen Berechtigten; umfasst sind alle durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Rechtspositionen.

Die Entziehung bzw. Rechtsübertragung muss ferner zugunsten der öffentlichen Hand oder sonstiger Enteignungsbegünstigter erfolgen (**Güterbeschaffungsvorgang**[24], beispielsweise eine Enteignung von Grundstücken zum Bau von Verkehrswegen). Keine Enteignung stellen dagegen die polizeiliche Einziehung oder Vernichtung von Vermögensgegenständen (z.B. Drogen) dar. Hier fehlt es (wenn alles richtig läuft[25]) an einem Güterbeschaffungsvorgang.[26]

Die Entziehung muss ferner durch einen gezielten (finalen) hoheitlichen Rechtsakt erfolgen.[27] Dabei werden zwei Arten von Enteignungen unterschieden:

- Enteignung *durch* Gesetz (**Legalenteignung**) und
- Enteignung *aufgrund* Gesetzes durch die Verwaltung (**Administrativenteignung**).

24 Dazu *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 119 ff.; *Ludwigs*, NVwZ 2016, 1; *Schwarz*, DVBl. 2013, 133.
25 Siehe diesen → Fall in einer Polizeibehörde.
26 Vgl. BVerfGE 110, 1, 24 f. (Erweiterter Verfall [2004]).
27 Siehe *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 117 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schließlich muss die Enteignung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Der Staat muss also Gemeinwohlinteressen verfolgen, deren Bestimmung dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten ist.[28]

Die Abgrenzung der Enteignung von der Inhalts- und Schrankenbestimmung erfolgt i.S. der Nassauskiesungs-Entscheidung (§ 15 Rn. 32 f.) nach formellen Kriterien, insbesondere der Form und der Zweckrichtung.

h) Wie können Inhalts- und Schrankenbestimmungen gerechtfertigt werden?

19 Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG enthält als Schranke einen einfachen Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6): Das eingreifende Gesetz muss formell wie materiell verfassungsmäßig sein. Äußerste Grenze bildet dabei die Institutsgarantie des Eigentums und des Erbrechts, ihr Kernbereich darf nicht ausgehöhlt werden (vgl. dazu die Entscheidung des BVerfG zum Hamburger Deichordnungsgesetz, § 15 Rn. 37).

JA 2013, 676 ◆ JA 2017, 362 ◆ JuS 2017, 846 JuS 2020, 31 JuS 2020, 529 JA 2020, 843 ◆ ZJS 2021, 160

20 Im Rahmen der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 15 Rn. 30 ff.) als Schranken-Schranke sind ferner eigentumsrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. So normiert Art. 14 Abs. 2 GG die **Sozialpflichtigkeit** des Eigentums. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Gebrauch des Eigentums zwar den Eigentümer:innen dienen (Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis, § 15 Rn. 3), „zugleich" aber auch der Allgemeinheit zugute kommen soll.[29] Im Zentrum der Abwägung stehen also Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) einerseits und Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG) andererseits:

> ▶ Der Gesetzgeber muß bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. [...] Das **Wohl der Allgemeinheit** ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die dem Eigentum aufzuerlegenden Belastungen. Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse dürfen nicht weitergehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient. **Der Kernbereich der Eigentumsgarantie darf dabei nicht ausgehöhlt werden.** Zu diesem gehört sowohl die Privatnützigkeit, also die Zuordnung des Eigentumsobjekts zu einem Rechtsträger, dem es als Grundlage privater Initiative von Nutzen sein soll, als auch die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand.
>
> Der **Regelungsbefugnis des Gesetzgebers** sind unterschiedliche Schranken gezogen. Soweit das Eigentum die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert, genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz. **Demgegenüber ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers um so größer, je stär-**

28 Vgl. BVerfGE 134, 242, 292 (Garzweiler [2013]).

29 Vgl. BVerfGE 25, 112, 117 f. (Niedersächsisches Deichgesetz [1969]); 68, 361, 370 ff. (Eigenbedarf I [1985]); 143, 246, Rn. 218 (Atomausstieg [2016]); *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 98 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung.

BVerfGE 100, 226, 240 f. (Denkmalschutz [1999]) ◀

Legitime Zwecke einer Inhalts- und Schrankenbestimmung können daher nur Gründe des Allgemeinwohls sein, deren Festlegung wiederum dem Gesetzgeber zusteht (man denke etwa an die gesetzliche Normierung der sog. Mietpreisbremse – § 556d BGB – zur Bekämpfung rasant steigender Mieten).[30] 21

Im Zentrum der Eigentumsfreiheit steht der **Bestandsschutz**, das Vertrauen auf den Fortbestand der Eigentumsposition. Das BVerfG leitet hieraus den **Grundsatz des Vertrauensschutzes** ab.[31] Dieser Vertrauensschutz gilt nicht absolut, da sonst jegliche Eigentumsreform unmöglich wäre, allerdings kann der Gesetzgeber dazu verpflichtet werden, einen möglichst schonenden Übergang bei der Neugestaltung herzustellen, etwa durch eine Ausnahme für „Altfälle" oder durch Übergangsregelungen.[32] 22

Eine ähnliche Rolle können **Ausgleichs- oder Entschädigungsregelungen** spielen: Grundsätzlich gilt zwar, dass Inhalts- und Schrankenbestimmungen entschädigungslos hinzunehmen sind; eine Entschädigungspflicht, wie sie Art. 14 Abs. 3 GG für Enteignungen vorsieht, gibt es nicht. Aufgrund des Grundsatzes, dass selbst schwerste Eigentumsbeeinträchtigungen nicht in eine Enteignung umschlagen können (Nassauskiesungs-Entscheidung, § 15 Rn. 34), kann im Einzelfall allerdings eine Verkürzung von Eigentumsrechten ohne finanziellen Ausgleich unzumutbar sein. Ausgleichs- oder Entschädigungsregelungen sind daher immer vorzusehen, wenn Inhalts- und Schrankenbestimmung in ihrer Wirkung einer Enteignung nahekommen (sog. **ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen**).[33] Ein Ausgleich kann dabei entweder durch Befreiungstatbestände (vgl. § 31 BauGB) oder – als letzte Möglichkeit – durch finanzielle Entschädigung (vgl. § 68 Abs. 1 BNatSchG) herbeigeführt werden. 23

i) Wie können Enteignungen gerechtfertigt werden?

Für die Rechtfertigung von Enteignungen enthält Art. 14 Abs. 3 GG eine eigenständige Schranke in Form eines qualifizierten Gesetzesvorbehalts (§ 4 Rn. 6). Danach ist eine Enteignung nur zulässig 24

- durch oder aufgrund eines Gesetzes zum Wohle der Allgemeinheit (S. 1),
- wenn Art und Ausmaß der Entschädigung (S. 2 und 3) geregelt sind.

Jura 2011, 223
JA 2015, 834 ◆
JuS 2018, 161 ◆
Jura 2021, 1375 ◆

30 Zur Verfassungsmäßigkeit der Mietpreisbremse siehe BVerfG NJW 2019, 3054; dazu *Farahat*, JZ 2020, 602.

31 Vgl. BVerfGE 76, 220, 244 f. (Arbeitsförderungsgesetz [1987]); 83, 201, 212 f. (Bundesberggesetz [1991]); ferner *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 70.

32 Vgl. BVerfGE 71, 137, 144 (Niedersächsisches Fischereigesetz [1985]).

33 Vgl. BVerfGE 58, 137 (Pflichtexemplar [1981]); 100, 226, 245 f. (Denkmalschutz [1999]; 143, 246, Rn. 258 ff. (Atomausstieg [2016]); *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 113; zu pandemiebedingten Betriebsschließungen vgl. *Dolde/Marquard*, NVwZ 2021, 674.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Rechtfertigungsanforderungen an eine Enteignung ergeben sich damit bereits aus dem Wortlaut.

25 In formeller Hinsicht ist eine Enteignung gem. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG *durch* Gesetz (Legalenteignung) oder *aufgrund* eines Gesetzes durch die Verwaltung (Administrativenteignung) möglich. Enteignungen bedürfen damit in jedem Fall einer gesetzlichen Grundlage (Vorbehalt des Gesetzes, § 4 Rn. 26). Die Legalenteignung stellt im Verhältnis zur Administrativenteignung den Ausnahmefall dar.[34] Dieses Verhältnis ergibt sich aus den verkürzten Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Legalenteignungen: Zur Überprüfung formeller Gesetze ist kein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz eröffnet; Prüfungskompetenz hat diesbezüglich allein das BVerfG.

26 Zudem muss das enteignende oder zur Enteignung ermächtigende Gesetz gem. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG **Art und Ausmaß der Entschädigung** regeln. Fehlt eine solche Entschädigungsregelung, ergibt sich bereits daraus die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes (**Junktim**[35]).[36] Zu beachten ist, dass die Junktimklausel nur für nachkonstitutionelles Recht gilt (also für Rechtssätze, die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassen wurden). Anders als Inhalts- und Schrankenbestimmungen (§ 15 Rn. 23) sind Enteignungen daher ausnahmslos nur gegen Entschädigung zulässig. Nicht ausreichend ist eine salvatorische Entschädigungsklausel, die vom Gesetzgeber nur für den Fall eingefügt wird, dass dem Gesetz enteignende Wirkung zukommt. Einer solchen pauschalen Entschädigungsregelung stehen bereits die Funktionen des Junktimerfordernisses entgegen:

> ▶ [Der] Verknüpfung von Enteignung und Entschädigungsregelung (**Junktim**) kommt eine **doppelte Funktion** zu: Sie dient zunächst dem Ziel, daß der Zugriff auf die durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Güter in einem **rechtsstaatlich geordneten Verfahren durchgeführt wird, wenn der Betroffene den Zugriff auf sein Eigentum dulden muß**. Sie soll sicherstellen, daß ihm eine verfassungsmäßige Entschädigung geleistet wird, wenn das Enteignungsgesetz zur Anwendung kommt. Damit wird zugleich ein willkürliches Vorgehen der Verwaltung und der Gerichte und damit eine Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie verhindert.
>
> Neben dieser grundrechtssichernden Aufgabe soll das Junktim den Gesetzgeber veranlassen, das Gesetz daraufhin zu prüfen, ob der zu regelnde Sachverhalt einen Enteignungstatbestand im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG darstellt, und daß in diesem Fall Entschädigung geleistet werden muß, welche die öffentlichen Haushalte belastet. Der Gesetzgeber soll sich auch schlüssig werden, in welcher Art und in welchem Umfang zu entschädigen ist. Damit wird zugleich verhindert, daß unter

34 Vgl. BVerfGE 45, 297, 332 ff. (Öffentliche Last [1977]); 95, 1, 22 (Südumfahrung Stendal [1996]); *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 143.

35 Junktimklausel „nennt man die Bestimmung einer Rechtsnorm, dass eine im Range unter ihr stehende Rechtsvorschrift eine bestimmte Regelung nur in Verbindung mit einer anderen Regelung treffen dürfe" (*Weber*, Rechtswörterbuch, 28. Auflage 2022, Stichwort „Junktimklausel").

36 Vgl. BVerfGE 24, 367, 418 (Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968]); *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 139 ff.; *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 81 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem Deckmantel von Inhaltsbestimmungen Enteignungsvorschriften geschaffen werden (**Warn- oder Offenbarungsfunktion**).

BVerfGE 46, 268, 286 f. (Bodenreformentschädigung [1977]) ◀

Die Höhe der Entschädigung ist gem. Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen.[37] Die Entschädigung muss sich nicht auf das „volle Äquivalent für das Genommene" belaufen.[38] Mit anderen Worten: Entschädigung bedeutet nicht Schadens- oder Wertersatz. Allerdings wird sich auch eine angemessene Entschädigung am Verkehrswert orientieren müssen. Im Streitfall über die Höhe der Entschädigung steht der Rechtsweg vor den Zivilgerichten offen (Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG). 27

Schließlich muss die Enteignung zum Wohle der Allgemeinheit (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG) erfolgen. Bei der Bestimmung der Gemeinwohlziele steht dem Gesetzgeber dabei ein weiter Entscheidungsspielraum zu.[39] Eine Enteignung zugunsten Privater ist damit nicht von vornherein ausgeschlossen. Entscheidend ist vielmehr, dass damit zugleich *auch* Gemeinwohlinteressen verfolgt werden.[40] Als Beispiel mag eine Enteignung von Grundstücken zum Aufbau eines Industrieparks in einer strukturschwachen Region dienen. Die (mittelbare) Schaffung von Arbeitsplätzen ist ein legitimes Gemeinwohlziel. Wird der Enteignungszweck nicht verwirklicht, so gewährt das BVerfG Enteigneten ein Rückerwerbsrecht.[41] 28

j) Ist das Zitiergebot auf die Eigentumsfreiheit anwendbar?

Das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, § 4 Rn. 23 f.) findet keine Anwendung, da es sich bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen durch den Gesetzgeber nicht um eine „Einschränkung", sondern vielmehr um die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Ausgestaltungsauftrags handelt.[42] 29

k) Wrap-Up: Prüfungsschema

I. Schutzbereich 30

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: Eigentum

Strukturelemente: vermögenswerte Rechte, Verfügungsbefugnis, Privatnützigkeit

nicht das Vermögen als Ganzes



Jurafuchs

37 Dazu *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 147 ff.; *Schnöckel*, DÖV 2009, 703.

38 Vgl. BVerfGE 24, 367, 420 f. (Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968]).

39 Vgl. BVerfGE 134, 242, 292 (Garzweiler [2013]); *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 127 ff.

40 Vgl. BVerfGE 74, 264, 285 f. (Boxberg [1987]); ausführlich *Hoops*, NVwZ 2017, 1496; *Ogorek*, DÖV 2018, 465.

41 Vgl. BVerfGE 38, 175, 181 ff. (Rückenteignung [1974]).

42 Vgl. BVerfGE 21, 92, 93 (Grundstückverkehrsgesetz [1967]); *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Eingriff

Vorliegen eines Eingriffs:

Klassischer oder moderner Eingriffsbegriff

Qualifizierung des Eingriffs:

Inhalts- und Schrankenbestimmung, Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG

Enteignung, Art. 14 Abs. 3 GG

Sozialisierung, Art. 15 GG

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Inhalts- und Schrankenbestimmung:

Schranken: einfacher Gesetzesvorbehalt

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Besonderheit bei Angemessenheit: Sozialbindung des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 2 GG

Institutsgarantie

Enteignung:

Schranken: qualifizierter Gesetzesvorbehalt

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Unterscheidung: Administrativ- und Legalenteignung

auch hier Sozialbindung des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 2 GG

Junktimklausel Art. 14 Abs. 3 GG

Weiterführende Hinweise

Jochum/Durneri, Grundfälle zu Art. 14 GG, JuS 2005, 220; 320; 412
Berg, Entwicklung und Grundstrukturen der Eigentumsgarantie, JuS 2005, 961
Lege, Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG, Jura 2011, 507
Lege, Art. 14 GG für Fortgeschrittene – 45 Fragen zum Eigentum, die Sie nicht überall finden, ZJS 2012, 44
Kingreen, Die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), Jura 2016, 390
Michl, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in Deutschland und Europa, JuS 2019, 343; 431

2. Die Nassauskiesungs-Entscheidung

a) Sachverhalt

31 Der Kläger des Ausgangsverfahrens betrieb auf einem in seinem im Alleineigentum stehenden Grundstück eine Kiesbaggerei. Zwei angrenzende Grundstücke, die in einem Wasserschutzgebiet lagen, hatte er gepachtet und baute hier bis in

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -



Die Nassauskiesungs-Entscheidung

den Grundwasserbereich hinein Sand und Kies ab. 1965 beantragte der Kläger, ihm zur Fortsetzung des Kiesabbaus eine Erlaubnis nach dem Wasserhaushaltsgesetz zu erteilen. Die Behörde lehnte den Antrag mit der Begründung ab, aufgrund der geringen Entfernung der Abbaustelle zur Brunnenanlage des Wasserwerks könnten Verunreinigungen des Baggersees diesen Brunnen erreichen und die öffentliche Wasserversorgung gefährden. Der Widerspruch des Klägers blieb ohne Erfolg. Ein Antrag des Klägers auf Gewährung einer Entschädigung wurde gleichfalls abgelehnt. Daraufhin erhob er Klage gegen das Land Nordrhein-Westfalen auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung. Er machte geltend, die Versagung der Erlaubnis zur Nassauskiesung stelle einen enteignenden Eingriff in seinen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie in das Grundeigentum dar. Das BVerfG hatte aufgrund eines Normenkontrollantrags des BGH zu entscheiden, ob die einschlägigen Normen des Wasserhaushaltsgesetzes mit Art. 14 GG vereinbar seien.

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Im Rahmen von Art. 14 GG sind zwei Eingriffsarten zu unterscheiden: Inhalts- und Schrankenbestimmungen und Enteignungen. Die Unterscheidung ist dabei gerade mit Blick auf die Anforderungen an deren Rechtfertigung von größter Bedeutung. In seiner grundlegenden Nassauskiesungs-Entscheidung hat das BVerfG eine neue Abgrenzungsmethodik entwickelt. 32

In der früheren Rechtsprechung wurde auf die Eingriffsintensität abgestellt (sog. **Sonderopfertheorie**).[43] Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung „wurde" zur Enteignung, wenn sie ein bestimmtes Eingriffsmaß überschritt – mithin ein schwerer Eingriff vorlag, der Betroffenen ein Sonderopfer abverlangte. In seiner Nassauskiesungs-Entscheidung wandte sich das BVerfG von diesem materiellen Kriterium der Schwere des Eingriffs ab und nahm die Abgrenzung nach formellen Kriterien, maßgeblich der Form und Zweckrichtung des Eingriffs, vor.[44]

> ▶ 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 ist 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.

43 Vgl. BVerwGE 5, 143 (Landschaftsschutz [1957]) = NJW 1957, 1534; 19, 94 (Spielhalle [1964]) = VerwRspr 1966, 243.

44 Siehe *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 89 ff.; *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 49 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Weiter hat der Gesetzgeber nach Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG die Möglichkeit, durch Gesetz einem **bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis konkrete Eigentumsrechte zu entziehen**, die aufgrund der allgemein geltenden Gesetze im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG rechtmäßig erworben worden sind (**Legalenteignung**). Schließlich kann der Gesetzgeber – ebenfalls nach Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG – der Exekutive die Ermächtigung erteilen, konkretes Eigentum Einzelner zu entziehen. Die Enteignung aufgrund Gesetzes (**Administrativenteignung**) erfordert einen behördlichen Vollzugsakt, der – anders als die Legalenteignung – mit Rechtsmitteln angefochten werden kann.
>
> **BVerfGE 58, 300, 330 f. (Nassauskiesung [1981])** ◀

33 Das BVerfG unterscheidet dabei einerseits zwischen Inhalts- und Schrankbestimmungen und Enteignungen und anderseits innerhalb der Enteignungen nochmals zwischen Legal- und Administrativenteignung. Folgende Übersicht verdeutlicht die Abgrenzungskriterien des BVerfG:

	Inhalts- und Schrankenbestimmung	Enteignung
Form	■ **abstrakt-generelle** Festlegung dessen, was Eigentum ist	■ Entzug einer **konkret-individuellen** Eigentumsposition
Ziel	■ zukunftsgerichtete Ausgestaltung des Eigentumsgrundrechts	■ **final**, zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben

c) Relevanz der Nassauskiesungs-Entscheidung

34 Im Zuge der Nassauskiesungs-Entscheidung setzte sich das BVerfG mit der Struktur des Art. 14 GG auseinander. Die wichtigste dogmatische Weichenstellung ist die kategoriale (formelle) Unterscheidung zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung einerseits und Enteignung andererseits. So kann eine verfassungswidrige Inhalts- und Schrankenbestimmung niemals in eine Enteignung umgedeutet und daher auch nicht durch eine nachträgliche Entschädigungsregelung geheilt werden. Am Rande beschäftigte sich das Gericht mit dem Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (§ 15 Rn. 6). Schließlich betonte das BVerfG den Vorrang des Primärrechtsschutzes: Betroffene müssten grundsätzlich gegen die verfassungswidrige Maßnahme selbst vorgehen, sie könnten nicht stattdessen eine solche Maßnahme hinnehmen und stattdessen im Wege des Sekundärrechtsschutzes Entschädigung fordern (**kein „*dulde und liquidiere*“**). Der Eigentumsschutz entwickelt sich dadurch von einem bloßen *Wert*schutz (durch Entschädigungszahlungen) hin zu einem echten *Bestands*schutz.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Die Hamburger Deichordnungsgesetz-Entscheidung

a) Sachverhalt

Um den Deichbau in Hamburg zu ermöglichen, wurde durch ein Landesgesetz privates Eigentum an und auf den Deichen in öffentliches Eigentum umgewandelt. Rund 212 Hektar von insgesamt über 500 Hektar der umgewandelten Fläche standen im Eigentum Privater. Die Beschwerdeführer:innen waren Grundstückseigentümer:innen, die sich durch die Neuordnung des Deichordnungsgesetzes in verschiedener Weise in ihrem Grundrecht aus Art. 14 GG verletzt sahen. 35

Die Hamburger Deichordnungsgesetz-Entscheidung

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG normiert eine Institutsgarantie (§ 4 Rn. 42 f.). Dabei handelt es sich allerdings nicht um ein bloßes objektiv-rechtliches Institut, sondern es werden daraus auch Grenzen für den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Eigentumsrechte abgeleitet.[45] Das BVerfG formuliert: 36

> ▶ 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**.
>
> **BVerfGE 24, 367, 389 (Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968])** ◀

Absolute Grenze ist damit der Kernbereich des Eigentums (Bestandsgarantie). Das bedeutet, dass die verfassungsmäßigen Grundstrukturen und Wesensmerkmale des Eigentums gewahrt werden müssen.[46] Anders formuliert: Vom Rechtsbegriff „Eigentum" darf nicht lediglich eine leere Hülle verbleiben. Dazu führt das BVerfG aus: 37

> ▶ 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.
>
> **BVerfGE 24, 367, 389 (Hamburgisches Deichordnungsgesetz [1968])** ◀

45 Siehe *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 103 ff.
46 Siehe *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Relevanz der Hamburger Deichordnungsgesetz-Entscheidung

38 Art. 14 GG gewährt Einzelnen ein Abwehrrecht (§ 1 Rn. 28) gegen staatliche Maßnahmen, die den Berechtigten vermögenswerte Rechtspositionen entziehen oder deren privaten Nutzen einschränken. Inhalts- und Schrankenbestimmungen finden ihre verfassungsrechtlichen Grenzen dabei in der Institutsgarantie des Eigentums. Die Institutsgarantie wirkt damit als Schranken-Schranke für Eingriffe in Art. 14 GG.

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Welche Bedeutung kommt der Eigentumsfreiheit zu?

39 Das BVerfG betont den engen inneren Zusammenhang der Eigentumsfreiheit mit der persönlichen Freiheit:

> ▶ [Der Eigentumsfreiheit] kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen; die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums als Rechtseinrichtung dient der Erfüllung dieser Aufgabe.
>
> **BVerfGE 50, 290, 339 (Mitbestimmung [1978])** ◀

40 Neben seiner Bedeutung für das Individuum ist Art. 14 Abs. 1 GG auch eine Säule der **freiheitlichen Wirtschaftsordnung** Deutschlands.[47] Der Gesetzgeber muss sich bei der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Eigentumsfreiheit daher an dieser Ordnung ausrichten. Dies umfasst etwa die Erhaltung des Grundsatzes der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG, § 21 Rn. 27 ff.), unter Berücksichtigung der Sozialbindung des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 2 GG als Gegengewicht.

2. Was ist Sozialisierungen gemäß Art. 15 GG?

◆ 41



JuS 2008, 1065

Art. 15 GG ermächtigt den Gesetzgeber, Grund und Boden sowie Naturschätze und Produktionsmittel zum Zwecke der **Vergesellschaftung** gegen Entschädigung in Gemeineigentum oder andere Formen der Gemeinwirtschaft zu überführen (**Sozialisierung**). Die Norm steht in enger Verbindung zu Art. 14 GG und regelt mit der Ermächtigung zu gesetzlichen Eingriffen in das Eigentum ein gegenüber der Enteignung eigenständiges Rechtsinstitut.[48] Die Sozialisierung ist dabei nur unter den in Art. 15 GG normierten verfassungsrechtlichen Anforderungen möglich. Die Vorschrift enthält aber weder einen Verfassungsauftrag zur Sozialisierung noch einen Anspruch auf Sozialisierung.[49]

47 Siehe *Bryde/Wallrabenstein*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 14, Rn. 3 f.
48 Siehe *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 15, Rn. 15 f.
49 Vgl. BVerfGE 12, 354, 363 f. (Volkswagenprivatisierung [1961]); *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 15, Rn. 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Obwohl von der Ermächtigung in Art. 15 GG bislang (noch) kein Gebrauch gemacht wurde, ist sie nicht überflüssig oder obsolet.[50] So wird etwa angesichts herrschender Wohnraumknappheit und steigender Mietpreise in Ballungsräumen die Forderung geäußert, marktbeherrschende Wohnungsunternehmen zu vergesellschaften.[51] 42



Berliner Volksinitiative „Deutsche Wohnen & Co. enteignen“

3. Was sind sog. Aufopferungsansprüche?

Aufopferungsansprüche kommen immer dann in Betracht, wenn staatliche Maßnahmen in Eigentumspositionen eingreifen, ohne dass dies in Form einer Inhalts- und Schrankenbestimmung (§ 15 Rn. 15 ff.) oder einer Enteignung (§ 15 Rn. 18 ff.) geschieht. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Betroffene nicht entschädigungslos bleiben sollen, wenn sie ein nicht zumutbares Sonderopfer zugunsten des Gemeinwohls erbracht haben. Die Aufopferungsansprüche sind dabei ungeschriebene, gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitute aus dem **Staatshaftungsrecht**, die auf angemessene Entschädigung gerichtet sind. 43

Das BVerfG hat in seiner grundlegenden Nassauskiesungs-Entscheidung (§ 15 Rn. 34) deutlich gemacht, dass solche Entschädigungen nur in Fällen in Betracht kommen, in denen den Betroffenen kein Rechtsbehelf gegen den Eigentumseingriff zur Verfügung stand. Dem sog. „*Dulden und Liquidieren*“[52] erteilt das BVerfG damit eine klare Absage (Vorrang des Primärrechtsschutzes): 44

> ▶ Der Betroffene hat [...] **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.**
>
> **BVerfGE 58, 300, 324 (Nassauskiesung [1981])** ◀

Bei einer rechtmäßigen Enteignung i.S.v. Art. 14 Abs. 3 GG (§ 15 Rn. 26 f.) steht den Betroffenen ein Entschädigungsanspruch zu. Dieser wiederum richtet sich nach der im Enteignungsgesetz enthalten Entschädigungsregel. Greift ein solcher Entschädigungsanspruch nicht, weil in das Eigentum eingegriffen wurde, ohne dass es sich um eine Enteignung handelt, so können ggf. die folgenden gewohnheitsrechtlich anerkannten Aufopferungsansprüche greifen:[53] 45

- Ein Anspruch aus **enteignendem Eingriff** besteht, wenn eine an sich *rechtmäßige* hoheitliche Maßnahme bei den Betroffenen zu Nachteilen führt,

50 Dazu *Schmidt*, DÖV 2019, 508; *Thiel*, DÖV 2019, 497.

51 Zur rechtlichen Bewertung siehe *Kloepfer*, NJW 2019, 1656; *Kühling/Litterst*, DVBl. 2022, 871; *Ipsen*, NVwZ 2019, 527; *Sodan/Ferlemann*, LKV 2019, 193.

52 So noch BGHZ 6, 270, 290 (Enteignung [1952]).

53 Einen guten Überblick bietet *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 14, Rn. 104 ff.; zur Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff wegen rechtswidriger Coronaschutz-Verordnungen siehe *Shirvani*, DÖV 2022, 54.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die sie hinnehmen müssen, die aber die Schwelle des Zumutbaren übersteigen. Dabei muss ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen dem entstandenen Nachteil und der hoheitlichen Maßnahme bestehen.[54] Denkbar ist ein enteignungsgleicher Eingriff insbesondere bei unvorhersehbaren, atypischen Folgeerscheinungen staatlichen Handelns.[55] Man denke etwa an die Corona-Pandemie, zu deren Eindämmung landesweit zum Schutze der Gesundheit Betriebe geschlossen wurden.[56]

- Bei *rechtswidrigen* Eingriffen in das Eigentum, die keine Enteignung sind, kommen Ansprüche aus **enteignungsgleichem Eingriff** in Betracht. Diese Anspruchsgrundlage wird auf eine analoge Anwendung der aufopferungsrechtlichen Grundsätze der §§ 74, 75 Einl PrALR gestützt. Voraussetzung des Anspruchs ist, dass rechtswidrig unmittelbar in das Eigentum eingegriffen wurde (wobei Finalität des Eingriffs nicht notwendig ist) und es der oder die Betroffene nicht unterlässt, den Eingriff mit zumutbaren, zulässigen Rechtsmitteln abzuwehren. Typische Fälle sind Eigentumsverletzungen durch Realakte, etwa die rechtswidrige behördliche Vernichtung einer offensichtlich ungefährlichen Sache.

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie werden Eigentum und Erbrecht in der EMRK gewährleistet?

◆ 46 Das Eigentum wird in Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK garantiert. Danach hat jede natürliche oder juristische Person das Recht auf Achtung ihres Eigentums. Der Eigentumsbegriff des Art. 1 Abs. 1 S. 1 des Zusatzprotokolls wird dabei vom EGMR autonom bestimmt, das heißt er ist unabhängig von der formalen Einordnung des Rechts der Konventionsstaaten.[57] Dennoch ähnelt die Auslegung des Eigentumsbegriffs des EGMR jener des BVerfG: Erfasst sind alle vermögenswerten Rechte.[58] Neben dem **Sacheigentum** zählen dazu auch nichtkörperliche Rechte (etwa **Forderungen**), sofern sie tatsächlich existieren und eine berechtigte Erwartung auf Realisierung besteht,[59] aber auch das **geistige Eigentum**[60]. Ferner fallen auch **sozialversicherungsrechtliche Ansprüche** unter den konventionsrechtlichen Eigentumsbegriff – unabhängig davon, ob sie auf Zahlung eigener Beiträge beruhen oder aus Steuermitteln finanziert werden.[61]

◆ 47 Anders als im Grundgesetz findet sich in der EMRK und den Zusatzprotokollen dagegen *kein* ausdrücklicher Schutz des **Erbrechts**.

54 Vgl. BGH NJW 2019, 227.
55 Vgl. BGH NJW 1980, 770; NJW 1980, 2703.
56 Zu Staatshaftungsansprüchen in Corona-Zeiten siehe *Rinze/Schwab*, NJW 2020, 1905.
57 Vgl. EGMR v. 23.11.2000, 25701/94, Rn. 60 – früherer König von Griechenland u.a./Griechenland.
58 Vgl. EGMR v. 23.2.1995, 15375/89, Rn. 53 – Gasus Dosier u.a./Niederlande.
59 Vgl. EGMR v. 27.9.2001, 40862/98 – Lenz/Deutschland.
60 Vgl. EGMR v. 13.3.2012, 23780/08, Rn. 89 – Malik/Vereinigtes Königreich.
61 Vgl. EGMR v. 12.4.2006, 65731/01, Rn. 47 ff. – Stec u.a.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bei Eingriffen in das Eigentum wird auch nach der EMRK zwischen zwei Arten unterschieden: Art. 1 Abs. 1 S. 2 des Zusatzprotokolls regelt Eigentumsentziehungen (in der grundrechtlichen Terminologie: Enteignungen, § 15 Rn. 18 ff.); Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls ermöglicht Nutzungsbeschränkungen (Parallelbegriff zu den Inhalts- und Schrankenbestimmungen, § 15 Rn. 15 ff.). Eine **Eigentumsentziehung** bedarf zunächst einer gesetzlichen Grundlage und darf nur zur Verfolgung öffentlicher Interessen vorgenommen werden. Darüber hinaus muss sie verhältnismäßig sein.[62] Nach der Rechtsprechung des EGMR kann eine Eigentumsentziehung indessen nicht nur in einer förmlichen Enteignung begründet sein, sondern auch dann vorliegen, wenn zwar die formale Eigentümerstellung unberührt bleibt, dem oder der Eigentümer:in aber alle damit verbundenen Rechte genommen werden und damit die Eigentumsposition faktisch entwertet wird (***de-facto*-Enteignung**).[63] 48

Nach Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls sind die Konventionsstaaten dazu berechtigt, die Nutzung des Eigentums im Allgemeininteresse zu regeln. **Nutzungsbeschränkungen** sind hoheitliche Maßnahmen, die einen bestimmten Gebrauch des Eigentums regeln, sei es zeitlich, räumlich oder sachlich.[64] Beispiele sind Baubeschränkungen oder eine Mietpreisbindung. Die Rechtmäßigkeit der staatlichen Maßnahme richtet sich dabei nach innerstaatlichem Recht. Voraussetzungen sind eine gesetzliche Grundlage und ein legitimer Zweck unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. 49

Ferner erkennt auch der EGMR sonstige Eingriffe an, also Eingriffe in das Eigentumsrecht, die weder Enteignung noch Nutzungsbeschränkung sind. Dabei sind Parallelen zu den staatshaftungsrechtlichen Aufopferungsansprüchen (§ 15 Rn. 43 ff.) zu erkennen. Typischerweise handelt es sich bei sonstigen Eingriffen um Realakte, die eine Eigentumsposition beeinträchtigen. Die Rechtfertigungsanforderungen entsprechen denen für die Nutzungsbeschränkungen. 50

2. Wie werden Eigentum und Erbrecht in der EU-GRCh gewährleistet?

Die EU-GRCh gewährleistet das Eigentum in Art. 17 EU-GRCh. Der Umfang des Schutzgehalts entspricht dabei weitestgehend dem des Art. 1 Abs. 1 S. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK. Dementsprechend dürfen die Gewährleistungen des Art. 17 EU-GRCh gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh nicht hinter den Anforderungen des Konventionsgrundrechts zurückbleiben.[65] Erfasst sind danach alle vermögenswerten Rechte, aus denen sich im Hinblick auf die jeweilige innerstaatliche Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, welche eine selbstständige Ausübung dieser Rechte durch den oder die Inhaber:in ermöglicht.[66] Art. 17 Abs. 2 EU-GRCh garantiert zudem ausdrücklich das geistige Eigentum. 51

62 Vgl. EGMR v. 24.7.2012, 55167/11, Rn. 47 – Waldemar Nowakowski/Polen.
63 Vgl. EGMR v. 23.9.1982, 7151/75 und 7152/75, Rn. 63 – Sporrong und Lönnroth.
64 Vgl. *Jarass*, NVwZ 2006, 1089.
65 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2005:285, Rn. 120 – Friuli-Venezia; ECLI:EU:C:2008:461, Rn. 356 – Kadi.
66 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 34 – Sky Österreich.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

◆ 52 Auch in der Grundrechtecharta wird bei Eingriffen zwischen **Eigentumsentziehungen** (Art. 17 Abs. 1 S. 2 EU-GRCh) und **Nutzungsbeschränkungen** (Art. 17 Abs. 1 S. 3 EU-GRCh) unterschieden. Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh gelten dabei dieselben Anforderungen wie im Rahmen des Konventionsrechts: Eine Eigentumsentziehung ist gerechtfertigt, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse erfolgt und verhältnismäßig ist.[67] Art. 17 Abs. 1 S. 2 EU-GRCh sieht – im Unterschied zu Art. 1 Abs. 1 S. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK – ausdrücklich eine **Entschädigungspflicht** vor. Bloße Nutzungsbeschränkungen des Eigentums sind nach der Rechtsprechung des EuGH rechtmäßig, wenn sie tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Union entsprechen und verhältnismäßig sind.[68]

◆ 53 Nicht zu verwechseln ist das Eigentums*recht* des Art. 17 EU-GRCh mit der Garantie der Unberührtheit der mitgliedstaatlichen Eigentums*ordnungen* gem. Art. 345 AEUV. Dieser Bestimmung kann gerade kein subjektives Recht gegen Eigentumsbeeinträchtigungen durch die Union entnommen werden.[69]

67 Siehe *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 17, Rn. 24 ff.
68 St. Rsp. vgl. nur EuGH, ECLI:EU:C:1998:172, Rn. 21 – Metronome Musik.
69 Siehe *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 17, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 16 Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG 2
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit? 2
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit? 5
c) Was sind Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit? 10
d) Wie kann ein Eingriff in die Vereinigungsfreiheit gerechtfertigt werden? 12
e) Wrap-Up: Prüfungsschema 17
2. Die Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG 18
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Koalitionsfreiheit? 18
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Koalitionsfreiheit? ... 20
c) Was sind Eingriffe in die Koalitionsfreiheit? 26
d) Wie kann ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit gerechtfertigt werden? 27
e) Wrap-Up: Prüfungsschema 29
II. Vertiefung und Kontextualisierung 30
1. Welche Bedeutung hat der Schutz der Vereinigungsfreiheit? 30
2. Welche Bedeutung hat der Schutz der Koalitionsfreiheit? 31
3. Ist die Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Körperschaften verfassungsgemäß? 32
4. Ist das Streikverbot für Beamt:innen verfassungsgemäß? .. 35
III. Europäische Dogmatik 37
1. Was ist der Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 EMRK? 37
2. Wie sind Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 EMRK zu rechtfertigen? 39
3. Was ist der Schutzbereich von Art. 12 EU-GRCh? 41
4. Wie sind Eingriffe in Art. 12 EU-GRCh zu rechtfertigen? 44

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die Bedeutung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit in einem demokratischen Gemeinwesen (§ 16 Rn. 30 f.)
- die Definition von „Vereinigung“ (§ 16 Rn. 5 ff.)
- die Mindestanforderungen an eine Koalition (§ 16 Rn. 20 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die negative Schutzwirkung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (§ 16 Rn. 9; 23)
- die Gewährleistung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit auf europarechtlicher Ebene (§ 16 Rn. 37 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (§ 16 Rn. 17; 29)
- die Anwendung der Schranke des Art. 9 Abs. 2 GG (§ 16 Rn. 12 ff.)
- die Darstellung der wesentlichen Aussagen der Entscheidung des BVerfG zum Streikverbot für Beamt:innen (§ 16 Rn. 35 f.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- welche Schranken für die Koalitionsfreiheit gelten (§ 16 Rn. 27)
- die wesentlichen Aussagen zur Pflichtmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft (§ 16 Rn. 32 ff.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- weshalb die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit normgeprägte Grundrechte sind (§ 16 Rn. 10 f.; 26)
- wieso es sich bei der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit um sog. Doppelgrundrechte handelt (§ 16 Rn. 2 f.; 18)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- inwieweit Art. 9 Abs. 2 GG Ausdruck einer streitbaren bzw. wehrhaften Demokratie ist (§ 16 Rn. 12)
- zur Einführung des Mindestlohns vor dem Hintergrund der Koalitionsfreiheit (§ 16 Rn. 26)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Die Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit?

2 Die Vereinigungsfreiheit verbürgt sowohl ein individuelles als auch ein kollektives Freiheitsrecht. Art. 9 Abs. 1 GG wird daher als **Doppelgrundrecht** bezeichnet.[1]

1 Zum Begriff *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 62 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zunächst handelt es sich um ein Deutschengrundrecht (§ 3 Rn. 12). EU-Ausländer:innen (§ 3 Rn. 25 f.) können sich unter Heranziehung des Art. 18 Abs. 1 AEUV ebenfalls auf die Vereinigungsfreiheit berufen.



Die Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG

Juristische Personen sind zwar grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) grundrechtsberechtigt; im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 GG wird davon insofern eine Ausnahme gemacht, dass sich juristische **Personenvereinigungen** direkt auf Art. 9 Abs. 1 GG berufen können, ohne dass es eines Rückgriffs auf Art. 19 Abs. 3 GG bedarf.[2] Für die Prüfung hat das keine Auswirkungen, da sowohl nach Art. 19 Abs. 3 GG als auch nach Art. 9 Abs. 1 GG nur solche Vereinigungen erfasst sind, die ihren Sitz in Deutschland haben. Juristische Personen mit Sitz im EU-Inland (§ 3 Rn. 27 f.) können sich wiederum über Art. 18 Abs. 1 AEUV auf die Vereinigungsfreiheit berufen. EU-ausländische Vereinigungen sind dagegen nur über Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG geschützt.[3] Öffentlich-rechtliche Vereinigungen fallen nicht in den Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit.[4] 3

Zudem sind politische **Parteien** von Art. 9 Abs. 1 nicht erfasst.[5] Für sie geht Art. 21 Abs. 1 GG als speziellere Norm vor. Gleiches gilt für Glaubensgemeinschaften (§ 10 Rn. 26), die unter dem besonderen Schutz der Glaubensfreiheit stehen (Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2, Abs. 5, Abs. 7 WRV).[6] Schließlich geht auch die Koalitionsfreiheit (§ 16 Rn. 19) als spezielleres Grundrecht der allgemeinen Vereinigungsfreiheit vor. 4

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit?

Seinem Wortlaut nach schützt Art. 9 Abs. 1 GG das Recht, Vereine und Gesellschaften zu gründen; gemeinsamer Oberbegriff ist die Bezeichnung „Vereinigungen". Eine Vereinigung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 GG ist 5

- jeder freiwillige Zusammenschluss einer Mehrheit von natürlichen und juristischen Personen,
- die sich für längere Zeit und
- zu einem gemeinsamen Zweck
- einer organisierten Willensbildung unterwerfen.[7]

§ 2 Abs. 1 VereinsG orientiert sich an dieser Definition, in der Prüfung kann diese einfachgesetzliche Definition daher als Merkhilfe dienen. Zitieren darf man die Norm allerdings nicht, denn der Gewährleistungsgehalt eines Grundrechts kann sich grundsätzlich nicht aus einer einfachgesetzlichen Norm ergeben.

2 *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 41 ff.; a.A. *v. Coelln,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 9, Rn. 6.
3 Vgl. BVerfG NVwZ 2000, 1281.
4 BVerwGE 167, 202 (staatlich beherrschte Unternehmen [2019]); ferner *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 28.
5 BVerfGE 25, 69, 78 (Verfassungsfeindliche Äußerungen [1969]); *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 206 f.; a.A. *v. Coelln,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 9, Rn. 10.
6 BVerfGE 83, 341, 354 ff. (Bahá'í [1991]).
7 Vgl. BVerfGE 85, 360, 370 (Akademie-Auflösung [1992]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6 Der gemeinsame Zweck kann sowohl politischer, wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein (sog. **Zweckoffenheit**).[8] Die organisierte Willensbildung setzt eine gewisse organisatorische Festigkeit des Zusammenschlusses voraus.

7 Darüber hinaus muss die Vereinigung sich **freiwillig** gebildet haben, um den Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG zu genießen. Gesetzlich angeordnete Zwangszusammenschlüsse sind damit nicht erfasst[9] (s. dazu Pflichtmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, § 16 Rn. 32 ff.).

8 Der Schutzgehalt der Vereinigungsfreiheit enthält sowohl eine positive als auch eine negative Komponente:[10] So gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG zunächst das Recht, Vereinigungen zu bilden (sog. **Gründungsfreiheit**).[11] Hiervon erfasst ist die Entscheidung über den Zeitpunkt der Gründung, den Zweck, die Rechtsform, den Namen, die Satzung, den Sitz und die Auflösung der Vereinigung. Ferner sind das **Recht zum Beitritt** oder das **Recht zum Verbleib** in einer Vereinigung geschützt. Dem Vereinigungskollektiv wird zudem das Recht auf Selbstbestimmung in allen vereinigungsinternen Angelegenheiten, etwa der Organisation von Vereinigungssitzungen oder der Aufnahme und dem Ausschluss von Mitgliedern, eingeräumt (sog. **kollektive Vereinigungsfreiheit**).[12] Darüber hinaus werden Tätigkeiten vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG erfasst, die nach außen hin der Verwirklichung des Vereinigungszwecks dienen. Das BVerfG verlangt jedoch, dass die Tätigkeit einen **vereinigungsspezifischen Bezug** aufweist;[13] man denke etwa an die werbewirksame Selbstdarstellung eines Vereins.[14]

9 Die **negative Vereinigungsfreiheit** schützt demgegenüber das Recht, *keine* Vereinigung zu gründen, *keiner* Vereinigung beizutreten oder aus einer Vereinigung auszutreten (s. dazu Pflichtmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, § 16 Rn. 32 ff.).

c) Was sind Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit?

10 Ein Eingriff ist jede staatliche Handlung, die eine vom Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit geschützte Handlung erschwert oder unmöglich macht. Den intensivsten Eingriff stellt das **Vereinigungsverbot** dar.[15]

JuS 2010, 626

11 Allerdings stellt nicht schon jede gesetzgeberische Maßnahme einen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit dar. Art. 9 Abs. 1 GG ist ein normgeprägtes Grundrecht

8 Siehe Vgl. *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 29.
9 Vgl. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 28.
10 Vgl. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 58 ff.; *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 47 ff.
11 BVerfGE 38, 281, 302 f. (Arbeitnehmerkammern [1974]); 50, 290, 353 (Mitbestimmung [1978]); 80, 244, 252 (Vereinsverbot [1989]).
12 BVerfGE 124, 25, Rn. 37 ff. (Kontrahierungszwang für Versicherungsvereine [2009]); ferner *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 56 ff.
13 BVerfGE 70, 1, 25 (Orthopädietechniker-Innungen [1985]).
14 BVerfGE 50, 290, 354 (Mitbestimmung [1978]); 84, 372, 378 (Lohnsteuerhilfeverein [1991]); aktuell BVerfG NVwZ 2020, 1424.
15 Zum Vereinsverbot *Baudewin*, NVwZ 2021, 1021.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(§ 4 Rn. 44 ff.):[16] Anders als bspw. die Meinungsfreiheit können die Bürger:innen die Vereinigungsfreiheit ohne staatliche Ausgestaltung nicht sinnvoll in Anspruch nehmen. Art. 9 Abs. 1 GG verpflichtet daher den Staat dazu, in der Rechtsordnung Vereinigungen vorzusehen und zu ermöglichen (Einrichtungsgarantie). Das Vereinsrecht (§§ 21 ff. BGB), das Recht der Personengesellschaften (§§ 705 ff. BGB, §§ 105 ff. HGB) und das Recht der Kapitalgesellschaften (Aktiengesetz, GmbH-Gesetz) sind Beispiele für Möglichkeiten, die das Recht vorsieht, damit die Vereinigungsfreiheit realisiert werden kann. Dabei ist die Legislative nicht an bestehende Rechtsformen und Normkomplexe des Vereins- und Gesellschaftsrechts gebunden. Die einfachgesetzliche Ausgestaltung muss sich aber am Schutzgehalt des Art. 9 Abs. 1 GG orientieren:

> ▶ [Sie] muß auf einen Ausgleich gerichtet sein, der geeignet ist, freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines geordneten Vereinslebens [...] zu ermöglichen und zu erhalten.
>
> **BVerfGE 50, 290, 355 (Mitbestimmung [1978])** ◀

Die Grenzen zwischen Eingriffen in die Vereinigungsfreiheit und Ausgestaltungen sind dabei fließend und können wie bei allen normgeprägten Grundrechten (§ 4 Rn. 42 f.) im Einzelfall schwierig zu ziehen sein.

d) Wie kann ein Eingriff in die Vereinigungsfreiheit gerechtfertigt werden?

12 Art. 9 Abs. 2 GG ist Ausdruck der **wehrhaften Verfassung** (§ 5 Rn. 21 ff.). Danach sind Vereinigungen verboten, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten. Dieser Katalog der Verbotsgründe ist abschließend.[17]

Jura 2022, 746

13 Die Formulierung „sind verboten" wirft die Frage auf, ob es sich bei Art. 9 Abs. 2 GG um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6) und damit um eine **Schutzbereichsbegrenzung** handelt. Nimmt man eine Schutzbereichsbegrenzung an, so werden Vereinigungen, die unter Art. 9 Abs. 2 GG fallen, von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG ausgenommen[18] – ähnlich etwa wie unfriedliche oder bewaffnete Versammlungen, die aus dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG (§ 13 Rn. 9) herausfallen. Für die Qualifizierung des Art. 9 Abs. 2 GG als Schrankenregelung streiten jedoch rechtsstaatliche Gründe.[19] Ein Vereinigungsverbot stellt den intensivsten Eingriff in Art. 9 Abs. 1 GG dar, so dass sich besondere Verfahrens- und Zuständigkeitsanforderungen ergeben. Verbote, die am Ende solcher Verfahren stehen, wirken daher nicht deklaratorisch, sondern konstitutiv (vgl. § 3 Abs. 1 VereinsG): Erst nach dem Verbot ist eine Vereinigung daher nicht mehr vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1

Bekanntmachung verbotener Vereinigungen

16 Vgl. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 8 f.; *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 61 ff.

17 BVerfGE 80, 244, 253 (Vereinsverbot [1980]).

18 In diese Richtung BVerwGE 134, 275, Rn. 22. (Collegium Humanum [2009]).

19 So BVerfGE 149, 160 (Vereinsverbote [2018]); ferner *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 70 f.; *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

GG erfasst. Allerdings bleibt der Verein nach einem Verbot im Rahmen des gerichtlichen Rechtsschutzes noch grundrechtsfähig, damit eine Überprüfung des Verbots möglich ist.[20]

14 Im Rahmen der Schranken ist daher zu prüfen, ob die Vorrausetzungen des Art. 9 Abs. 2 GG erfüllt sind. Für einen Verstoß gegen die Strafgesetze ist das allgemeine Strafrecht maßgebend.[21] Eine Vereinigung, die sich bspw. zum Zwecke der Schutzgelderpressung (§ 253 StGB) oder für Auftragsmorde (§ 211 StGB) bildet, ist (wie insgesamt „organisierte Kriminalität“) zu verbieten. Eine Vereinigungsverbot ist ferner möglich, wenn die Vereinigung gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichtet ist. Anders als in Art. 2 Abs. 1 GG (§ 21 Rn. 13) meint die verfassungsmäßige Ordnung in Art. 9 Abs. 2 GG nur die **freiheitliche demokratische Grundordnung**.[22] Umfasst sind die elementaren Grundsätze der Verfassung, namentlich die Menschenwürde aus Art. 1 GG, das Demokratieprinzip und der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. Aufgrund der hohen Eingriffsintensität ist ein Vereinigungsverbot allerdings nur dann verhältnismäßig, wenn die Vereinigung als solche nach außen eine **aggressiv-kämpferische Haltung** gegenüber diesen elementaren Verfassungsgrundsätzen einnimmt. Eine bloße kritische oder ablehnende Haltung genügt daher nicht:

> ▶ Eine Vereinigung kann […] nicht allein aufgrund vereinzelter Handlungen einzelner Mitglieder verboten werden; diese müssen einer Vereinigung vielmehr **prägend zuzurechnen** sein. Je weniger der Verbotstatbestand durch Handlungen der Organe der Vereinigung selbst, der Mehrheit ihrer Mitglieder oder von ihr beherrschter Dritter erfüllt wird, desto klarer muss erkennbar sein, dass die Vereinigung diese Handlungen kennt, diese billigt und sich mit ihnen identifiziert, so dass das Ziel des Art. 9 Abs. 2 GG nur durch ein Verbot der Vereinigung erreicht werden kann. Die Verbotsnorm des Art. 9 Abs. 2 GG ist insofern Ausdruck, nicht Ausnahme von der Verhältnismäßigkeit. Art. 9 Abs. 2 GG statuiert ein Vereinigungsverbot als Schranke der Vereinigungsfreiheit, wenn sich die Vereinigung gegen bestimmte Rechtsgüter von hervorgehobener Bedeutung richtet oder diesen zuwiderläuft, nämlich gegen die der Strafgesetze, die verfassungsmäßige Ordnung und den Gedanken der Völkerverständigung. **Nur diese ausdrücklich normierten Gründe rechtfertigen das Verbot als weitestgehenden Eingriff in die Grundrechte einer Vereinigung**; sie sind in der Auslegung nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit insbesondere durch Beschränkung auf die Erforderlichkeit eines Verbots eng zu verstehen. Eine verbotene Zwecksetzung einer Vereinigung folgt daher nicht schon daraus, dass im Zusammenhang mit der Vereinigung nur in der Vergangenheit und nur vereinzelt gegen die Schutzgüter von Art. 9 Abs. 2 GG gerichtete Handlungen vorgekommen sind. Vielmehr soll das Vereinigungsverbot künftige und gerade auch mit dem **organisatorischen Gefüge der Vereinigung als zweckgerichtetem Zusammenschluss mehrerer Personen einhergehende Beeinträchtigungen**

20 BVerfG NJW 1961, 2251.
21 Vgl. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 75.
22 BVerfGE 149, 160, 197 f. (Vereinsverbote [2018]); vgl. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 77; *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 88.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Schutzgüter präventiv verhindern. Die Verbotsbefugnis des Art. 9 Abs. 2 GG ist auch insoweit eng auszulegen.

BVerfGE 149, 160, 195 f. (Vereinsverbote [2018]) ◀

Anders als bei einem Parteiverbot kommt es nicht auf das Kriterium der **Potentialität** an.[23] Es ist damit unerheblich, ob konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Vereinigung ihre verfassungsfeindlichen Ziele überhaupt realistisch durchsetzen kann.[24] 15

Gegen den **Gedanken der Völkerverständigung** richtet sich eine Vereinigung, die den Frieden unter Völkern und Staaten im Sinne von Art. 26 GG stört.[25] Auch in diesem Zusammenhang wird eine aggressiv-kämpferische Haltung der Vereinigung verlangt. 16

e) Wrap-Up: Prüfungsschema

17

I. Schutzbereich

Persönlich: sog. Doppelgrundrecht

Individualfreiheitsrecht

kollektives Freiheitsrecht

Sachlich: Vereinigungen

freiwilliger Zusammenschluss einer Mehrheit von natürlichen oder juristischen Personen für eine längere Zeit zum gemeinsamen Zwecke organisierter Willensbildung

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: Vereinigungsverbot/-auflösung

Moderner Eingriffsbegriff: Nachrichtendienstliche Unterwanderung

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG

kollidierendes Verfassungsrecht

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz



Jurafuchs

Literaturempfehlungen

Günther/Franz, Grundfälle zu Art. 9 GG, JuS 2006, 788

23 BVerfGE 144, 20 (NPD-Verbotsverfahren [2017]); eingehend *Towfigh/Ulrich*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar Grundgesetz, 205. Aktualisierung (Juli 2020), Art. 21, Rn. 669 ff.

24 So BVerfGE 149, 160, 198 (Vereinsverbote [2018]).

25 Siehe BVerwGE 153, 211 (Vereinsverbot wegen Völkerverständigungswidrigkeit [2015]); vgl. *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 93.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kluth, Die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 GG, Jura 2019, 719
Schiffbauer, Über Freiheit und Verbote von Vereinigungen, JZ 2019, 130

2. Die Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Koalitionsfreiheit?

18 Anders als bei der Vereinigungsfreiheit handelt es sich bei der Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG um ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11).



Die Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG

Die Koalitionsfreiheit schützt alle Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen individuell, unabhängig von ihrer jeweiligen Berufsgruppe.[26] Darüber hinaus werden auch die Koalitionen selbst von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst (**kollektive Koalitionsfreiheit**).[27] Insoweit wird auch bei der Koalitionsfreiheit von einem **Doppelgrundrecht** gesprochen.

19 Der persönliche Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG ist damit einerseits weiter (Menschenrecht), andererseits enger (Schutz nur von Arbeitnemer:innen und Arbeitgeber:innen sowie ihrer Koalitionen) als die allgemeine Vereinigungsfreiheit aus Abs. 1 und geht ihr daher als spezielleres Grundrecht (§ 5 Rn. 3) vor.[28]

b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Koalitionsfreiheit?

20 Schutzgegenstand des Art. 9 Abs. 3 GG sind Vereinigungen, die auf die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet sind (bspw. **Arbeitgeberverbände** und **Gewerkschaften**). Art. 9 Abs. 3 GG gibt Vereinigungen i.S.d. Art. 9 Abs. 1 GG damit eine bestimmte Zweckrichtung vor. Daneben müssen Vereinigungen des Art. 9 Abs. 3 GG die Vorraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 GG (§ 16 Rn. 5 ff.) erfüllen; das betrifft insbesondere die **freie** Bildung auf privatrechtlicher Grundlage. Keine Koalitionen sind damit öffentlich-rechtliche Körperschaften (bspw. Handwerkskammern). Darüber hinaus betont das BVerfG weitere Mindestanforderungen an eine Koalition i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG:

> ▶ Die aus der Koalitionsfreiheit entspringende Tarifautonomie verfolgt den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, in dem von der staatlichen Rechtsetzung frei gelassenen Raum das Arbeitsleben im einzelnen durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, insbesondere die Höhe der Arbeitsvergütung für die verschiedenen Berufstätigkeiten festzulegen, und so letztlich die Gemeinschaft sozial zu befrieden. Nur Koalitionen, die diese Aufgabe sinnvoll erfüllen können, kann der Staat an der Tarifautonomie teilnehmen lassen. Hiernach ist es unerläßlich, die Tariffähigkeit an die **Erfüllung gewisser Mindesterfordernisse** zu knüpfen; **um tariffähig zu sein,**

26 BVerfGE 148, 296, 343 (Streikverbot für Beamte [2018]); vgl. *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 160 ff.
27 BVerfGE 88, 103, 114 (Streikeinsatz von Beamten [1993]); a.A. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 138 f.
28 Siehe *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 81; *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 11; a.A. BVerfGE 146, 71, 118 f. (Tarifeinheitsgesetz [2017]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **muß die Koalition als satzungsmäßige Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder gerade in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer übernehmen; sie muß frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein;** schließlich muß sie das geltende Tarifrecht als für sich verbindlich anerkennen.
>
> **BVerfGE 18, 18, 28 (Hausgehilfinnenverband [1964])** ◀

21 **Gegnerfreiheit** bedeutet, dass Mitglieder entweder nur Arbeitgeber:innen oder nur Arbeitnehmer:innen sein dürfen. **Gegnerunabhängigkeit** verlangt eine rechtliche und tatsächliche (finanzielle) Unabhängigkeit von der Gegenseite. Ein Indiz dafür ist die überbetriebliche Organisation und Betätigung der Koalition.[29] Die **Tariffähigkeit**, also die Fähigkeit, rechtswirksame Tarifverträge auszuhandeln, ist indes keine begriffliche Voraussetzung des Koalitionsbegriffs. Allerdings hat das BVerfG deutlich gemacht, dass eine gewisse Durchsetzungskraft („soziale Mächtigkeit") der Koalitionen zu fordern ist;[30] Vereinigungen, die ihre Interessen nicht realistisch durchsetzen können, werden nicht von der Koalitionsfreiheit geschützt. Indizien sind die Mitgliederzahl und die finanzielle Ausstattung.

22 Die **positive Koalitionsfreiheit** gewährleistet den Beitritt zu einer Koalition, den Verbleib in einer Koalition sowie die koalitionsmäßige Betätigung (bspw. Satzungsautonomie, Mitgliederwerbung, Mitgliederausschluss). Sie schützt auch Arbeitskampfmaßnahmen wie etwa **Streik** oder **Aussperrung**.[31]

23 Ferner wird die **negative Koalitionsfreiheit** geschützt, also die Freiheit *keine* Koalitionen zu bilden, ihnen *nicht* beizutreten, aus ihnen auszutreten oder sich *nicht* in ihnen zu betätigen.[32]

24 Neben dieser individualrechtlichen Dimension verbürgt Art. 9 Abs. 3 GG auch eine kollektive Dimension. Der Schutzgegenstand beschränkt sich dabei nicht nur auf den Kernbestand koalitionsmäßiger Betätigung, sondern erstreckt sich auf sämtliche koalitionsspezifische Verhaltensweisen (bspw. Mitgliederwerbung).[33] Der Gesetzgeber ist verpflichtet, ein Mindestmaß an Regelungen zu erlassen, um den Bestand und die Selbstbestimmung des Instituts „Koalition" zu gewährleisten.

25 Eine Besonderheit der Koalitionsfreiheit stellt Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG dar: Danach sind Abreden nichtig und entsprechende Maßnahmen rechtswidrig, die die Koalitionsfreiheit beschränken. Hierbei handelt es sich um die Normierung einer **unmittelbaren Drittwirkung**:[34] Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen haben dadurch ein grundrechtliches Abwehrrecht gegen Beeinträchtigungen *von*

29 Vgl. BVerfGE 50, 290, 368 (Mitbestimmung [1978]); ferner *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 93.
30 BVerfGE 58, 233, 248 ff. (dt. Arbeitnehmerverband [1981]); vgl. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 97 f.
31 BVerfGE 84, 212, 224 f. (Aussperrung [1991]); dazu *Hufen*, NZA 2014, 1237.
32 BVerfGE 50, 290, 367 (Mitbestimmung [1978]).
33 BVerfGE 100, 214, 221 (Gewerkschaftsausschluss [1999]); ferner *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 111 f.
34 Vgl. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 184; *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 176 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Privaten, wenn etwa Arbeitgeber:innen ihren Arbeitnehmer:innen in Vertragsklauseln verbieten, sich Gewerkschaften anzuschließen. Die Koalitionsfreiheit ist damit – neben der Menschenwürde (§ 6 Rn. 3) – das einzige Grundrecht, welches ausdrücklich auch Private unmittelbar grundrechtsverpflichtet; im Übrigen entfalten die Grundrechte nur mittelbare Drittwirkung (§ 3 Rn. 29 ff.).

c) Was sind Eingriffe in die Koalitionsfreiheit?

26 Nach dem modernen Eingriffsbegriff (§ 8 Rn. 10) kann jede staatliche Maßnahme, die das vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit geschützte Verhalten erschwert oder unmöglich macht, einen Eingriff darstellen. Ähnlich wie bei der allgemeinen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG ist aber auch im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG zwischen staatlichem Eingriff und gesetzgeberischer Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit zu differenzieren: Die Koalitionsfreiheit ist ebenfalls ein normgeprägtes Grundrecht (§ 4 Rn. 44 ff.) und damit auf gesetzliche Ausgestaltung angewiesen.[35] Einen Eingriff stellen allerdings Gesetze dar, die Arbeitsbedingungen regeln oder einen **Mindestlohn** vorsehen, denn die **Tarifautonomie** kann nur gewährleistet werden, wenn die Tarifvertragsparteien ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbstverantwortlich regeln können.[36] Den Koalitionen darf ihre verfassungsrechtlich geschützte Regelungsbefugnis nicht entzogen werden.[37]

JuS 2001, 471

d) Wie kann ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit gerechtfertigt werden?

27 Die Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG ist ein vorbehaltloses Grundrecht (§ 4 Rn. 7). Insbesondere lässt sich die Schranke des Absatzes 2 nicht auf die Koalitionsfreiheit übertragen.[38] Dafür sprechen systematische Gründe: So steht die Schranke nach der allgemeinen Vereinigungsfreiheit, eine Schrankenleihe ist grundrechtsdogmatisch ausgeschlossen (vgl. Ausführungen zu Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG, § 4 Rn. 17). Damit verbleibt als Schranke der Koalitionsfreiheit allein kollidierendes Verfassungsrecht (§ 4 Rn. 10).[39] Besonders häufig stellen sich dabei Ausgleichsfragen im Zusammenhang mit

- der Unternehmensautonomie (Art. 12 Abs. 1 GG) und dem Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG);[40]
- den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG), insbesondere dem Streikverbot (§ 16 Rn. 35 f.);[41]

35 Vgl. *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 108 f.; *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 165 ff.
36 BVerfGE 50, 290, 367 (Mitbestimmung [1978]).
37 Vgl. BVerfGE 94, 268, 283 f (Wissenschaftliches Personal [1996]).
38 So BVerfGE 146, 71, 118 f. (Tarifeinheitsgesetz [2017]); ferner *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 182; a.A. *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 9, Rn. 40.
39 BVerfGE 84, 212, 228 (Aussperrung [1991]); siehe *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 195.
40 BVerfGE 57, 220, 246 (Bethel [1981]); 93, 352, 361 (Mitgliederwerbung II [1995]); aktuell BVerfG NZA 2020, 1118.
41 BVerfGE 148, 296 (Streikverbot für Beamte [2018]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht (Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV).[42]

28 Auf Ebene der Schranken-Schranken sind die sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen im Wege der praktischen Konkordanz (§ 4 Rn. 15 f.) in Ausgleich zu bringen. Dabei wirkt ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit umso schwerer, je stärker in die koalitionsmäßige Betätigung eingegriffen wird.

Beispiel:[43] Der **Mindestlohn** (Mindestlohngesetz) schränkt die Tarifparteien in ihren Verhandlungen ein. Dem steht das Sozialstaatprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG gegenüber, das unter anderem die Bekämpfung von Arbeitslosigkeit verlangt. Da es sich einerseits um einen vergleichsweise milden Eingriff und andererseits um ein bedeutendes Verfassungsgut handelt, ist der Eingriff in die Koalitionsfreiheit gerechtfertigt.

e) Wrap-Up: Prüfungsschema

29

I. Schutzbereich

Persönlich: sog. Doppelgrundrecht
- Individualfreiheitsrecht (Arbeitgeber:innen und Arbeitnehmer:innen)
- kollektives Freiheitsrecht

Sachlich: sog. Koalitionen (Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften)
- zusätzlich Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 GG

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Streikverbot

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Festlegung eines Mindestlohns

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken: Kollidierendes Verfassungsrecht
- Grundrechte Dritter
- Grundsätze des Berufsbeamtentums
- kirchliches Selbstbestimmungsrecht

Schranken-Schranken:
- Herstellung praktischer Konkordanz



Jurafuchs

Literaturempfehlungen

Günther/Franz, Grundfälle zu Art. 9 GG, JuS 2006, 873

Poscher, Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht, RdA 2017, 235

42 BAG NZA 2013, 448; *Kemper*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 200.
43 Ausführlich *Zeising/Weigert*, NZA 2015, 15.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kluth, Die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 GG, Jura 2019, 719

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Welche Bedeutung hat der Schutz der Vereinigungsfreiheit?

30 Im demokratischen Gemeinwesen kommt Vereinigungen eine wichtige Bedeutung zu. Sie bündeln Interessen und Kräfte und schaffen dadurch organisatorische Voraussetzungen für Gemeinschaftsleistungen.[44] Individuen können gemeinsame Ziele durch Gruppenbildung effektiver durchsetzen. Das BVerfG betont daher die Funktion der Vereinigungsfreiheit als (politisches) Minderheitenrecht:[45]

> ▶ Mit dem Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden, gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG ein **konstituierendes Prinzip der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes: das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung.** Das soziale System des durch das Grundgesetz verfaßten Gemeinwesens soll weder in ständisch-korporativen Ordnungen, wie sie namentlich das Kennzeichen älterer Sozialordnungen waren, Gestalt gewinnen, noch in der planmäßigen Formung und Organisation durch den Staat nach den Maßstäben eines von der herrschenden Gruppe diktierten Wertsystems, wie sie den totalitären Staat der Gegenwart kennzeichnet. In diesem Prinzip sind der **menschenrechtliche Gehalt der Vereinigungsfreiheit und ihre Bedeutung für die Gestaltung der Gesellschaft und des Staates eng aufeinander bezogen**. Der menschenrechtliche Gehalt wird deutlich im Blick auf das Bild des Menschen, von dem das Grundgesetz in Art. 1 ausgeht; es ist nicht das des isolierten und selbstherrlichen Individuums, sondern das der gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Person, die, von unverfügbarem Eigenwert, zu ihrer Entfaltung auf vielfältige zwischenmenschliche Bezüge angewiesen ist. Diese stellen sich zu einem wesentlichen Teil durch Vereinigungen her. Auch Art. 9 Abs. 1 GG ist also durch einen personalen Grundzug gekennzeichnet.
>
> **BVerfGE 50, 290, 353 f. (Mitbestimmung [1978])** ◀

2. Welche Bedeutung hat der Schutz der Koalitionsfreiheit?

31 Ähnlich wie bei der allgemeinen Vereinigungsfreiheit geht es auch bei der Koalitionsfreiheit im Kern um die Bündelung und Durchsetzung von Interessen.[46] Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet den Schutz der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände. Dieser Schutz wurde in der Weimarer Republik von der Arbeiterbewegung erkämpft und Art. 159 WRV im Abschnitt zum Wirtschaftsleben geregelt. Heute ist die Koalitionsfreiheit in verschiedenen europäischen und internationalen Vorschriften verankert (bspw. Art. 11 Abs. 1 EMRK und Art. 12 EU-GRCh, eingehend dazu unten § 16 Rn. 37 ff.). Art. 9 Abs. 3 ist zudem verfassungsrechtliche Grundlage dafür, dass Koalitionen rechtlich verbindliche, normative (und damit für ihren Bereich gesetzesähnliche) Regeln aushandeln

44 Grundlegend *Coase*, Economica 4 (1937), 386.
45 Vgl. *Winkler*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 9, Rn. 22.
46 Grundlegend *Olson*, The Logic of Collective Action, 1965.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

können. Einfachgesetzliche Ausgestaltung erfährt die Koalitionsfreiheit in dieser Hinsicht durch das Tarifvertragsgesetz (TVG).[47]

3. Ist die Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Körperschaften verfassungsgemäß?

32 ◆ Art. 9 Abs. 1 GG schützt auch davor, Vereinigungen beitreten zu müssen (negative Vereinigungsfreiheit, § 16 Rn. 9). Relevant wurde dies in der Rechtsprechung vor allem im Kontext der Pflichtmitgliedschaft in Körperschaften des öffentlichen Rechts, insbesondere in **Industrie- und Handelskammern (IHK)**.[48] Alle natürlichen und juristischen Personen, die im jeweiligen Kammerbezirk eine Betriebsstätte unterhalten, sind Pflichtmitglieder der IHK (vgl. § 2 IHKG). Die IHKen haben nach § 1 I IHKG insbesondere die Aufgabe, die Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen. Das BVerfG betont, dass die negative Vereinigungsfreiheit nur vor privatrechtlichen Zwangsvereinigungen schütze.[49] Hinsichtlich des Schutzes vor öffentlich-rechtlichen Zwangsvereinigungen bleibe daher nur der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG:



JuS 2010, 626 ◆

> ▶ Die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG zielt auf **freiwillige Zusammenschlüsse** zu frei gewählten Zwecken. Eine gesetzlich angeordnete Eingliederung in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft beruht hingegen auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, **bestimmte öffentliche Aufgaben auch unter kollektiver Mitwirkung privater Akteure zu erledigen**. In Art. 9 GG findet dagegen das Prinzip freier sozialer Gruppenbildung zu selbst definierten Zwecken seinen grundrechtlichen Niederschlag. Das beide Zusammenschlüsse verbindende Element ist zwar das Kollektiv, doch unterliegen Zweck und Gehalt nach Art. 9 GG der Selbstbestimmung, was die Vereinigung erheblich von einer gesetzlich geschaffenen Körperschaft unterscheidet. Art. 9 Abs. 1 GG enthält insbesondere das Recht, in einer Distanz zum Staat und zu politischen Parteien eigene Vereinigungen zu gründen oder ihnen fernzubleiben. Das weitere Recht, nicht durch Pflichtmitgliedschaft von „unnötigen" Körperschaften in Anspruch genommen zu werden, ergibt sich demgegenüber aus Art. 2 Abs. 1 GG.
>
> **BVerfGE 146, 164, 194 (Pflichtmitgliedschaft IHK [2017])** ◀

33 ◆ In Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur wird demgegenüber die Meinung vertreten, dass auch in diesem Fall die negative Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG herangezogen werden könne.[50] Begründet wird dies damit, dass es keinen Unterschied mache, ob die Vereinigung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert sei. Zudem sei der Beitrittszwang in eine öffentlich-rechtliche Vereinigung aufgrund der staatlichen Nähe gerade als besonders intensiv zu bewerten.

47 Kritisch dazu *Ewer*, NJW 2015, 2230; *Fischinger/Monsch*, NJW 2015, 2209.
48 Siehe nur BVerfGE 146, 164 (Pflichtmitgliedschaft IHK [2017]); BVerfG NVwZ 2002, 335; BVerwG NJW 2021, 406.
49 BVerfGE 10, 89, 102 ((Großer) Erftverband [1959]).
50 Vgl. nur *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 9, Rn. 14 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

◆ 34 Die Frage nach der Pflichtmitgliedschaft in einer IHK bzw. anderen öffentlich-rechtlichen Vereinigungen (bspw. Rechtsanwalts- oder Ärztekammern) ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Festzuhalten ist dabei, dass eine Pflichtmitgliedschaft – unabhängig welches Grundrecht man als Maßstab heranzieht – nicht *per se* verfassungswidrig ist. Allerdings sind die Schrankenanforderungen der Vereinigungsfreiheit (§ 16 Rn. 14) strenger als die des Art. 2 Abs. 1 GG. Ferner müssen die mit der Pflichtmitgliedschaft einhergehenden Konsequenzen verhältnismäßig sein. Im Zentrum steht dabei die Fragen, ob die öffentlich-rechtliche Vereinigung einen legitimen Zweck erfüllt bzw. welche Verpflichtungen für die Mitglieder damit verbunden sind (bspw. **Beitragspflichten**).

4. Ist das Streikverbot für Beamt:innen verfassungsgemäß?

◆ 35 Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist das Streikverbot für Beamt:innen in Deutschland mit dem Grundgesetz vereinbar und gilt weiterhin uneingeschränkt.[51] Das Gericht begründet dies mit den **hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums** (Art. 33 Abs. 5 GG), die eine verfassungsimmanente Schranke der Koalitionsfreiheit bildeten. Bei diesen Grundsätzen handele es sich um einen „Kernbestand von Strukturprinzipien […], die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind".[52] Das Streikverbot sei dabei in der **Treuepflicht** und dem **Alimentationsprinzip** der Beamt:innen verankert:[53] Die Treuepflicht verlange, dass die Beamt:innen bei Erfüllung ihrer Aufgaben eigene Interessen zurückstellten. Zudem würden Beamt:innen lebenslang angemessen alimentiert, im Gegenzug verpflichteten sie sich bei Eintritt in das Beamtenverhältnis, ihre gesamte Arbeitskraft dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen. Ein Streikrecht für Beamt:innen lasse sich damit nicht vereinbaren:

ZJS 2014, 74 ◆
JuS 2018, 1079 ◆
JA 2019, 440 ◆

> ▶ Das Streikverbot ist nach der gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Konzeption des Berufsbeamtentums sowohl mit dem Alimentationsprinzip als auch mit der Treuepflicht untrennbar verbunden. **Mit diesen beiden funktionswesentlichen Prinzipien lässt sich ein Streikrecht für Beamte nicht vereinbaren**; das Streikverbot gewährleistet und rechtfertigt vielmehr erst die gegenwärtige Ausgestaltung der genannten Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums. Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei dem Streikverbot des Art. 33 Abs. 5 GG um ein eigenständiges, systemnotwendiges und damit fundamentales Strukturprinzip des Berufsbeamtentums. Seine Preisgabe würde die in der Bundesrepublik Deutschland bestehende Ordnung des Berufsbeamtentums grundsätzlich in Frage stellen. Das **Streikverbot ist Teil der institutionellen Garantie des Art. 33 Abs. 5 GG** und vom Gesetzgeber zu beachten. Ein Streikrecht, auch nur für Teile der Beamtenschaft, gestaltete das Verständnis vom und die Regelungen des Beamtenverhältnisses grundlegend um.

51 BVerfGE 148, 296 (Streikverbot für Beamte [2018]) mit Verweis auf BVerfGE 19, 303 (Dortmunder Hauptbahnhof [1965]).
52 BVerfGE 8, 332, 343 (Wartestandsbestimmungen [1958]).
53 Zu den weiteren Grundsätzen des Art. 33 Abs. 5 GG siehe *Bickenbach*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 33, Rn. 114 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Es hebelte die funktionswesentlichen Prinzipien der Alimentation, der Treuepflicht, der lebenszeitigen Anstellung sowie der Regelung der maßgeblichen Rechte und Pflichten einschließlich der Besoldung durch den Gesetzgeber aus, erforderte jedenfalls aber deren grundlegende Modifikation. Für eine Regelung etwa der Besoldung durch Gesetz bliebe im Falle der Zuerkennung eines Streikrechts kein Raum. Würde die Besoldung von Beamten oder Teile hiervon erstritten werden können, ließe sich die derzeit bestehende Möglichkeit des einzelnen Beamten, die verfassungsmäßige Alimentation gerichtlich durchzusetzen – und damit die subjektivrechtliche Ausgestaltung des Art. 33 Abs. 5 GG – nicht mehr rechtfertigen. **Das Alimentationsprinzip dient aber zusammen mit dem Lebenszeitprinzip einer unabhängigen Amtsführung und sichert die Pflicht des Beamten zur vollen Hingabe für das Amt ab.** Um dies zu gewährleisten, hat das Bundesverfassungsgericht die Pflicht des Dienstherrn zur amtsangemessenen Besoldung als einen essentiellen Bestandteil des Alimentationsprinzips betont.
>
> **BVerfGE 148, 296, 364 f. (Streikverbot für Beamte [2018])** ◀

Ein weiterer Blick ist auf das Zusammenspiel mit der Rechtsprechung anderer Gerichte zu werfen.[54] Die Frage des Streikverbots für Beamt:innen zeigt exemplarisch das Verhältnis von verfassungsrechtlichen Grundrechten zu den Grundrechten der EMRK (§ 2 Rn. 2): Der EGMR[55] und auf dessen Rechtsprechung fußend das BVerwG[56] sahen ein generelles Streikverbot für Beamt:innen als unvereinbar mit der Koalitionsfreiheit gem. Art. 11 Abs. 1 EMRK an. Der EMRK kommt gem. Art. 59 Abs. 2 GG der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu. Zwar berücksichtigt das BVerfG die Rechtsprechung des EGMR im Rahmen völkerrechtsfreundlicher Auslegung (§ 5 Rn. 10) des Grundgesetzes, eine solche Auslegung hat jedoch Grenzen. Auch wenn der EGMR das Streikverbot für Beamt:innen als unvereinbar mit Art. 11 Abs. 1 EMRK bewertet, so muss das BVerfG dieser Linie in Bezug auf Art. 9 Abs. 3 GG nicht zwingend folgen, wenn diese Bewertung nach Ansicht des Gerichts mit Vorgaben des Grundgesetzes kollidiert.[57] 36

III. Europäische Dogmatik

1. Was ist der Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 EMRK?

Art. 11 Abs. 1 EMRK enthält zwei Konventionsrechte: die Versammlungsfreiheit (§ 13 Rn. 37 ff.) und die Vereinigungsfreiheit. Die Koalitionsfreiheit wird zwar nicht ausdrücklich im Wortlaut der Norm genannt, aber mit hineingelesen. 37

Der konventionsrechtliche Vereinigungsbegriff des Art. 11 EMRK verlangt den Zusammenschluss mehrerer Menschen zur Erreichung eines gemeinsamen 38

54 Einen guten Überblick bietet *Sura*, NJOZ 2019, 1.
55 Siehe nur EGMR NZA 2010, 1423, 1425; hierzu *Linder*, DÖV 2011, 305.
56 BVerwGE 149, 117 (Streikverbot für Beamte [2014]).
57 BVerfGE 148, 296, 355 (Streikverbot für Beamte [2018]); ferner *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ziels.[58] Die Zwecke können dabei kultureller, sozialer, aber auch kommerzieller Natur sein.[59] Erfasst sind auch politische Parteien.[60] Nicht umfasst sind öffentlich-rechtliche Vereinigungen.[61] Wie die verfassungsrechtliche Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit hat auch Art. 11 Abs. 1 EMRK eine negative Dimension, gewährleistet also das Recht, einer Vereinigung fernzubleiben oder aus ihr auszutreten.[62] Ausdrücklich in Art. 11 Abs. 1 EMRK genannt sind zudem die Gewerkschaften, als Vereinigung von Arbeitnehmer:innen, die die Interessen ihrer Mitglieder schützt.[63] Geschützt wird dabei das Recht zur Gründung von Gewerkschaften, aber auch die gewerkschaftliche Betätigung.[64]

2. Wie sind Eingriffe in Art. 11 Abs. 1 EMRK zu rechtfertigen?

◆ 39 Handlungen, die die Bildung oder die Tätigkeit einer Vereinigung behindern oder eine Mitgliedschaft in einer solchen vorschreiben, können Eingriffe in die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit darstellen (etwa die Weigerung eines Konventionsstaates, einer Vereinigung Rechtspersönlichkeit zu verleihen).[65] Eine Rechtfertigung solcher Eingriffe ist unter der Maßgabe des Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK möglich: Es bedarf danach einer gesetzlichen Grundlage, eines legitimen Zwecks für die Einschränkung sowie der Notwendigkeit der Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft zur Zweckerreichung.

◆ 40 Ein verschärfter Maßstab ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei **Parteiverboten** anzulegen. Der EGMR hält ein Verbot nur dann für gerechtfertigt, wenn das Parteikonzept im Widerspruch zum Konzept der demokratischen Gesellschaft steht.[66] Dies ist indessen nicht *per se* anzunehmen, wenn eine Partei die bestehende Rechts- und Verfassungsordnung ändern will.[67]

3. Was ist der Schutzbereich von Art. 12 EU-GRCh?

◆ 41 Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh entspricht nahezu wörtlich der Regelung des Art. 11 Abs. 1 EMRK. Gewährleistet werden die Versammlungsfreiheit (§ 13 Rn. 40 f.) sowie die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit. Der unionale Vereinigungsbegriff umfasst jeden Zusammenschluss einer Personenmehrheit mit einer gewissen organisatorischen Dichte.[68] Der Zusammenschluss muss freiwillig erfolgen, Zwangsvereinigungen sind nicht geschützt.[69] Ausdrücklich geschützt werden in Art. 12 Abs. 2 EU-GRCh aufgrund ihrer besonderen Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen politische Parteien.

58 EGMR v. 12.12.2002, 56400/00 – Cesnieks/Lettland.
59 EGMR v. 24.11.2009, 27809/08, Rn. 50 – Friend.
60 EGMR v. 12.4.2011, 12976/07, Rn. 78 – Republikanische Partei Russlands/Russland.
61 EGMR v. 6.11.2003, 48047/99 – Popov ua/Bulgarien.
62 EGMR v. 22.9.2011, 29953/08, Rn. 52 – A.S.P.A.S. ua/Frankreich.
63 EGMR v. 8.10.2013, 10684/04, Rn. 41 – Familia Trade Unions General Federation/Rumänien.
64 EGMR v. 27.2.2007, 11002/05, Rn. 38 f. – Associated Society of Locomotive Engineers & Firement (ASLEF)/Vereinigtes Königreich.
65 EGMR v. 8.4.2014, 70945/11 – Magyar Keresztény Mennonita Egyhaz ua/Ungarn.
66 EGMR v. 15.1.2013, 40959/09, Rn. 79 – Eusko Abertzale Ekintza – Accion Nacionalista Vasca/Spanien.
67 EGMR v. 3.5.2007, 51290/99, Rn. 32 – Demokratik Kitle Partisi ua/Türkei.
68 Vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 12, Rn. 11.
69 Vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 12, Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Schutzumfang des Art. 12 EU-GRCh darf gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh nicht hinter der Konventionsregelung zurückbleiben. Der EuGH orientiert sich daher an der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 Abs. 1 EMRK.[70] Insoweit ergeben sich keine Unterschiede zum Schutzbereich des konventionsrechtlichen Vereinigungsbegriffs des Art. 11 Abs. 1 EMRK. 42

Die unionale Koalitionsfreiheit schützt sowohl die individuelle Freiheit, sich in Koalitionen zusammenzuschließen oder nicht zusammenzuschließen ebenso wie die Koalition an sich.[71] Insofern handelt es sich, wie bei Art. 9 Abs. 3 GG, um ein Doppelgrundrecht. Die kollektive Koalitionsfreiheit, also die Arbeit der Koalitionen (bspw. das Verhandeln von Tarifverträgen), ist zudem ausdrücklich in Art. 28 EU-GRCh geregelt.[72] 43

4. Wie sind Eingriffe in Art. 12 EU-GRCh zu rechtfertigen?

Einschränkungen der Vereinigungsfreiheit sind unter den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh möglich. Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh ist dabei den Rechtsfertigungsanforderungen des Art. 11 Abs. 2 EMRK Rechnung zu tragen. Für ein Parteiverbot bedarf es zudem zwingender Gründe.[73] 44

70 *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 12, Rn. 22.
71 EuGH, ECLI:EU:C:2015:86, Rn. 26 – Sähköalojen ammattiliitto.
72 Siehe *Waltermann*, RdA 2014, 86.
73 *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 12, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 17 Ehe und Familie

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Der Schutz der Ehe, Art. 6 GG 2
a) Was sind die Schutzgehalte des Ehegrundrechts? 2
b) Was ist der persönliche Schutzbereich des Eherechts? 3
c) Was ist der sachliche Schutzbereich des Eherechts? 4
d) Muss Art. 6 Abs. 1 GG für die „Ehe für alle“ geändert werden? 7
e) Was stellt einen Eingriff in das Eherecht dar? 12
f) Wie kann ein Eingriff in das Eherecht gerechtfertigt werden? 13
g) Wrap-Up: Prüfungsschema 14
2. Der Schutz der Familie, Art. 6 GG 15
a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Familiengrundrechts? 15
b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Familiengrundrechts? 16
c) Wie kann ein Eingriff in das Familiengrundrecht gerechtfertigt werden? 19
d) Wrap-Up: Prüfungsschema 20
3. Die Görgülü-Entscheidung 21
a) Sachverhalt 21
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 22
c) Relevanz der Entscheidung 24
II. Vertiefung und Kontextualisierung 26
1. Das Elternrecht, Art. 6 Abs. 2, 3 GG 26
a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Elternrechts? 26
b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Elternrechts? 28
c) Wie kann ein Eingriff in das Elternrecht gerechtfertigt werden? 31
2. Der Mutterschutz, Art. 6 Abs. 4 GG 33
a) Was ist der Schutzbereich des Mutterschutzes? 33
b) Wie kann ein Eingriff in den Mutterschutz gerechtfertigt werden? 36
3. Welche Regelung trifft Art. 6 Abs. 5 GG in Bezug auf nichteheliche Kinder? 37
III. Europarechtliche Dogmatik 38
1. Wie wird der Schutz der Ehe und Familie in der EMRK gewährleistet? 38
2. Wie wird der Schutz der Ehe und Familie in der EU-GRCh gewährleistet? 41
3. Wie wird das Elternrecht auf europarechtlicher Ebene geschützt? 44

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die Definitionen von „Ehe“ und „Familie“ (§ 17 Rn. 4 ff.; 16 ff.)
- den Inhalt des elterlichen Erziehungsrechts aus Art. 6 Abs. 2, 3 GG (§ 17 Rn. 28 ff.)
- die europäischen Gewährleistungen des Schutzes von Ehe und Familie (§ 17 Rn. 38 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Schranken des Art. 6 Abs. 1 GG (§ 17 Rn. 23; 19)
- die wesentlichen Aussagen der Görgülü-Entscheidung des BVerfG (§ 17 Rn. 22 f.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau des Ehe- und Familiengrundrechts (§ 17 Rn. 14; 20)
- die Darstellung der Strukturmerkmale des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs (§ 17 Rn. 5)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- welche Schutzgehalte im Ehegrundrecht verbürgt sind (§ 17 Rn. 2)
- wer sich auf den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG berufen kann (§ 17 Rn. 3; 15)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- ob die Ehe für alle mit dem verfassungsrechtlichen Ehebegriff zu vereinbaren ist (§ 17 Rn. 7 ff.)
- ◆ weshalb der Mutterschutz im Grundgesetz verankert wurde (§ 17 Rn. 33 ff.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- ◆ weshalb das Verständnis des Art. 6 Abs. 1 GG mit Blick auf seine Schutzgegenstände besonders dynamisch ist (§ 17 Rn. 4; 16)
- ◆ zum Vorschlag, Kinderrechte im Grundgesetz zu verankern (§ 17 Rn. 30)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Der Schutz der Ehe, Art. 6 GG

a) Was sind die Schutzgehalte des Ehegrundrechts?

Das BVerfG beschrieb in seinem Spanier-Beschluss[1] von 1971 verschiedene Gehalte des Eherechts aus Art. 6 Abs. 1 GG: 2

- Art. 6 Abs. 1 GG erfüllt die klassische Grundrechtsfunktion als Abwehrrecht gegen den Staat (§ 1 Rn. 28).
- Art. 6 Abs. 1 GG verbürgt eine Institutsgarantie (§ 4 Rn. 42 f.), es ist damit ein normgeprägtes Grundrecht (§ 4 Rn. 44 ff.).



Der Schutz der Ehe, Art. 6 Abs. 1 GG

1 BVerfGE 31, 58, 67 (Spanier-Beschluss [1971]); ausführlich *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Art. 6 Abs. 1 GG ist eine objektiv-rechtliche (§ 1 Rn. 28), wertentscheidende Grundsatznorm für das gesamte Ehe- und Familienrecht zu entnehmen.

Art. 6 Abs. 5 GG enthält zudem ein besonderes Gleichheitsrecht (§ 22 Rn. 2).

b) Was ist der persönliche Schutzbereich des Eherechts?

3 In persönlicher Hinsicht schützt das Ehegrundrecht nur natürliche Personen.[2] Auf die Staatsangehörigkeit kommt es hierbei nicht an, es handelt sich um ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Über den Individualschutz hinaus wird auch der Schutz der **gelebten Gemeinschaft** gewährleistet,[3] das heißt beide Ehegatten können sich auf den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG berufen, auch wenn nur einer oder eine von staatlichem Handeln beeinträchtigt ist. Dem liegt das Leitbild der Einheit von Ehe und Familie zugrunde.[4]

c) Was ist der sachliche Schutzbereich des Eherechts?

4 „Ehe" ist eine Institutsgarantie (§ 4 Rn. 42 f.), die den Gesetzgeber dazu verpflichtet, die „Ehe als Lebensform anzubieten und zu schützen".[5] Die Ehe ist damit eine verrechtlichte Form einer Lebensgemeinschaft. Einfachgesetzliche Ausgestaltungen des Eherechts finden sich vor allem im BGB (vgl. §§ 1303 ff. BGB). Darüber hinaus kann aber auch eine wirksam nach ausländischem Recht geschlossene Ehe geschützt werden.[6] Nicht umfasst sind Zwangsehen, Scheinehen und Mehrehen.[7] Ferner unterfallen nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG; hier bleibt nur der Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).[8]

JuS 2014, 617
Jura 2015, 638

5 Das BVerfG formuliert bestimmte **Strukturprinzipien der Ehe,** die bei der gesetzlichen Ausgestaltung zu berücksichtigen sind:[9]

> ▶ **Das Grundgesetz selbst enthält keine Definition der Ehe**, sondern setzt sie als besondere Form menschlichen Zusammenlebens voraus. Die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Schutzes bedarf insoweit einer rechtlichen Regelung, die ausgestaltet und abgrenzt, welche Lebensgemeinschaft als Ehe den Schutz der Verfassung genießt. **Der Gesetzgeber hat dabei einen erheblichen Gestaltungsspielraum, Form und Inhalt der Ehe zu bestimmen**. Das Grundgesetz gewährleistet das Institut der Ehe nicht abstrakt, sondern in der Ausgestaltung, wie sie den jeweils herrschenden, in der gesetzlichen Regelung maßgebend zum Ausdruck

2 Siehe *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 27.
3 Vgl. BVerfGE 76, 1, 45 (Familiennachzug [1987]).
4 Vgl. *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 17.
5 Vgl. BVerfGE 105, 313, 344 (LPartG [2002]).
6 Vgl. BVerfGE 62, 323 (hinkende Ehe [1982]).
7 Hinsichtlich Mehr- und Kinderehen wird der Ausschluss der Anerkennung vom Eherecht von Seiten der Rechtsanthropologie in jüngerer Zeit kontrovers diskutiert, auch unter Richter:innen (etwa im Rahmen des *European Judicial Training Network*), vgl. *Charsely/Liversage*. Global Networks 13 (2013), 60; *Johnson*, William & Mary Journal of Women and the Law 11 (2005), 563; *Sona*, Journal of Muslim Minority Affairs 40 (2020), 84.
8 Vgl. BVerfGE 82, 6, 16 (nichteheliche Lebensgemeinschaft [1990]).
9 Zu den Strukturmerkmalen der Ehe im Einzelnen siehe *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 54 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gelangten Anschauungen entspricht. Allerdings muss der Gesetzgeber bei der Ausformung der Ehe die **wesentlichen Strukturprinzipien** beachten [...]. Zum Gehalt der Ehe, wie er sich ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels und der damit einhergehenden Änderungen ihrer rechtlichen Gestaltung bewahrt und durch das Grundgesetz seine Prägung bekommen hat, gehört, dass sie die **Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft** ist, begründet auf **freiem Entschluss unter Mitwirkung des Staates**, in der Mann und Frau **in gleichberechtigter Partnerschaft** zueinander stehen und über **die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden** können.

BVerfGE 105, 313, 345 (LPartG [2002]) ◀

Insbesondere das Strukturmerkmal der **Geschlechtsverschiedenheit** ist in den letzten Jahren in der Öffentlichkeit breit diskutiert worden. Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften wurden durch das Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) zwar gesetzlich als **eingetragene Lebenspartnerschaften** anerkannt; sie waren aber gerade keine Ehen.[10] Mit der Neufassung des § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB können seit dem 1.10.2017 nun auch gleichgeschlechtliche Paare den Bund der Ehe eingehen. 6



Bundesweit erste gleichgeschlechtliche Ehe

d) Muss Art. 6 Abs. 1 GG für die „Ehe für alle" geändert werden?

Die einfachgesetzliche Einführung der **gleichgeschlechtlichen Ehe** hat auch auf verfassungsrechtlicher Ebene eine große Diskussion ausgelöst:[11] Ist die Ehe für alle mit dem Grundgesetz vereinbar oder bedarf es einer Grundgesetzänderung? Der Begriff der Ehe ist im Grundgesetz nicht definiert. Das BVerfG hat die Ehe jedenfalls in ständiger Rechtsprechung – unter Hinweis auf überkommene Anschauungen – als Verbindung zwischen Mann und Frau verstanden.[12] Dennoch lässt sich eine Rechtsprechungslinie des BVerfG ausmachen, die die eingetragene Lebenspartnerschaft *neben* dem Institut der Ehe als gleichwertig betrachtet: So sei aus dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe gerade nicht abzuleiten, dass andere Lebensgemeinschaften im Abstand zur Ehe ausgestaltet werden müssten (kein Abstandsgebot);[13] vielmehr sei eine rechtliche Gleichbehandlung geboten.[14] 7



Jura 2018, 122 ◆
JuS 2018, 629 ◆

Kann daraus auch eine Erweiterung des Ehebegriffs auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften abgeleitet werden? Das BVerfG hatte noch keine Gelegenheit, zu dieser Frage Position zu beziehen. In seiner Entscheidung zur Sukzessivadoption hat es allerdings bereits festgestellt, dass auch zwei Personen gleichen Geschlechts Eltern i.S.d. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sein können.[15] Der Wandel des Elternbegriffs könnte auch einen Wandel des Eheverständnisses mit sich bringen. 8

10 So BVerfGE 105, 313, 320 f. (LPartG [2002]).
11 Eingehend *Wollenschläger/Coester-Waltjen*, Ehe für Alle. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive, 2018.
12 Siehe BVerfGE 133, 377, 409 (Ehegattensplitting [2013]).
13 Vgl. BVerfGE 105, 313, 346 ff. (LPartG [2002]).
14 Vgl. BVerfGE 124, 199, 199 (Gleichbehandlung eingetragener Lebensgemeinschaft [2009]).
15 Vgl. BVerfGE 133, 59 (Sukzessivadoption [2013]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

9 Für das Erfordernis einer Grundgesetzänderung spricht die historische Auslegung des Ehebegriffs.[16] Die Geschlechterverschiedenheit als Voraussetzung der Ehe war bei Entstehung des Grundgesetzes Konsens. Art. 6 Abs. 1 GG verbürgt neben dem Schutz der Ehe auch den Schutz der Familie. Systematisch sind beide Gewährleistungen eng miteinander verknüpft, weswegen bisweilen vertreten wird, die Ehe setze das Potential zur Gründung einer Familie voraus.

10 Die Befürworter:innen der **„Ehe für alle"**[17] lehnen diese Auslegung als untauglich ab. Zur Zeit der Verabschiedung des Grundgesetzes waren gleichgeschlechtliche Beziehungen nicht gesellschaftskonform; männliche Homosexualität war sogar noch strafbewehrt (vgl. § 175 StGB a.F.). Zudem überzeuge das systematische Argument nicht: Ehe und Familie seien als zwei eigenständige Gewährleistungen ausgestaltet. Darüber hinaus könne die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG als Indikator für einen gesellschaftlichen Wertewandel gedeutet werden.

11 Der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften vom Ehegrundrecht kann nicht überzeugend verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden; er ist daher nicht haltbar. Die Verfassung passt sich der veränderten Lebenswirklichkeit an (Verfassungswandel, § 1 Rn. 6). Für die Einführung der „Ehe für alle" bedurfte es mithin keiner Verfassungsänderung; sie ist verfassungsgemäß.

e) Was stellt einen Eingriff in das Eherecht dar?

12 Bei normgeprägten Grundrechten (§ 4 Rn. 44 ff.) stellt nicht jede gesetzliche Ausgestaltung (vgl. §§ 1303 ff. BGB, §§ 1589 ff. BGB, §§ 1626 ff. BGB) zugleich einen Eingriff dar. Die Abgrenzung zwischen zulässiger Ausgestaltung der Ehe und rechtfertigungsbedürftigem Eingriff kann im Einzelfall schwierig sein. Als Abgrenzungshilfe lässt sich die Faustformel heranziehen, dass ein Eingriff erst dann gegeben ist, wenn an die Ehe negative Folgen geknüpft werden oder das Institut als solches eingeschränkt wird.

f) Wie kann ein Eingriff in das Eherecht gerechtfertigt werden?

13 Der Schutz der Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG ist vorbehaltlos gewährleistet und unterliegt damit nur verfassungsimmanenten Schranken (§ 4 Rn. 10).[18] Im Wege der praktischen Konkordanz ist ein schonender Ausgleich zwischen den kollidierenden Verfassungsnormen mit dem Ziel der gegenseitigen Optimierung vorzunehmen.

16 So *Haydn-Quindeau*, NVwZ 2018, 206; *Ipsen*, NVwZ 2017, 1096; *Schmidt*, NJW 2017, 2225; *von Coelln*, NJ 2018, 1.

17 So *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 58 ff. m.w.N.; *Brosius-Gersdorf*, NJW 2015, 3557; *Blome*, NVwZ 2017, 1658; *Hecker*, NJOZ 2018, 641; *Wasmuth*, NJ 2017, 353.

18 BVerfGE 31, 58, 34 (Spanier-Beschluss [1971]); *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

g) Wrap-Up: Prüfungsschema

14

I. Schutzbereich

Persönlich:

nur natürliche Personen: „Schutz in der gelebten Gemeinschaft"

Sachlich: Ehe

verrechtliche Form einer Lebensgemeinschaft

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Regelung, wonach Paare erst nach fünf Jahren heiraten dürfen

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Erschwerung der Vereinbarkeit von Ehe und Berufsausübung

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

verfassungsimmanente Schranken

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz



Jurafuchs

Weiterführende Hinweise

Franz/Günther, Grundfälle zu Art. 6 GG, JuS 2007, 626; 716
Coester-Waltjen, Art. 6 I GG und der Schutz der Ehe, Jura 2008, 108
Herzmann, Der Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 I GG, Jura 2015, 248

2. Der Schutz der Familie, Art. 6 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Familiengrundrechts?

15

Auch auf den Schutz der Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG können sich nur natürliche Personen berufen. Wie bei der Ehe kommt es auf die Staatsangehörigkeit nicht an, auch beim Familiengrundrecht handelt es sich um ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Geschützt ist in erster Linie die Gemeinschaft von Eltern mit Kindern. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um leibliche Kinder handelt; auch auf das Alter der Kinder, oder darauf, ob sie minder- oder volljährig sind, kommt es nicht an. Zudem kann sich auch ein geschiedener Elternteil, der mit seinem Kind in einer **Lebens- und Erziehungsgemeinschaft** lebt, auf den Schutz der Familie berufen (nicht jedoch auf den Schutz der Ehe). Dies verdeutlicht, dass Art. 6 Abs. 1 GG zwei voneinander unabhängige Gewährleistungen verbürgt.



Der Schutz der Familie, Art. 6 Abs. 1 GG

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Familiengrundrechts?

16 Der Begriff der Familie wird nicht primär rechtlich, sondern durch die gesellschaftliche Wirklichkeit geprägt.[19] Das wechselseitige Rechte- und Pflichtenverhältnis von Familienmitgliedern muss durch den einfachen Gesetzgeber rechtlich ausgestaltet werden; dabei steht ihm ein weiter Gestaltungsspielraum zu.[20] Nicht jede gesetzliche Regelung (§§ 1303 ff. BGB, §§ 1589 ff. BGB, §§ 1626 ff. BGB) stellt also einen Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG dar[21] (vgl. die Ausführungen zu normgeprägten Grundrechten, § 4 Rn. 44 ff.).

17 Nach heutigem Verständnis schützt Art. 6 Abs. 1 GG das Institut der Familie als „tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Kindern und Eltern".[22] Dies erfasst neben dem tradierten Leitbild aus Vater, Mutter und eigenen Kindern eine Vielzahl von Familienbindung:[23] So sind etwa auch Pflegefamilien[24], ebenso wie gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften mit Kindern[25] oder seit jeher (gerade etwa in der Nachkriegszeit) bekannte komplexere Beziehungsformen (die heute gemeinhin als „Patchwork-Familien" bezeichnet werden) erfasst. Das BVerfG fordert dabei eine **spezifisch familiäre Bindung**:

JuS 2019, 643
JA 2022, 578

> ▶ Intensive Familienbindungen treten nicht nur im Verhältnis zwischen heranwachsenden Kindern und Eltern auf, sondern sind auch zwischen Mitgliedern der Generationen-Großfamilie möglich. **Besondere Zuneigung und Nähe, familiäre Verantwortlichkeit füreinander, Rücksichtnahme- und Beistandsbereitschaft** können insbesondere im Verhältnis zwischen Enkeln und Großeltern, aber auch zwischen nahen Verwandten in der Seitenlinie zum Tragen kommen. Bestehen zwischen nahen Verwandten **tatsächlich von familiärer Verbundenheit geprägte engere Bindungen, sind diese vom Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst**.
>
> **BVerfGE 136, 382, 389 (Großeltern [2014])** ◀

18 Der Schutz der Familie umfasst das Zusammenleben der Familienmitglieder und die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden.[26] Das bedeutet, dass der Familienbegriff auch für jede einzelne Familie dynamisch in der Zeit ist. Mit dem Heranwachsen des Kindes erlangt dieses zunehmend mehr Selbständigkeit, aus einer Lebens- und Erziehungsgemeinschaft kann eine bloße Hausgemeinschaft werden. Mit der Auflösung der Hausgemeinschaft liegt dann nur noch eine Begegnungsgemeinschaft vor.[27] In der Konsequenz ist die spezifisch familiäre Bindung also nicht

19 Vgl. *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 67 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 77 ff.
20 Vgl. BVerfGE 87, 1, 35 f. (Trümmerfrauen [1992]).
21 Vgl. BVerfGE 133, 59, 84 ff. (Sukzessivadoption [2013]).
22 BVerfGE 127, 263, Rn. 59 (Familien- oder Angehörigenprivileg [2010]).
23 Siehe *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 77 ff.; *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 6, Rn. 30a.
24 Vgl. BVerfG NJW 1985, 423.
25 BVerfGE 133, 59, 84 ff. (Sukzessivadoption [2013]).
26 Vgl. BVerfGE 133, 59, 84 (Sukzessivadoption [2013]); BVerfG NJW 2021, 2355.
27 Dazu BVerfGE 80, 81, 90 f. (Volljährigenadoption I [1989]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anhand biologischer oder sonstiger Kriterien pauschal zu bemessen, sondern anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls.

c) Wie kann ein Eingriff in das Familiengrundrecht gerechtfertigt werden?

Der Schutz der Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG ist vorbehaltlos gewährleistet und unterliegt damit nur verfassungsimmanenten Schranken (§ 4 Rn. 10). Im Wege der praktischen Konkordanz ist ein schonender Ausgleich zwischen den kollidierenden Verfassungsnormen vorzunehmen. 19

d) Wrap-Up: Prüfungsschema

20

I. Schutzbereich

Persönlich:

nur natürliche Personen

Sachlich: Familie

tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Kindern und Eltern

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. gesetzliche Schlechterstellung von Familienmitgliedern

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. Ausweisung und Abschiebung von im Inland verheirateten Ausländer:innen

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

verfassungsimmanente Schranken

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz



Jurafuchs

Weiterführende Hinweise

Franz/Günther, Grundfälle zu Art. 6 GG, JuS 2007, 626; 716
Burgi/Hölbling, Die Struktur des elterlichen Erziehungsrechts nach Art. 6 II und Art. 6 III GG, Jura 2008, 901
Coester-Waltjen, Art. 6 I GG und der Schutz der Familie, Jura 2008, 349
Coester-Waltjen, Art. 6 GG und die Familienautonomie, Jura 2009, 105
Herzmann, Der Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 I GG, Jura 2015, 248
Britz, Der Familienbegriff im Verfassungsrecht, NZFam 2018, 289
Jürgensen/Laude, Art. 6 Abs. 2 in der Fallbearbeitung, JA 2019, 672

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Die Görgülü-Entscheidung

a) Sachverhalt

21 Der Beschwerdeführer *Kazim Görgülü* ist Vater eines 1999 nichtehelich geborenen Kindes; er erfuhr erst nach der Geburt, dass sein Sohn von der Mutter zur Adoption freigegeben wurde. Das AG Wittenberg stellte 2000 die Vaterschaft *Görgülüs* fest, räumte ihm ein Umgangsrecht ein und übertrug ihm das Sorgerecht. Diese Entscheidung hob das OLG Naumburg nach Rechtsmitteln der Pflegeeltern und des Jugendamts auf. Was folgt ist eine beispiellose Justiz-Posse: Das BVerfG nahm zunächst die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des OLG nicht zur Entscheidung an. *Görgülü* wandte sich daraufhin an den EGMR; dieser stellte 2004 fest, dass die Sorgerechtsentscheidung und der Ausschluss des Umgangsrechts eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellten.[28] Daraufhin übertrug das AG Wittenberg *Görgülü* erneut das Sorgerecht und räumte ihm ein Umgangsrecht ein. Das OLG Naumburg hob diese Entscheidung wiederum auf; die nun gegen diesen Beschluss des OLG gerichtete Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers war erfolgreich.[29] Das BVerfG machte in der Entscheidungsbegründung u.a. deutlich, dass dem Urteil des EGMR Bindungswirkung zukomme.[30] Dennoch wies das OLG Naumburg 2004 den Sorgerechtsantrag des Beschwerdeführers ein weiteres Mal zurück, mit dem erstaunlichen (und vom BVerfG zuvor ausdrücklich verworfenen) Argument, dass dem Urteil des EGMR *keine* Bindungswirkung zukomme. Mit einer weiteren Entscheidung 2005 verwies das BVerfG das Verfahren an einen anderen Familiensenat des OLG Naumburg zur erneuten Entscheidung zurück.[31] Erst Anfang 2008 wurde *Görgülü* schließlich das Sorgerecht für seinen Sohn übertragen.

Die Görgülü-Entscheidung

Jurafuchs

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

22 Materiellrechtlich geht es bei dieser Entscheidung um das elterliche Erziehungsrecht (§ 17 Rn. 28 ff.) aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Die aus grundrechtsdogmatischer Sicht entscheidenden Aussagen traf das BVerfG hingegen zum Verhältnis zwischen EGMR und deutschen Gerichten. Im Zentrum der Diskussion stand dabei die Frage, ob deutsche Gerichte an Entscheidungen des EGMR gebunden sind. Art. 46 Abs. 1 EMRK normiert eine Verpflichtung der Konventionsstaaten zur Befolgung der endgültigen Urteile des EGMR, sofern diese im Rechtsstreit Partei sind. Das BVerfG musste daher Stellung dazu nehmen, wie die in Art. 46 Abs. 1 EMRK normierte Befolgungspflicht auszulegen ist. Das BVerfG entschied:

> ▶ Die Entscheidung des Gerichtshofs [ist] im innerstaatlichen Bereich zu berücksichtigen, das heißt die zuständigen Behörden oder Gerichte müssen sich mit der Entscheidung erkennbar auseinander setzen und gegebenenfalls nachvollziehbar

28 Vgl. EGMR v. 26.2.2004, 74969/01 – Görgülü.
29 BVerfGE 111, 307 (Görgülü [2004]).
30 BVerfGE 111, 307, 332 (Görgülü [2004]).
31 BVerfGK 5, 161 (Görgülü [2005]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

begründen, warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen.

BVerfGE 111, 307, 324 (Görgülü [2004]) ◀

Die völkerrechtliche Befolgungspflicht verwandelt sich in der deutschen Rechtsordnung also gleichsam in eine (bloße) **Berücksichtigungspflicht** (§ 2 Rn. 2). Dieser Verpflichtung wurde die angegriffene Entscheidung des OLG Naumburgs im konkreten Fall nicht gerecht.[32] 23

c) Relevanz der Entscheidung

Die Görgülü-Entscheidung steht im Zusammenhang mit einer Reihe von Entscheidungen, die sich mit dem Verhältnis des EGMR und der deutschen Gerichtsbarkeit auseinandersetzen (vgl. etwa die Caroline-Entscheidungen, § 12 Rn. 63 ff. und die Entscheidung zum Streikverbot für Beamt:innen, § 16 Rn. 35 f.). 24

Im Juli 2007 lehnte das LG Halle eine Anklage der Generalstaatsanwaltschaft gegen die Richter:innen des OLG Naumburg wegen gemeinschaftlicher Rechtsbeugung (§ 339 StGB) ab. Im Oktober 2008 lehnte das OLG Naumburg die Beschwerde der Generalstaatsanwaltschaft gegen den Nichteröffnungsbeschluss ab, so dass die beteiligten Richter:innen nicht angeklagt wurden.[33] 25

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Das Elternrecht, Art. 6 Abs. 2, 3 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Elternrechts?

Das Elternrecht wird beiden Elternteilen gemeinsam zugeordnet. Das Recht des Art. 6 Abs. 2, 3 GG ist unabhängig davon, ob es sich um verheiratete Eltern, Adoptiveltern oder gleichgeschlechtliche Eltern handelt.[34] Bei fehlender leiblicher oder rechtlich anerkannter Elternschaft ist eine Berufung auf Art. 6 Abs. 2, 3 GG ausgeschlossen; eine bloß familiäre Bindung (§ 17 Rn. 17) genügt nicht.[35] 26

Jeder Elternteil kann das Elternrecht individuell geltend machen.[36] Dies bedeutet allerdings nicht, dass beiden Elternteilen die gleichen Rechte im Verhältnis zu ihrem Kind eingeräumt werden müssen (etwa wenn ein Elternteil aufgrund von Überforderung den elterlichen Pflichten nicht angemessen nachkommen kann).[37] 27

32 BVerfGE 111, 307, 316 (Görgülü [2004]).
33 OLG Naumburg NStZ 2009, 214.
34 Vgl. BVerfGE 92, 158, 176 ff. (Adoption II [1995]); *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 110 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 163 ff.
35 Vgl. BVerfGE 133, 59, 81 f. (Sukzessivadoption [2013]).
36 Vgl. BVerfGE 47, 46, 76 (Sexualkundeunterricht [1977]).
37 Vgl. BVerfGE 92, 158, 178 f. (Adoption II [1995]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Elternrechts?

28 Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist insofern ein besonderes Grundrecht, als dass es nicht nur Rechte der Eltern, sondern auch Pflichten – vor allem gegenüber dem Kind – begründet (**Elternverantwortung** und **Erziehungspflicht** in Verbindung mit **staatlichem Wächteramt**).[38] Das BVerfG formuliert:

JA 2014, 682
JA 2015, 683
JuS 2015, 1007
ZJS 2017, 457

> ▶ 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. [...] Elternrecht [ist] daher [...] eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit.
>
> **BVerfGE 59, 360, 376 f. (Schülerberater [1982])** ◀

29 Die Erziehungspflicht umfasst dabei die Gewährleistung der Entwicklung des Kindes zu einem selbstständigen verantwortungsvollen Handeln durch Vermittlung von Werten. Pflege meint die tatsächliche Fürsorge um das körperliche und geistige Wohlbefinden des Kindes. Eine einfachgesetzliche Verankerung dieser Pflichten findet sich in §§ 1626 ff. BGB. Die Eltern üben ihre Rechte dabei grundsätzlich in Eigenverantwortung aus.[39] Mit abnehmender Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit sowie zunehmender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes werden die im Elternrecht wurzelnden Rechtsbefugnisse zurückgedrängt.[40]

30 Darüber hinaus macht das BVerfG deutlich, dass die den Eltern durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auferlegte Pflicht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes nicht allein dem Staat gegenüber besteht, sondern in erster Linie ihrem Kind gegenüber.[41] Mit der elterlichen Pflicht korrespondiert danach ein Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Im Zusammenhang mit diesen grundgesetzlichen Wertentscheidungen steht die Diskussion um die umfassende Verankerung von **Kinderrechten** im Grundgesetz.[42]

Kinderrechte ins Grundgesetz

c) Wie kann ein Eingriff in das Elternrecht gerechtfertigt werden?

31 Zunächst ist festzuhalten, dass das Elternrecht durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden muss. Nicht jede Regelung stellt daher einen Eingriff in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG dar. Eine Schranke für das Elternrecht ergibt sich aus dem sog. Wächteramt des Staates aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG (qualifizierter Gesetzesvorbehalt,

38 Siehe *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 102 ff.; *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 6, Rn. 43 ff.; *Röthel*, JZ 2018, 803.
39 BVerfGE 47, 46, 70 (Sexualkundeunterricht [1977]).
40 BVerfGE 59, 360, 382 (Schülerberater [1982]); siehe *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 159 f.
41 Vgl. BVerfGE 121, 69 (Elterliche Erziehungspflicht [2008]); ferner *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 21; *Britz*, JZ 2014, 1069.
42 Dazu *Hofmann/Donath*, Gutachten bezüglich der ausdrücklichen Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz nach Maßgabe der Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention, 2017; *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 35 ff.; *Kirchhof*, NJW 2018, 2690.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 4 Rn. 6).[43] Der Staat ist also ermächtigt, der elterlichen Erziehung Grenzen zu setzen. Dabei hat sich der Staat allerdings am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren:

> ▶ Das Recht der Eltern auf freie Gestaltung ihrer Sorge für das Kind verdient [...] dort keinen Schutz, wo sich Eltern ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind entziehen und eine Vernachlässigung des Kindes droht. **Erreicht das elterliche Fehlverhalten ein solches Ausmaß, dass das Kindeswohl nachhaltig gefährdet ist, ist der Staat in Wahrnehmung seines Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet**, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen, denn das Kind als Grundrechtsträger hat Anspruch auf staatlichen Schutz vor verantwortungsloser Ausübung des Elternrechts. Dabei bestimmen sich die Schutzmaßnahmen nach dem Ausmaß des elterlichen Versagens und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist.
>
> **BVerfGE 103, 89, 107 (Unterhaltsverzichtsvertrag [2001])** ◀

Darüber hinaus enthält Art. 6 Abs. 3 GG eine ausdrückliche Schranken-Schranke.[44] Danach ist die Trennung des Kindes von den Eltern und der Familie gegen den Willen der Erziehungsberechtigten nur in den engen in der Norm genannten Grenzen zulässig. 32

2. Der Mutterschutz, Art. 6 Abs. 4 GG

a) Was ist der Schutzbereich des Mutterschutzes?

Geschützt ist jede Frau, die im biologisch-medizinischen Sinn **Mutter** ist. Erfasst ist insbesondere die werdende Mutter.[45] Adoptiv-, Pflege- oder Stiefmütter sollen hingegen nicht vom Schutzbereich umfasst sein.[46] 33 ◆

Art. 6 Abs. 4 GG ist als Anspruchsnorm formuliert, gewährleistet also ausdrücklich ein Leistungsrecht (§ 1 Rn. 29 f.). Der Mutterschutz ist vom Gesetzgeber einfachgesetzlich auszugestalten: 34 ◆

> ▶ [Art. 6 Abs. 4 GG] enthält nicht nur einen Programmsatz, sondern einen **bindenden Auftrag an den Gesetzgeber**, dessen Erfüllung nicht in seinem freien Belieben steht. [...] Art. 6 Abs. 4 GG ist ebenso wie Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 5 GG **Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Wertentscheidung**, die für den gesamten Bereich des privaten und öffentlichen Rechts verbindlich ist.
>
> **BVerfGE 32, 273, 277 (Mutterschutz I [1972])** ◀

Bedeutung erlangt der Mutterschutz vor allem im Arbeitsrecht (vgl. Mutterschutzgesetz). Berufstätige Frauen werden während der Schwangerschaft und 35 ◆

43 *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 153 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 238 ff.

44 Siehe *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 189 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 255 ff.

45 Vgl. BVerfGE 32, 273, 277 (Mutterschutz I [1972]).

46 BAG NJW 1984, 630, 632; a.A. *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 290.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nach der Entbindung vor dem Verlust des Arbeitsplatzes und wirtschaftlichen Nachteil durch die Mutterschaft geschützt, etwa durch besonderen Kündigungsschutz oder die Gewährung einer Schonzeit vor und nach der Geburt.

b) Wie kann ein Eingriff in den Mutterschutz gerechtfertigt werden?

36 Art. 6 Abs. 4 GG enthält keine ausdrücklichen Schranken und ist daher ein vorbehaltloses Grundrecht.[47] Eingriffe können somit nur durch kollidierendes Verfassungsrecht (§ 4 Rn. 10) gerechtfertigt werden. Für unvereinbar mit dem Mutterschutz erklärte das BVerfG etwa den Inhalt einer ehevertraglichen Vereinbarung zwischen werdender Mutter und Vater, in welcher die Frau einem Verzicht auf nachehelichen Unterhalt zustimmte.[48]

3. Welche Regelung trifft Art. 6 Abs. 5 GG in Bezug auf nichteheliche Kinder?

37 Wie Art. 6 Abs. 4 GG enthält auch Absatz 5 einen Auftrag an den Gesetzgeber, nämlich die rechtliche Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kindern. Art. 6 Abs. 5 GG enthält damit einen besonderen Gleichheitssatz (§ 22 Rn. 2),[49] der den Gesetzgeber verpflichtet, durch positive Maßnahmen für nichteheliche Kinder die gleichen Bedingungen wie für eheliche Kinder zu schaffen.[50] Die Rechtfertigung bestehender Ungleichbehandlungen ist deshalb an einem strengen Maßstab zu messen, das BVerfG verlangt einen zwingenden Grund.[51]

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie wird der Schutz der Ehe und Familie in der EMRK gewährleistet?

38 Art. 8 Abs. 1 EMRK umfasst vier Rechte: Den Schutz des Privatlebens (§ 19 Rn. 34 ff.), der Wohnung und der Korrespondenz (§ 20 Rn. 57 ff.), sowie des **Familienlebens**. Der Schutz des Familienlebens umfasst das familiäre Zusammenleben. Die Familie muss also bereits bestehen. Dem Familienbegriff des EGMR liegt das Leitbild einer durch soziale Verbindungen begründeten Familie zugrunde; biologische oder rechtliche Beziehungen sind somit nicht allein maßgeblich.[52] Die Familie wird regelmäßig durch das Zusammenleben zweier Erwachsener mit ihren Kindern konstituiert. Es spielt indessen keine Rolle, ob die Eltern (miteinander) verheiratet sind oder nicht; ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Eltern die biologischen Eltern sind.[53] Die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Familienleben ist unter der Maßgabe des Art. 8 Abs. 2 EMRK möglich: Es bedarf danach einer gesetzlichen Grundlage, eines legitimen Zwecks

47 Siehe *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 195 ff.
48 Vgl. BVerfGE 103, 89, 102 (Unterhaltsverzichtsvertrag [2001]).
49 Siehe *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 203 ff.; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 6, Rn. 305 ff.
50 BVerfGE 85, 80, 87 (nichteheliche Kinder [1991]).
51 BVerfGE 118, 45, 62 (Betreuungsunterhalt [2007]).
52 Vgl. EGMR v. 26.5.1994, 16969/90 – Keegan/Irland.
53 Vgl. EGMR v. 21.12.2010, 20578/07 – Anayo/Deutschland.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für die Einschränkung sowie der Notwendigkeit der Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft zur Zweckerreichung. Besonderes Gewicht kommt in der Abwägung dabei dem Kindeswohl zu.[54]

Art. 12 EMRK gewährleistet die Freiheit zur Eingehung einer Ehe und zur Gründung einer Familie. Die Vorschrift ist aus Art. 16 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte übernommen worden. Im Gegensatz zu Art. 8 EMRK sieht Art. 12 EMRK keine Rechtfertigungsgründe für Einschränkungen vor. Das ist wegen der doppelten Verweisung auf das innerstaatliche Recht nicht erforderlich. Den Konventionsstaaten kommt also die Freiheit zu, die Eheschließung auszugestalten. 39

Der EGMR handhabt Art. 12 EMRK zurückhaltend und orientiert sich eng am Wortlaut der Norm. Einen Anspruch auf Eheschließung mit einem bzw. einer gleichgeschlechtlichen Partner:in gibt es daher (bislang) nicht.[55] Zudem wird kein Recht auf Scheidung verbürgt.[56] Anders als Art. 6 Abs. 1 GG enthält Art. 12 EMRK ferner keine besonderen Schutzpflichten für bestehende Ehen und Familien. Einschlägig ist diesbezüglich Art. 8 Abs. 1 EMRK. Die praktische Bedeutung des Art. 12 EMRK ist daher beschränkt. 40

2. Wie wird der Schutz der Ehe und Familie in der EU-GRCh gewährleistet?

Die Normierungen des Schutzes der Ehe und Familie in der EU-GRCh sind eng an die der EMRK angelehnt: So enthält Art. 9 EU-GRCh das Recht auf Eheschließung und Gründung einer Familie. Der Normgehalt orientiert sich an Art. 12 EMRK. 41

Daneben entspricht Art. 7 EU-GRCh nahezu wortgleich der Vorschrift des Art. 8 EMRK. Lediglich der Begriff der Korrespondenz wurde durch den der Kommunikation ersetzt. Die Bedeutung und Reichweite des Schutzes des Art. 7 EU-GRCh bestimmt sich daher nach dem Konventionsrecht. Einschränkungen sind unter den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh möglich. Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh ist dabei den Rechtsfertigungsanforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK Rechnung zu tragen.[57] 42

Darüber hinaus ergänzt Art. 33 Abs. 1 EU-GRCh den in Art. 7 EU-GRCh und Art. 9 EU-GRCh enthaltenen Schutz der Familie. Umstritten ist, ob es sich hierbei um ein Grundrecht oder einen bloßen Grundsatz handelt.[58] Jedenfalls dürften die Gewährleistungen der Art. 7 EU-GRCh und Art. 9 EU-GRCh als speziellere Regelung dem Recht aus Art. 33 Abs. 1 EU-GRCh vorgehen. 43

54 Vgl. EGMR v. 28.4.2016, 20106/13, Rn. 38 ff. – Buchleither.
55 Zuletzt EGMR v. 19.2.2013, 19010/07 – X ua/Österreich.
56 Vgl. EGMR v. 18.12.1986, 9697/82 – Johnston ua/Irland.
57 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2015:832, Rn. 70 – WebMindLicenses.
58 Dazu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 33, Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Wie wird das Elternrecht auf europarechtlicher Ebene geschützt?

◆ 44 Eine ausdrückliche Normierung eines Elternrechts wie in Art. 6 Abs. 2, 3 GG kennt weder die EMRK noch die EU-GRCh. Allerdings finden sich an verschiedenen Stellen ähnliche Regelungen: So normiert Art. 14 Abs. 3 EU-GRCh, dass das Recht der Eltern geachtet wird, die Erziehung ihres Kindes sicherzustellen. Der EGMR liest das Elternrecht in den Art. 8 Abs. 1 EMRK hinein.[59]

◆ 45 Die EU-GRCh verbürgt in Art. 24 EU-GRCh ausdrücklich **Kinderrechte**. So gewährt beispielsweise Absatz 3 das Recht des Kindes auf persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen. Solche Kinderrechte kennt das Grundgesetz (bislang) nicht.

Zudem findet sich in Art. 33 Abs. 2 EU-GRCh eine Regelung zum Mutterschutz. Eine entsprechende Gewährleistung kennt die EMRK nicht.

59 Vgl. EGMR v. 22.6.2006, 7548/04 – Bianchi/Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 18 Freiheit der Person und Asyl

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG 2
a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG? 2
b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG? 3
c) Wie kann ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt werden? 7
d) Welche verfahrensmäßigen Voraussetzungen trifft Art. 104 Abs. 2–4 GG? 12
e) Wrap-Up: Prüfungsschema 15
2. Freizügigkeit, Art. 11 GG 16
a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 11 GG? 16
b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 11 GG? 17
c) Wie kann ein Eingriff in Art. 11 GG gerechtfertigt werden? 19
d) Wie ist das Konkurrenzverhältnis zur Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG? 21
e) Wrap-Up: Prüfungsschema 23
3. Asylrecht, Art. 16a GG 24
a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 16a GG? 24
b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 16a GG? 26
c) Wie kann ein Eingriff in den Art. 16a GG gerechtfertigt werden? 29
d) Wrap-Up: Prüfungsschema 32
II. Vertiefung und Kontextualisierung 33
Wie sind Fixierungen von Patient:innen in psychiatrischen Einrichtungen zu beurteilen? 33
2. Was schützt Art. 104 GG? 36
3. Was schützt Art. 16 GG? 38
III. Europarechtliche Dogmatik 42
1. Wie wird die Freiheit der Person auf europarechtlicher Ebene geschützt? 42
2. Wie wird die Freizügigkeit auf europarechtlicher Ebene geschützt? 47
3. Wie wird das Asylrecht auf europarechtlicher Ebene geschützt? 50

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die Definitionen von „Wohnsitz" und „Aufenthalt" (§ 18 Rn. 17)
- die Schutzgehalte des Rechts auf Asyl (§ 18 Rn. 26 ff.)
- die Schutzgehalte des Rechts auf Freiheit und Freizügigkeit auf europarechtlicher Ebene (§ 18 Rn. 42 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- den Schutzgehalt der Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG (§ 18 Rn. 3 ff.)
- das Konzept eines gemeinsamen Europäischen Asylsystems (§ 18 Rn. 52)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau einer Prüfung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 11 GG (§ 18 Rn. 15; 23)
- die Abgrenzung zwischen Freiheitsbeschränkung und -entziehung (§ 18 Rn. 7)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- welche verfahrensmäßigen Besonderheiten bei Freiheitsentziehungen gem. Art. 104 GG zu berücksichtigen sind (§ 18 Rn. 12 ff.)
- die zwei Grundrechtsverbürgungen des Art. 16 GG (§ 18 Rn. 38 ff.)
- wer „politisch Verfolgte" i.S.d. Art. 16a Abs. 1 GG sind (§ 18 Rn. 26 f.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- inwieweit Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 11 GG auch negative Freiheiten verbürgen (§ 18 Rn. 5; 18)
- den Unterschied zwischen Herkunftsstaat und Drittstaat (§ 18 Rn. 29 f.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zu den Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG zur Fixierung von Patient:innen in psychiatrischen Einrichtungen (§ 18 Rn. 33 ff.)
- zur Grundrechtskonformität der nachträglichen Sicherungsverwahrung (§ 18 Rn. 9)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG?

2 Die Freiheit der Person ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11), auf das sich jeder lebende Mensch, unabhängig von Alter, Gesundheitszustand oder Einsichtsfähigkeit berufen kann.[1] Es gilt auch für Ausländer:innen und Staatenlose. Da Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG die körperliche Fortbewegungsfreiheit schützt und damit an natürliche Eigenschaften des Menschen anknüpft, können sich juristische



Die Freiheit der Person, Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG

1 Vgl. BVerfGE 10, 302, 309 f. (Vormundschaft [1960]); 149, 293, 318 (Fixierungen [2018]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Personen mangels wesensmäßiger Anwendbarkeit i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 22 f.) nicht auf dessen Gewährleistungen berufen.

b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG?

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG normiert die Unverletzlichkeit der Freiheit der Person. Ideengeschichtlich geht dieses Recht auf die sog. *Habeas-Corpus*-Akte von 1679 zurück.[2] Dieses Gesetz sollte die freien Bürger:innen Englands insbesondere vor Verhaftung, Festnahme und ähnlichen Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs durch die staatliche Gewalt schützen. Aus diesem Verständnis heraus gewährleistet Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG lediglich die tatsächliche **körperliche *Fort*bewegungsfreiheit**, also die Freiheit zu wählen, ob man einen Aufenthaltsort verlässt und sich an einen anderen Ort begibt.[3] **Nicht** umfasst ist dagegen 3

> ▶ die Befugnis, sich unbegrenzt überall aufhalten und überall hin bewegen zu dürfen. Demgemäß liegt eine Freiheitsbeschränkung nur vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt **gegen seinen Willen** daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, **der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist.**
>
> **BVerfGE 94, 166, 198 (Flughafenverfahren [1996])** ◀

Insbesondere in Bezug auf die rechtliche Zugänglichkeit eines Ortes oder Raumes sind etwaige Einschränkungen am Maßstab des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu messen, denn andernfalls droht die Gefahr, dass der einfache Gesetzgeber den Schutzbereich der Freiheit der Person willkürlich verkürzt. Rechtliche Zugangsbegrenzungen können nur allgemeine Gesetze sein, die sich nicht speziell gegen die Freiheit der Person richten.[4] Insoweit sind Parallelen zum Verständnis der allgemeinen Gesetze i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG (§ 12 Rn. 37) zu erkennen. 4

Umstritten ist ferner, ob auch die **negative Freiheit**, also das Recht einen bestimmten Ort gerade *nicht* aufzusuchen, erfasst ist[5] (man denke an hoheitlich angeordnete Erscheinungs- und Anwesenheitspflichten[6]). Versteht man Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG als Schutz der aktiven körperlichen Bewegungsfreiheit, so entspricht die passive Entscheidung, einen bestimmten Ort *nicht* aufzusuchen, diesem Schutzgedanken gerade nicht. Vielmehr handelt es sich dann um einen Ausdruck der Willensfreiheit, die vom Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG § 21 Rn. 2 ff.) umfasst ist. Etwas anderes gilt, wenn Erscheinungs- und Anwesenheitspflichten mit unmittelbarem Zwang durchsetzbar sind (bspw. Verhängung und Durchführung einer Freiheitsstrafe).[7] 5

2 Zur historischen Entwicklung vgl. *Amelung*, Jura 2005, 447.
3 BVerfGE 105, 239, 247 (Richtervorbehalt [2002]); 156, 63 (Elektronische Aufenthaltsüberwachung [2020]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 130 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 196.
4 Vgl. BVerfGE 94, 166, 198 (Flughafenverfahren [1996]).
5 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 133; *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 155.
6 Vgl. BVerfGE 22, 21 (Vorladung zum Verkehrsunterricht [1967]).
7 Vgl. BVerfGE 90, 145 (Cannabis [1994]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6 Neben seiner abwehrrechtlichen Funktion (§ 1 Rn. 28) gewährt Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG auch eine Schutzpflicht (§ 1 Rn. 35 ff.).[8] Der Staat kann im Einzelfall dazu verpflichtet sein, Grundrechtsberechtigte gegen Beeinträchtigungen der körperlichen Bewegungsfreiheit durch Dritte zu schützen, etwa bei Geiselnahmen. Diesbezüglich steht dem Staat allerdings ein Spielraum zu.

c) Wie kann ein Eingriff in Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt werden?

7 Die Freiheit der Person unterliegt dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG (§ 4 Rn. 6). Dieser wird durch die Voraussetzungen des Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG konkretisiert: Freiheitsbeschränkungen und -entziehungen sind danach nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes zulässig.[9] Rechtsverordnungen sind nicht ausreichend. Darüber hinaus sieht Art. 104 Abs. 2–4 GG bestimmte verfahrensmäßige Anforderungen bei Freiheitsentziehungen (§ 18 Rn. 12 ff.) vor. Das BVerfG grenzt freiheitsbeschränkende und freiheitsentziehende Maßnahmen nach der **Intensität des Eingriffs** voneinander ab:

> ▶ Eine **Freiheitsbeschränkung** liegt vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich wäre. Die **Freiheitsentziehung** als schwerste Form der Freiheitsbeschränkung liegt dann vor, wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird. Sie setzt eine besondere Eingriffsintensität und eine nicht nur kurzfristige Dauer der Maßnahme voraus. […] Von einer kurzfristigen Maßnahme ist in der Regel auszugehen, wenn sie absehbar die Dauer von ungefähr einer halben Stunde unterschreitet.
>
> **BVerfGE 149, 293, 319 (Fixierungen [2018])** ◀

8 Auf Ebene der Schranken-Schranken ist insbesondere eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.) vorzunehmen. Nicht zu rechtfertigen ist ein Verstoß gegen das Misshandlungsverbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG (§ 18 Rn. 37). Ferner ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, dass in die körperliche Bewegungsfreiheit nur aus wichtigen Gründen eingegriffen werden darf.[10] Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG etwa an die **lebenslange Freiheitsstrafe** als elementaren Eingriff in die Freiheit der Person besonders strenge Anforderungen geknüpft: Sie ist nur zum Schutz höchster Rechtsgüter zulässig und dem oder der Verurteilten muss grundsätzlich eine Chance verbleiben, wieder freizukommen.[11]

JuS 2012, 156 ◆
JA 2020, 364
JA 2020, 517 ◆

9 Ebenfalls kontrovers diskutiert wird die ***nachträgliche*** **Sicherungsverwahrung** (§§ 66 ff. StGB), die es ermöglicht, die Unterbringung von bereits Verurteilten

8 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 136.
9 Vgl. BVerfGE 14, 174, 186 f. (Gesetzesgebundenheit im Strafrecht [1962]); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 18 ff.
10 Vgl. BVerfGE 105, 239, 247 (Richtervorbehalt [2002]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 137.
11 Vgl. BVerfGE 45, 187, 223 ff. (Lebenslange Freiheitsstrafe [1977]); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 243.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anzuordnen, wenn erst nach der Verurteilung Tatsachen erkennbar werden, aus denen sich eine besondere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit ergibt.[12] Im Unterschied zur Freiheitsstrafe geht es bei der Sicherungsverwahrung (oder der präventiven polizeilichen Ingewahrsamnahme)[13] gerade nicht um einen Schuldausgleich.[14] Das BVerfG erklärte die *nachträgliche* Sicherungsverwahrung grundsätzlich für mit Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG unvereinbar.[15] Eine Ausnahme gilt nur, sofern eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des oder der Untergebrachten abzuleiten ist.[16] Darüber hinaus leitete das BVerfG verschiedene prozedurale Anforderungen aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG her, etwa dass die Fortdauer der Sicherungsverwahrung mindestens einmal jährlich gerichtlich überprüft werden muss (vgl. die Ausführungen zum Grundrechtsschutz durch Verfahren, § 1 Rn. 38 ff.).[17]

Auch **Untersuchungshaft** ist verhältnismäßig auszugestalten. Nicht nur die *Anordnung* der Untersuchungshaft muss verhältnismäßig sein, sondern auch ihre *Dauer*. Die Besonderheit der Untersuchungshaft liegt darin, dass in diesem verfahrensrechtlichen Stadium die Schuldfrage rechtlich noch nicht geklärt ist.[18] Der Eingriff in die Freiheit der Person erfolgt also, während die festgehaltene Person rechtlich als unschuldig zu gelten hat (**Unschuldsvermutung**). Aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG folgt daher ein **Beschleunigungsgebot**, das den Staat verpflichtet, alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um eine rechtskräftige Entscheidung über den Anklagevorwurf herbeizuführen.[19] 10

Zuletzt sind **Ausgangssperren im Zuge der Bekämpfung der Corona-Pandemie** in den Mittelpunkt der (juristischen) Diskussion gelangt.[20] Wenn man seine Wohnung etwa nur noch aus dringenden Gründen (Erledigung des Einkaufs oder Wahrnehmung eines Arzttermins) verlassen darf, liegt darin eine Freiheitsbeschränkung – dieser stehen als kollektive Rechtsgüter von Verfassungsrang der Gesundheitsschutz der Bevölkerung und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems gegenüber. 11

Als weitere Schranken-Schranke ist insbesondere das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) zu berücksichtigen.

12 Dazu *Esser*, JA 2011, 727; *Kinzig*, NJW 2011, 177.
13 Zur Präventivhaft in den Polizeigesetzen vgl. *Guckelberger*, Jura 2015, 926; *Michaelis*, JA 2014, 198; *Welzel/Ellner*, DÖV 2019, 211.
14 Vgl. BVerfGE 128, 326, 376 f. (EGMR Sicherungsverwahrung [2011]).
15 BVerfGE 128, 326 (EGMR Sicherungsverwahrung [2011]); anders noch in BVerfGE 109, 133 (Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004]); zur Rechtsprechungsentwicklung siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 142.
16 Vgl. BVerfGE 128, 326, 399 (EGMR Sicherungsverwahrung [2011]); bestätigt durch EGMR v. 7.1.2016, 23279/14 – Bergmann v. Deutschland.
17 Vgl. BVerfGE 128, 326, 382 (EGMR Sicherungsverwahrung [2011]).
18 Einen Überblick bietet *Bosch*, JA 2017, 43.
19 Vgl. BVerfGE 19, 342, 347 f. (Wencker [1965]); ferner *Grote/Niehoff*, JA 2020, 537; *Jahn*, NJW 2006, 652; *Liebhart*, NStZ 2017, 254.
20 Zur Verfassungsmäßigkeit der „Bundesnotbremse" BVerfG NJW 2022, 139; NJW 2022, 167; ferner *Boehme-Neßle*, NVwZ 2021, 670; *Degenhart*, NJW 2022, 123; *Meßerschmidt*, DÖV 2022, 45; *Schmitt*, NJW 2020, 1626; *Ziekow*, DVBl. 2020, 732.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Welche verfahrensmäßigen Voraussetzungen trifft Art. 104 Abs. 2–4 GG?

12 Eine Freiheitsentziehung (bspw. die 5-Punkt- oder 7-Punkt-Fixierung, § 18 Rn. 33 ff.) ist über Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG hinaus an bestimmte verfahrensmäßige Voraussetzungen geknüpft.[21] Die Voraussetzungen gelten dabei nicht nur für die erstmalige Anordnung einer Freiheitsentziehung, sondern auch für die Verlängerung einer solchen Maßnahme.

13 Gem. Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG bedarf die Entziehung der Freiheit einer vorherigen richterlichen Anordnung (**Richtervorbehalt**). Dies setzt voraus, dass der oder die Richter:in selbst die erforderlichen Tatsachen (bspw. sichergestellte Sachen, Aussagen) feststellt, die eine Freiheitsentziehung rechtfertigen.[22] Eine nicht auf richterlicher Anordnung beruhende Freiheitsentziehung (etwa durch die Polizeibehörde) ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte Zweck bei Abwarten auf eine richterliche Anordnung gefährdet wäre.[23] Eine richterliche Entscheidung ist dennoch unverzüglich einzuholen (S. 2), spätestens bis zum Ablauf des auf die Festnahme folgendes Tages (S. 3).

14 Art. 104 Abs. 3 GG regelt die Festnahme durch die Polizei zum Zweck der Strafverfolgung. Danach ist der oder die vorläufig Festgenommene spätestens am Tag nach der Festnahme dem oder der Richter:in vorzuführen. Zudem ist der oder die erkennende Richter:in gem. Art. 104 Abs. 4 GG verpflichtet, über die Anordnung und Fortdauer einer Freiheitsentziehung unverzüglich eine Vertrauensperson (bspw. Angehörige oder Wahlverteidiger:in) des bzw. der Festgehaltenen zu benachrichtigen (Benachrichtigungspflicht).[24]

e) Wrap-Up: Prüfungsschema

15



Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

keine Anwendung auf juristische Personen

Sachlich: Freiheit der Person

gewährleistet dem oder der Einzelnen das Recht, frei zu wählen, ob er oder sie einen Ort verlässt und sich an einen anderen Ort begibt

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. lebenslange Haftstrafe für Mord

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. kontinuierliche und bemerkte Observation

21 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 104, Rn. 11 ff.
22 Vgl. BVerfGE 83, 24, 33 f. (Polizeigewahrsam [1990]).
23 Vgl. BVerfGE 22, 311 (Nachprüfung von Arreststrafen [1967]); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 48 ff.; *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 104, Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

einfacher Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, der durch Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG konkretisiert wird: formelle Gesetze

spezielle verfahrensmäßige Voraussetzungen bei Freiheitsentziehungen nach Art. 104 Abs. 2–4 GG

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeit

Weiterführende Hinweise

Gusy, Freiheitsentziehung und Grundgesetz, NJW 1992, 457
Brodowski, Grundfälle zu den Justizgrundrechten: Art. 104 GG – Freiheit der Person, Folterverbot, Benachrichtigungsgebot, JuS 2012, 980
Brunner, Das Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 2 II 2, 104 GG), Jura 2020, 1328
Penßel, Die Dogmatik der „Freiheit der Person" nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Bundesnotbremse", JZ 2022, 535

2. Freizügigkeit, Art. 11 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 11 GG?

16

Seinem Wortlaut nach schützt Art. 11 Abs. 1 GG nur Deutsche (Deutschengrundrecht, § 3 Rn. 12); aber auch EU-Ausländer:innen (§ 3 Rn. 25 f.) können sich aufgrund des Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV darauf berufen. Auch juristische Personen können sich unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) auf die Freizügigkeit berufen (z.B. Wahl des Firmensitzes oder einer Niederlassung).[25]



Die Freizügigkeit, Art. 11 G

b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 11 GG?

17

Art. 11 GG gewährleistet die Freizügigkeit im gesamten Bundesgebiet und damit die Freiheit, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen.[26] „**Wohnsitz**" meint dabei die ständige Niederlassung an einem Ort (vgl. § 7 Abs. 1 BGB). Fehlt es an dem Willen, den Ort zum Mittelpunkt oder jedenfalls Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse zu machen (etwa weil jemand nur vorübergehend an dem Ort verweilen will), so handelt es sich um einen bloßen „**Aufenthalt**". Eine bestimmte zeitliche Verweildauer ist für einen Aufenthalt i.S.d. Art. 11 Abs. 1 GG nicht zu verlangen. Allerdings sollte in Abgrenzung zur bloßen → körperlichen Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) eine gewisse, über die Alltagsmobilität hinausgehende Bedeutung im



JA 2015, 834
ZJS 2022, 407

24 Vgl. BVerfGE 16, 119 (Benachrichtigungspflicht [1963]).
25 Siehe *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 44.
26 Vgl. BVerfGE 2, 266, 273 (Notaufnahme [1953]); 43, 203, 211 (Zustimmungsgesetz [1977]); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 24 ff.; *Kunig/Graf Kielmansegg*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 25 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

konkreten Aufenthalt für die betroffene Person liegen – mehr als ein „flüchtiges Verweilen". Hierbei kann die Dauer als Indiz herangezogen werden.[27]

18 Art. 11 GG schützt darüber hinaus auch den **Zuzug** an einen Ort zum Zweck des Aufenthalts oder der Wohnsitznahme, etwa die Einreise nach Deutschland. Nicht umfasst ist dagegen die Ausreise aus Deutschland.[28] Insofern ist auf die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG abzustellen (vgl. Elfes-Entscheidung des BVerfG, § 21 Rn. 23). Zudem gewährleistet Art. 11 GG auch die **negative Freizügigkeit**, also die Freiheit, an einem einmal gewählten Ort bleiben zu dürfen. Dieses Recht reicht allerdings nicht so weit, dass damit die Gewährleistung eines mit dem gewählten Wohnsitz dauerhaft verbundenen städtebaulichen und sozialen Umfeld einhergeht (kein **Recht auf Heimat**).[29] Besonders deutlich wird dies bei Zwangsumsiedlungen im Zuge des Braunkohleabbaus. Das BVerfG sah hier bereits den Schutzbereich des Art. 11 GG nicht als eröffnet an:

> ▶ Das Grundrecht auf Freizügigkeit garantiert nicht nur die Freiheit des Zuzugs zu einem Ort im Bundesgebiet, es schützt auch das Verbleiben an dem in Freizügigkeit gewählten Ort und damit grundsätzlich auch vor erzwungenen Umsiedlungen. [...] 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 berühren 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.
>
> **BVerfGE 134, 242, 324 f. (Garzweiler [2013])** ◀

c) Wie kann ein Eingriff in Art. 11 GG gerechtfertigt werden?

19 Das Recht auf Freizügigkeit steht unter dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 11 Abs. 2 GG (§ 4 Rn. 6). Einschränkungen können also nur in den dort genannten Fällen und nur durch oder aufgrund eines Gesetzes ergehen. Darüber hinaus enthält Art. 17a Abs. 2 GG eine weitere Schranke, die Einschränkungen der Freizügigkeit zur Verteidigung und zum Schutz der Zivilbevölkerung ermöglicht.

20 Die freizügigkeitsbeschränkenden Maßnahmen müssen ferner dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 4 Rn. 30 ff.) genügen. In diesem Rahmen ist auf die abschließende Aufzählung möglicher Zwecke des Art. 11 Abs. 2 GG zurückzugreifen:[30] So kann sich die Erforderlichkeit aus dem Fehlen einer ausreichenden

27 *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 27 f.; *Kunig/Graf Kielmansegg*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 30 f.

28 Vgl. BVerfGE 6, 32 (Elfes [1957]); ferner *Kunig/Graf Kielmansegg*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 32; *Winkler/Schadtle*, JZ 2016, 764.

29 *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 30.

30 Ausführlich *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lebensgrundlage, aus welcher der Allgemeinheit besondere Lasten entstehen würden, oder zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes (**Notstandsvorbehalt**) ergeben. Weitere Möglichkeiten sind die Erforderlichkeit zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, ferner zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung oder zur Vorbeugung von Straftaten. Im Rahmen der Angemessenheit können zudem grundrechtliche Belange im Einzelfall zu berücksichtigen sein (kollidierendes Verfassungsrecht, § 4 Rn. 10),[31] etwa der Wunsch nach einem Zusammenwohnen mit Familienangehörigen (Art. 6 Abs. 1 GG) oder die Aufnahme einer Teilzeiterwerbstätigkeit (Art. 12 Abs. 1 GG)[32].

Bei jedem Eingriff ist schließlich das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) zu berücksichtigen.

d) Wie ist das Konkurrenzverhältnis zur Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG?

21 Die Abgrenzung zwischen Art. 11 GG und der Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG ist in jedem Einzelfall gesondert zu treffen:[33] Art. 11 GG gewährleistet die Freiheit, sich im gesamten Bundesgebiet Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen und damit das *Hin*kommen zu einem Ort. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG verbürgt demgegenüber die körperliche Bewegungsfreiheit, also die Freiheit zu wählen, ob man von einem Aufenthaltsort *weg*geht, um sich an einen anderen Ort zu begeben.

JuS 2015, 327
JA 2016, 45
JuS 2019, 549

22 Als Faustformel lässt sich daher formulieren: Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG schützt das Weggehen, Art. 11 GG das Hinkommen.[34] Fälle, in denen die Fortbewegung zum Zwecke des Aufenthalts an einem anderen Ort geschieht, sind daher an Art. 11 GG zu messen; im umgekehrten Fall – also der Fortbewegung weg von einem bisherigen Aufenthalt – ist Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG maßgeblich.

e) Wrap-Up: Prüfungsschema

23 **I. Schutzbereich**

Persönlich: Deutschengrundrecht

juristische Personen gem. Art. 19 Abs. 3 GG

Sachlich: Freizügigkeit

Freiheit, an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen

Jurafuchs

31 Vgl. BVerfGE 110, 177, 197 (Freizügigkeit von Spätaussiedlern [2004]); *Kunig/Graf Kielmansegg*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 11, Rn. 49.
32 BVerfG NVwZ 2005, 797.
33 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 131.
34 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 158.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Errichtung von Sperrzonen

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. werden Sozialleistungen an die Wahl eines bestimmten Wohnorts geknüpft

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

qualifizierter Gesetzesvorbehalt aus Art. 11 Abs. 2 GG

weitere Schranke in Art. 17a Abs. 2 GG

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeit

Weiterführende Hinweise

Schoch, Das Grundrecht der Freizügigkeit (Art. 11 GG), Jura 2005, 34
Frenzel, Grundfälle zu Art. 11 GG, JuS 2011, 595
Hamdan, Das Grundrecht auf Freizügigkeit nach Art. 11 GG, JA 2019, 165
Mensel, Das Recht auf Heimat nach Art. 11 GG, Der Staat 2020, 49

3. Asylrecht, Art. 16a GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 16a GG?

◆ 24

Das Asylrecht, Art. 16a GG

Grundsätzlich kann sich jede natürliche Person auf das **Asylrecht** gem. Art. 16a Abs. 1 GG berufen (Menschenrecht, § 3 Rn. 11). Auf die Staatsangehörigkeit kommt es dabei logischerweise nicht an. Für Deutsche i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG gewähren das Recht auf Einreise (Art. 11 GG, § 18 Rn. 18) und der Schutz vor Ausbürgerung und Abschiebung (Art. 16 GG, § 3 Rn. 38 ff.) hinreichenden Schutz.[35] Zudem können sich auch **Staatenlose** auf das Asylgrundrecht berufen. Juristische Personen sind mangels wesensmäßiger Anwendbarkeit gem. Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 22 f.) dagegen nicht geschützt.[36]

◆ 25

Aus Art. 16a Abs. 2 S. 1 GG ergibt sich eine Schutzbereichsbegrenzung: Danach kann sich auf das Asylrecht nicht berufen, wer aus einem **sicheren Drittstaat** einreist. Gem. Art. 16a Abs. 2 S. 1 GG sind jedenfalls die EU-Mitgliedsstaaten solche Staaten.[37] Faktisch ist Asyl nach Art. 16a Abs. 1 GG daher kaum noch zu erreichen, da die Asylsuchenden in der Regel durch EU-Mitgliedsstaaten und damit sichere Drittstaaten eingereist sind, bevor sie nach Deutschland gelangen. Ein längerer Aufenthalt in diesen Drittstaaten ist nicht erforderlich, die einfache

35 Siehe *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 105; *v. Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 21.
36 Vgl. BVerfGE 97, 49, 66 (Beförderungsverbot [1997]).
37 Vgl. BVerfGE 94, 49, 87 (Sichere Drittstaaten [1996]). Mit Blick auf die Situation in Griechenland haben allerdings der EGMR v. 21.1.2011, 30696/09 – M.S.S. und der EuGH, ECLI:EU:C:2011:865 – N.S. entschieden, dass eine *unwiderlegliche* Vermutung der Sicherheit von EU-Mitgliedsstaaten nicht gilt.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Durchreise genügt bereits. Andere Staaten können ferner unter den Voraussetzungen des Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG als sichere Drittstaaten eingestuft werden. Für den rechtlichen Umgang mit Geflüchteten sind daher heute das Unionsrecht, vor allem aber die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) von überragender Bedeutung; einfachgesetzliche Regelungen, mit denen die Bundesrepublik völker- und EU-rechtliche Verpflichtungen umsetzt, finden sich insbesondere im Asylgesetz und im Aufenthaltsgesetz.

b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 16a GG?

Insbesondere vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Schreckens- und Terrorherrschaft, während der zahlreiche Menschen vor Verfolgung und Ermordung fliehen mussten, wurde das Grundrecht auf Asyl verankert. Gem. Art. 16a Abs. 1 GG (bis 1993 in Art. 16 GG normiert) wird es politisch Verfolgten gewährt. Das Merkmal „politisch" wird dabei mit Rückgriff auf die Genfer Flüchtlingskonvention definiert:[38] 26

> ▶ Im Sinne dieses Abkommens findet der Ausdruck „Flüchtling" auf jede Person Anwendung, die [...] aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer **Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung** sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will.
>
> **Art. 1 A. Nr. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention** ◀

Für eine „**Verfolgung**" i.S.d. Art. 16a Abs. 1 GG genügt indessen nicht jede Beeinträchtigung. Vielmehr müssen die gezielt zugefügten Rechtsverletzungen von einer solchen Intensität sein, dass sie die Betroffenen in eine ausweglose Lage bringen, so dass diese zur Flucht gewissermaßen gezwungen sind.[39] Nicht ausreichend ist etwa alleine wirtschaftliche Not im Heimatland. Die Verfolgung muss zudem durch den Staat erfolgen oder durch Maßnahmen Dritter, die dem Staat zuzurechnen sind.[40] 27

Art. 16a Abs. 1 GG verbürgt ein subjektives Recht auf Asyl. Umstritten ist, ob es sich dabei um ein Abwehrrecht (§ 1 Rn. 28) gegen staatliche Beeinträchtigungen oder um ein Leistungsrecht (§ 1 Rn. 29 f.) gerichtet auf die Möglichkeit der Aufenthaltsnahme in Deutschland handelt.[41] Jedenfalls begründet Art. 16a GG ein Verfahrensrecht, das den Gesetzgeber dazu verpflichtet, ein angemessenes Asylverfahren zu schaffen. 28

38 Vgl. BVerfGE 76, 143, 157 (Ahmadiyya-Glaubensgemeinschaft [1987]); *v. Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 25 ff.; *v. Coelln,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 16a, Rn. 10.

39 Vgl. BVerfGE 74, 51, 64 (Nachfluchttatbestände [1986]); ferner *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 34 ff.; *v. Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 28 ff.

40 Vgl. BVerfGE 80, 315, 335 f. (Tamilen [1989]); *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 69 ff.

41 Siehe *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 117 ff.; *v. Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 54 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Wie kann ein Eingriff in den Art. 16a GG gerechtfertigt werden?

29 Art. 16a GG legt in den Absätzen 2–4 verschiedene Schranken fest:[42] Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG erlaubt die gesetzliche Festlegung von sog. **sicheren Drittstaaten** außerhalb der Europäischen Mitgliedsstaaten (qualifizierter Gesetzesvorbehalt, § 4 Rn. 6). Darunter sind Staaten zu verstehen, die der GFK und der EMRK beigetreten sind und die deren Einhaltung gewährleisten.[43] Reisen Asylsuchende über einen solchen Staat nach Deutschland ein, können sie sich *nicht* auf das Asylrecht aus Art. 16a Abs. 1 GG berufen.

Liste sicherer Herkunftsstaaten

30 Art. 16a Abs. 3 GG ermöglicht darüber hinaus die gesetzliche Festlegung sog. **sicherer (verfolgungsfreier) Herkunftsstaaten** (qualifizierter Gesetzesvorbehalt, § 4 Rn. 6). Das sind Staaten, in denen (nach Einschätzung der deutschen Behörden) aktuell keine politische Verfolgung droht und damit ein Asylanspruch gem. Art. 16 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist. Die Vermutung der Verfolgungsfreiheit ist allerdings widerlegbar und kann durch einen entsprechenden Sachvortrag der Asylsuchenden entkräftet werden.[44]

31 Art. 16a Abs. 4 GG sieht eine Einschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen vor, wenn der Asylantrag offensichtlich unbegründet ist bzw. als solcher gilt. Dies ist etwa der Fall, wenn Antragsteller:innen aus einem sicheren Herkunftsland kommen. Die Norm stellt dabei eine spezielle Ausgestaltung (Beschränkung) der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG dar.

Im Rahmen der Schranken-Schranken gelten ferner die allgemeinen Regeln (§ 4 Rn. 19 ff.), insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

d) Wrap-Up: Prüfungsschema

32

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Schutzbereichsbegrenzung: kein Asylrecht bei Herkunft aus sicheren Drittstaaten (Art. 16a Abs. 2 S. 1 GG)

Sachlich: Asyl

politische Verfolgung durch einen Staat

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Verweigerung der Einreise

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. gesetzliches Erfordernis einer Antragsstellung in deutscher Sprache

Jurafuchs

42 Siehe *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 144 ff.; *v. Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 70 ff.

43 Vgl. BVerfGE 94, 49, 90 (Sichere Drittstaaten [1996]).

44 Vgl. BVerfGE 94, 115, 147 (Sichere Herkunftsstaaten [1996]); *v. Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 97 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken: qualifizierte Gesetzesvorbehalte

Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG: sichere Drittstaaten

Art. 16a Abs. 3 GG: sichere Herkunftsstaaten

Art. 16a Abs. 4 GG: Einschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeit

Weiterführende Hinweise

Meßmann/Kornblum, Grundfälle zu Art. 16, 16a GG, JuS 2009, 688; 810
Geiger, Vom Grundrecht auf Asyl zum Gemeinsamen Europäischen Asylsystem, Ad Legendum 2014, 165
Fontana, Verfassungsrechtliche Fragen der aktuellen Asyl- und Flüchtlingspolitik im unions- und völkerrechtlichen Kontext, NVwZ 2016, 735
Funke, Das Flüchtlingsrecht zwischen Menschenrecht, Hilfspflicht und Verantwortung, JZ 2017, 533
Langenfeld, Asyl und Migration unter dem Grundgesetz, NVwZ 2019, 677

II. Vertiefung und Kontextualisierung

Wie sind Fixierungen von Patient:innen in psychiatrischen Einrichtungen zu beurteilen?

In seiner jüngeren Rechtsprechung hat sich das BVerfG mehrfach mit der Fixierung von Patient:innen in psychiatrischen Einrichtungen beschäftigt.[45] Eine bedeutsame Neuausrichtung hat das Gericht dabei im Jahr 2018 vorgenommen:[46] So wurden freiheitsbeschränkende Maßnahmen im Rahmen eines bereits bestehenden Freiheitsentziehungsverhältnisses bis dahin nicht als eigenständige Freiheitsentziehung qualifiziert (etwa die Anordnung von Arrest im Strafvollzug).[47] Dementsprechend war der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 104 GG nicht eröffnet. 33

In seiner Entscheidung zu Fixierung (5-Punkt-Fixierung mit Fesselung an Gliedmaßen und Bauch bzw. 7-Punkt-Fixierung mit Fesselung an allen Gliedmaßen, Bauch, Brust und Stirn) bewertete das BVerfG diese Maßnahmen als eigenständige Freiheitsentziehungen i.S.d. Art. 104 Abs. 2 GG und begründete dies unter anderem mit der besonderen Eingriffsintensität: 34

45 Siehe etwa BVerfGE 149, 293 (Fixierungen [2018]); BVerfG NJW 2020, 675; dazu *Schemmel*, NJW 2020, 651.
46 Ausführlich zu den Auswirkungen für die Praxis *Jürschik/Schulte*, NVwZ 2018, 1695; *Rodenbusch*, NStZ 2019, 10; *Rodenbusch*, NJW 2020, 2509; *Tomerius*, NVwZ 2021, 289.
47 BVerfGE 130, 76, 111 (Vitos Haina [2012]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> ▶ Sowohl eine 5-Punkt- als auch eine 7-Punkt-Fixierung weisen jedoch im Verhältnis zu diesen Maßnahmen eine Eingriffsqualität auf, die von der richterlichen Unterbringungsanordnung nicht gedeckt ist und eine Einordnung als eigenständige Freiheitsentziehung rechtfertigt […]. Die Fortbewegungsfreiheit des Betroffenen wird bei dieser Form der Fixierung nach jeder Richtung hin vollständig aufgehoben und damit über das bereits mit der Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung verbundene Maß, namentlich die Beschränkung des Bewegungsradius auf die Räumlichkeiten der Unterbringungseinrichtung, hinaus beschnitten. Die besondere Intensität des Eingriffs folgt bei der 5-Punkt- und der 7-Punkt-Fixierung zudem daraus, dass ein gezielt vorgenommener Eingriff in die Bewegungsfreiheit als umso bedrohlicher erlebt wird, je mehr der Betroffene sich dem Geschehen hilflos und ohnmächtig ausgeliefert sieht.
>
> **BVerfGE 149, 293**, 320 f. (Fixierungen [2018]) ◀

35 Die Anordnung solcher nicht nur kurzfristigen Fixierungen löst damit den Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG (abermals) aus. Der Staat muss hierzu die Erreichbarkeit eines oder einer zuständigen Richter:in gewährleisten. Zudem betont das BVerfG die strengen Anforderungen an die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs.[48]

2. Was schützt Art. 104 GG?

36 Art. 104 GG ist ein **grundrechtsgleiches Recht** (§ 25 Rn. 3) und kann damit zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 4) gemacht werden. Er steht zudem in einem engen Zusammenhang zur Freiheit der Person gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG. Sichtbar wird dies bei der Konkretisierung der Schranken des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG (§ 18 Rn. 7 ff.) durch Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.[49] Zudem sieht Art. 104 Abs. 2–4 GG bestimmte verfahrensmäßige Anforderungen bei Freiheitsentziehungen vor.

37 Darüber hinaus enthält Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG ein Verbot der seelischen und körperlichen Misshandlung von festgehaltenen Personen (vgl. die Grundrechtsgeltung in besonderen Gewaltverhältnissen, § 3 Rn. 14 f.).[50] Das **Misshandlungsverbot** ist Ausfluss der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG, § 7 Rn. 8) und wirkt damit absolut: Jede Form der Misshandlung stellt eine Grundrechts*verletzung* dar. Eine einfachgesetzliche Konkretisierung enthält etwa § 136a StPO. Aussagen, die unter Verletzung des Misshandlungsverbots getätigt wurden, dürfen gem. § 136a Abs. 3 StPO nicht verwendet werden (**Beweisverwertungsverbot**). Dies gilt selbst dann, wenn der oder die Betroffene in die Verwertung der Aussage einwilligt.

48 Vgl. BVerfGE 149, 293, 323 (Fixierungen [2018]).
49 Vgl. BVerfGE 58, 208, 220 (Baden-Württembergisches Unterbringungsgesetz [1981]).
50 *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16a, Rn. 30 ff.; *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 104, Rn. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Was schützt Art. 16 GG?

38 Art. 16 GG enthält zwei Grundrechte:[51] Absatz 1 normiert das Verbot der Entziehung und die Beschränkung des **Verlusts der deutschen Staatsbürgerschaft;** Absatz 2 sieht ein **Auslieferungsverbot** für Deutsche an das Ausland vor.



Jurafuchs

39 Art. 16 Abs. 1 GG schützt *nur* deutsche Staatsangehörige, nicht sog. **Status-Deutsche,** also Deutsche ohne deutsche Staatsangehörigkeit (vgl. Art. 116 Abs. 1 GG). Die Vorschrift differenziert dabei *einerseits* zwischen Entziehung (S. 1) und sonstigen Arten des Verlusts (S. 2) sowie *anderseits* zwischen dem Verlust mit und gegen den Willen der Betroffenen (S. 2 Var. 1 und 2). Besonders die Abgrenzung zwischen einer stets unzulässigen Entziehung und einem Verlust gegen den Willen der Betroffenen kann dabei im Einzelfall entscheidend sein.[52] Das BVerfG betont das Kriterium der Vermeidbarkeit:

> ▶ Die Auslegung des Entziehungsbegriffs kann daher nur an den allgemeinen und unumstrittenen Zweck des Entziehungsverbots anknüpfen. [...] Entziehung ist danach jede Verlustzufügung, die die – für den Einzelnen und für die Gesellschaft gleichermaßen bedeutsame – **Funktion der Staatsangehörigkeit als verlässliche Grundlage gleichberechtigter Zugehörigkeit** beeinträchtigt.
>
> Eine Beeinträchtigung der Verlässlichkeit und Gleichheit des Zugehörigkeitsstatus liegt insbesondere in jeder **Verlustzufügung, die der Betroffene nicht oder nicht auf zumutbare Weise beeinflussen kann**.
>
> **BVerfGE 116, 24, 44 (Einbürgerung [2006])** ◀

40 Art. 16 Abs. 2 GG schützt alle Deutschen i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG vor **Auslieferung,** also vor der Entfernung aus Deutschland und der Überführung an eine ausländische Hoheitsgewalt. Nicht erfasst ist dagegen die sog. **Rücklieferung** eines bzw. einer vom Ausland vorübergehend an Deutschland ausgelieferten und nun zurückzuführenden Deutschen.[53] Das BVerfG hat den Zweck des Auslieferungsverbots in seiner Entscheidung zum **Europäischen Haftbefehl** bestimmt:[54]



Der Fall „Puigdemont"

> ▶ Der Zweck des Freiheitsrechts auf Auslieferungsschutz liegt nicht darin, den Betroffenen einer gerechten Bestrafung zu entziehen. Vielmehr sollen Bürger nicht gegen ihren Willen aus der ihnen vertrauten Rechtsordnung entfernt werden. Jeder Staatsangehörige soll – soweit er sich im Staatsgebiet aufhält – vor den **Unsicherheiten einer Aburteilung unter einem ihm fremden Rechtssystem** und in für ihn schwer durchschaubaren fremden Verhältnissen bewahrt werden.
>
> **BVerfGE 113, 273, 293 (Europäischer Haftbefehl [2005])** ◀

41 Auslieferungen sind indessen unter den engen Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG (qualifizierter Gesetzesvorbehalt, § 4 Rn. 6) möglich. Insbeson-

51 Eine Übersicht bietet *Hufeld*, JA 2007, 41.
52 Siehe *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16, Rn. 33 ff.; *v. Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16, Rn. 28 ff.
53 So BVerfGE 29, 183, 193 (Rücklieferung [1970]); *v. Arnauld/Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 16, Rn. 57.
54 Dazu *Hufeld*, JuS 2005, 865; *Schäfer*, JuS 2019, 856.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dere müssen in dem Staat, an welchen die Auslieferung stattfindet, rechtsstaatliche Grundsätze garantiert sein.[55]

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie wird die Freiheit der Person auf europarechtlicher Ebene geschützt?

◆ 42 Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK garantiert ein Recht auf Freiheit und Sicherheit. Schutzgut des Rechts auf Freiheit ist – wie bei Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG – nur die körperliche *Fort*bewegungsfreiheit, also die Freiheit zu wählen, ob man einen Aufenthaltsort verlässt und sich an einen anderen Ort begibt. Im Gegensatz zur grundgesetzlichen Norm schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK allerdings nur vor Freiheitsentziehung; nicht erfasst sind bloße Freiheitsbeschränkungen. Diese fallen in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK. Die Abgrenzung richtet sich insbesondere nach der Intensität der Maßnahme. Der EGMR berücksichtigt dabei alle Umstände des Einzelfalls, wie etwa Art, Dauer und Auswirkungen der Maßnahme.[56] Insofern sind durchaus Parallelen zur Abgrenzungspraxis durch das BVerfG (§ 18 Rn. 7) zu ziehen. Ob der jeweilige Staat das Vorliegen einer Freiheitsentziehung anerkennt, ist für die Beurteilung durch den EGMR hingegen nicht entscheidend. Die Nennung der „Sicherheit" in Art. 5 EMRK wird als unerheblich eingestuft.[57]

◆ 43 Art. 5 EMRK spielt darüber hinaus nicht nur in der Rechtsprechung des EGMR eine große Rolle, sondern auch auf nationaler Ebene. Ein Beispiel dafür ist die *nachträgliche* Sicherungsverwahrung (§ 25 Rn. 25): Entgegen der (damaligen) Rechtsauffassung des BVerfG[58] hat der EGMR[59] eine solche Maßnahme als grundrechtswidrig eingestuft und damit eine Neuausrichtung der Rechtsprechung des BVerfG[60] und eine gesetzliche Neuregelung der Sicherungsverwahrung bewirkt.

◆ 44 Eingriffe in Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK stehen unter Gesetzesvorbehalt. Neben der Prüfung der Einhaltung der innerstaatlichen Regelungen stellt Art. 5 EMRK auch konkrete Anforderungen an das staatliche Recht:[61] Dazu enthält Art. 5 Abs. 1 S. 2 EMRK eine abschließende Aufzählung an Haftgründen, aufgrund derer eine Freiheitsentziehung zulässig ist.

◆ 45 Darüber hinaus verlangt der EGMR, anknüpfend an den Begriff der „Rechtmäßigkeit", die Gewährleistung allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze.[62] So muss zur Vermeidung staatlicher Willkür die gesetzliche Grundlage für

55 Vgl. BVerfGE 113, 273, 299 (Europäischer Haftbefehl [2005]); ausführlich *Schorkopf*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006.
56 Siehe EGMR v. 26.6.2014, 26587/07 – Krupko ua/Russland; EGMR v. 6.11.1980, 7367/76 – Guzzardi/Italien.
57 EGMR v. 1.6.2004, 24561/94, Rn. 57 – Altun.
58 BVerfGE 109, 133 (Langfristige Sicherheitsverwahrung [2004]).
59 EGMR v. 17.12.2009, 19359/04 – M./Deutschland.
60 BVerfGE 128, 326 (EGMR Sicherungsverwahrung [2011]).
61 EGMR v. 19.9.2013, 17167/11 – H.W./Deutschland.
62 EGMR v. 9.7.2009,11364/03, Rn. 72 – Mooren/Deutschland.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Freiheitsentziehung hinreichend bestimmt sein.[63] Ferner müssen gem. Art. 5 Abs. 2–4 EMRK bestimmte verfahrensmäßige Vorkehrungen (bspw. Richtervorbehalt in Abs. 3) getroffen werden, um ein **faires Verfahren** sicherzustellen. Schließlich nimmt der EGMR eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall vor.

Die Normierung der „Freiheit und Sicherheit der Person" in der EU-GRCh ist eng an die der EMRK ausgelegt: Art. 6 EU-GRCh entspricht wortgleich der Vorschrift des Art. 5 EMRK. Die Bedeutung und Reichweite des Rechts aus Art. 6 EU-GRCh bestimmt sich daher maßgeblich nach dem Konventionsrecht.[64] Einschränkungen sind unter den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh möglich. Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh ist dabei den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 2–4 EMRK Rechnung zu tragen.[65] 46

2. Wie wird die Freizügigkeit auf europarechtlicher Ebene geschützt?

Das Recht auf Freizügigkeit wird in Art. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK gewährleistet. Danach hat jede Person, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht, sich dort frei zu bewegen und ihren Wohnsitz frei zu wählen. Anders als Art. 11 GG gilt das Recht damit für jedermann, der sich rechtmäßig im Staatsgebiet aufhält, also unabhängig von der Staatsangehörigkeit. Ein Recht auf Einreise in ein bestimmtes Staatsgebiet ergibt sich daraus nicht. Demgegenüber normiert Art. 2 Abs. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK ein ausdrückliches **Recht auf Ausreise**. Einschränkungen des Rechts auf Freizügigkeit sind unter den Voraussetzungen der Abs. 3 und 4 möglich. 47

Den Kern des europäischen Freizügigkeitsrechts bilden die Grundfreiheiten der Art. 45 ff. AEUV (§ 2 Rn. 7 f.). Die „Freizügigkeit" ist dabei nicht weniger als die Grundlage für die Schaffung und Entwicklung eines europäischen Binnenmarkts. Darüber hinaus gewährleistet Art. 21 Abs. 1 AEUV ein **allgemeines Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht** aller Unionsbürger:innen im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten, unabhängig von einer wirtschaftlichen Betätigung. Dieses gilt allerdings nur „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen".[66] Umstritten ist ferner, ob es sich bei Art. 21 AEUV um eine objektiv-rechtliche Grundfreiheit oder ein subjektiv-rechtliches Grundrecht[67] handelt.[68] 48

Besondere Bedeutung in der Rechtsprechung des EuGH hat Art. 21 AEUV i.V.m. Art. 18 AEUV (allgemeines Diskriminierungsverbot, § 24 Rn. 42 ff.) erhalten: Verboten sind demnach alle Maßnahmen, durch die Unionsbürger:innen im Zusammenhang mit der Ausübung des Aufenthaltsrechts schlechter gestellt 49

63 EGMR v. 23.10.2008, 2440/07, Rn. 111 – Soldatenko/Ukraine; EGMR v. 13.12.2013, 39630/09, Rn. 236 – El-Masri.
64 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2019:765, Rn. 42 – EP.
65 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2017:213, Rn. 37 – Al Chodor.
66 Neben den Vertragsbestimmungen der EUV und AEUV sind hierzu insbesondere die Vorgaben der Richtlinie 2004/38/EG vom 29.4.2004 zu beachten.
67 So der EuGH, ECLI:EU:C:2002:493, Rn. 80 ff. – Baumbast.
68 Zur Diskussion *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 21, Rn. 19 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden als die Staatsbürger:innen des jeweiligen Mitgliedsstaates (etwa mit Blick auf Anspruch auf Sozialleistungen[69]).[70]

3. Wie wird das Asylrecht auf europarechtlicher Ebene geschützt?

◆ 50 Das Asylrecht findet keine ausdrückliche Verbürgung in der EMRK oder ihren Zusatzprotokollen. So finden sich in den Art. 3 und 4 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK vor allem **Auslieferungsverbote** und -beschränkungen. Danach darf niemand aus dem Hoheitsgebiet des Staates ausgewiesen werden, dessen Angehörige:r er oder sie ist bzw. darf niemandem das Recht entzogen werden, in das Hoheitsgebiet des Staates einzureisen, dessen Angehörige:r er oder sie ist. Darüber hinaus verbietet Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK die **Kollektivausweisung** ausländischer und staatenloser Personengruppen. Ferner kann sich ein Auslieferungsverbot aus der drohenden Verletzung anderer Konventionsbestimmungen ergeben. So stellt etwa die Auslieferung bei drohender Todesstrafe einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK (Folterverbot, § 7 Rn. 37) dar.[71]

◆ 51 Die EU-GRCh gewährleistet in Art. 18 EU-GRCh das Recht auf Asyl nach Maßgabe der GFK und der EU-Verträge. Art. 18 EU-GRCh schützt – entsprechend Art. 33 GFK – vor einer Ausweisung oder Zurückweisung in den Herkunftsstaat, in dem eine Verfolgung aufgrund asylrechtlicher Gründe droht (***refoulement***-Verbot bzw. Zurückweisungsverbot).[72] Art. 18 EU-GRCh ist daher, auch wenn die Norm keine eigenständigen inhaltlichen Aussagen über das Asylrecht trifft, ein subjektives (einklagbares) Recht und kein bloßer Grundsatz i.S.v. Art. 52 Abs. 5 EU-GRCh.[73] Darüber hinaus schützt Art. 19 EU-GRCh vor Kollektivausweisungen (Abs. 1) und vor Abschiebungen, Ausweisungen oder Auslieferungen an Staaten, in denen Folter oder die Todesstrafe drohen (Abs. 2). Bedeutung und Reichweite richten sich dabei gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh nach Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 4 zur EMRK.

◆ 52 Ferner bildet Art. 78 AEUV die Grundlage für die Entwicklung eines gemeinsamen **Europäischen Asylsystems**.[74] Eine gemeinsame Asylpolitik erfordert dabei insbesondere die Vereinheitlichung von Schutzstandards und von Verfahrensregelungen und eine Abstimmung über die Zuständigkeiten der Mitgliedsstaaten zur Prüfung von Asylanträgen. In diesem Zusammenhang ist vor allem das sog. Dublin-Verfahren zu nennen, welches maßgeblich auf den Dublin-Verordnungen fußt und die Zuständigkeit für die Durchführung des Asylverfahrens in einem EU-Mitgliedstaat regelt.[75]

---

69 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2001:458 – Grzelczyk; EuGH, ECLI:EU:C:2002:493 – Baumbast; EuGH, ECLI:EU:C:2020:794 – Jobcenter Krefeld; ferner *Steiger*, EuR 2018, 304.

70 *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 21, Rn. 7 ff.

71 Vgl. EGMR v. 7.7.1989, 14038/88 – Soering.

72 *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 18, Rn. 2; *Markard*, AVR 52 (2014), 449, siehe ferner Special Issue zum Thema *Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations*, German Law Journal 21 (2020), 311 ff.

73 Siehe *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 18, Rn. 2; *Groß*, ZAR 2013, 106; a.A. *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 18, Rn. 3.

74 Dazu *Hailbronner*, RuP 2016, 68.

75 Zum sog. Dublin-Asylsystem siehe *Bergmann*, ZAR 2015, 81.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 19 Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG 2
a) Was ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht? 2
b) Was ist der persönliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts? 4
c) Was ist der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts? 6
d) Zu welchen Grundrechten steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konkurrenz? .. 8
e) Wie können Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden? 9
f) Wrap-Up: Prüfungsschema 14
2. Fallgruppen der Kautelarpraxis ... 15
a) Was umfasst die Fallgruppe der „Darstellung der Person in der Öffentlichkeit“? 15
b) Was umfasst die Fallgruppe des „Schutzes der engeren persönlichen Lebensgestaltung“? 18
c) Was umfassen das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ und das „Computer-Grundrecht“? 23
II. Vertiefung und Kontextualisierung 26
1. Gibt es ein Recht auf Vergessen? .. 26
2. Wie ist die automatisierte Kennzeichenerfassung durch die Polizei zu beurteilen? 29
3. Was sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an heimliche Überwachungsmaßnahmen? 32
III. Europarechtliche Dogmatik 34
1. Wie wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf europarechtlicher Ebene gewährleistet? 34
2. Wie wird der Schutz personenbezogener Daten auf europarechtlicher Ebene gewährleistet? 40

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- den Schutzgegenstand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 19 Rn. 6)
- die einzelnen anerkannten Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 19 Rn. 7)
- ◆ den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf europarechtlicher Ebene (§ 19 Rn. 34 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Besonderheiten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Vergleich zu anderen Grundrechten (§ 19 Rn. 2 f.)
- die Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 19 Rn. 9)
- ◆ den Schutz personenbezogener Daten auf europarechtlicher Ebene (§ 19 Rn. 40 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 19 Rn. 14)
- die Anwendung der Sphärentheorie (§ 19 Rn. 10 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- inwieweit die automatisierte Kennzeichenerfassung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu vereinbaren ist (§ 19 Rn. 29 ff.)
- unter welchen Voraussetzungen sich juristische Personen auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen können (§ 19 Rn. 5)
- die einzelnen Inhalte der verschiedenen Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 19 Rn. 15 ff.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- ob es ein Recht auf Vergessen geben kann (§ 19 Rn. 26 ff.)
- welche verfahrensmäßigen Anforderungen an heimliche staatliche Überwachungsmaßnahmen zu stellen sind (§ 19 Rn. 32 f.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zur Bedeutung der Menschenwürde im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 19 Rn. 11)
- wie sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor dem Hintergrund des informationstechnischen Fortschritts entwickelt hat (§ 19 Rn. 23 ff.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

a) Was ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht?

2 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein **unbenanntes Freiheitsgrundrecht**, es ist nicht ausdrücklich normiert. Abgeleitet wird dieses Recht aus der Verfassung in einer Zusammenschau aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Das BVerfG betont vor allem zwei Funktionen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts:[1]

1 Vgl. *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- der Schutz der freien Entfaltung der individuellen Persönlichkeit und
- die Schließung von Lücken im Grundrechteschutz mit Blick auf die sich stetig wandelnden Lebensverhältnisse.



APR: Einführung und Schutzbereich

In den Worten des BVerfG:

> ▶ Dieses ergänzt als „unbenanntes" Freiheitsrecht die speziellen („benannten") Freiheitsrechte, die, wie etwa die Gewissensfreiheit oder die Meinungsfreiheit, **ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit** schützen. Seine Aufgabe 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**, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen; diese Notwendigkeit besteht namentlich auch im Blick auf **moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit**. Wie der Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 1 GG zeigt, enthält das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG ein Element der „freien Entfaltung der Persönlichkeit", das sich als Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs von dem „aktiven" Element dieser Entfaltung, der allgemeinen Handlungsfreiheit, abhebt. Demgemäß müssen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts enger gezogen werden als diejenigen der allgemeinen Handlungsfreiheit: **Es erstreckt sich nur auf Eingriffe, die geeignet sind, die engere Persönlichkeitssphäre zu beeinträchtigen**.
>
> **BVerfGE 54, 148, 153 (Eppler [1980])** ◀

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht verpflichtet die Legislative ferner dazu, Regelungen zum Persönlichkeitsschutz bereitzuhalten (Schutzpflicht, § 1 Rn. 35 ff.).[2]

Ursprünglich entwickelt hat sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus der zivilrechtlichen Judikatur.[3] Diese erkannte ein allgemeines Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht in § 823 Abs. 1 BGB an (zum Verhältnis zwischen dem zivilrechtlichen und dem grundrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht siehe die Ausführungen zu den Caroline-Entscheidungen, § 12 Rn. 63 ff.). 3

b) Was ist der persönliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Geschützt sind alle natürlichen Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Da allerdings nur lebende Menschen ihre Persönlichkeit zu entfalten vermögen, können sich Tote nicht auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berufen. Der **postmortale Persönlichkeitsschutz** (§ 7 Rn. 4) ergibt sich allein aus der Menschenwürdegarantie. 4

2 BVerfG 152, 152, Rn. 86 (Recht auf Vergessen I [2019]).
3 Siehe BGHZ 13, 334 (Veröffentlichung von Briefen [1954]); 24, 72 (Persönlichkeitsrecht [1957]); 26, 349 (Herrenreiter [1958]); ferner BVerfGE 34, 269 (Soraya [1973]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5 Juristische Personen können sich gem. Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) nur auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen, soweit das jeweilige Recht in seiner konkreten Ausprägung wesensmäßig auf juristische Personen anwendbar ist.[4] Dies ist dann *nicht* der Fall, wenn das Recht gerade auf menschlichen Eigenschaften fußt, wenn die konkrete Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausschließlich im Interesse der *Menschen*würde gewährt wird (z.B. Schutz der Intimsphäre oder Schutz vor Zwang zur Selbstbezichtigung).[5] Demgegenüber hat das BVerfG den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für solche Ausprägungen auf juristische Personen erstreckt, in denen diese sich in einer für natürliche Personen typischen Gefährdungslage befinden (z.B. Recht am eigenen Bild oder Wort).[6] Vergleichbar dürfte auch die Gefährdungslage beim Schutz vor Datenerhebungen und -verwertungen sein (Recht auf informationelle Selbstbestimmung).[7]

c) Was ist der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts?

6 Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schützt die **autonome Selbstbestimmung** als konstituierendes Element der Persönlichkeit:[8]

> ▶ Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen **autonomen Bereich privater Lebensgestaltung**, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Hierzu gehört auch das Recht, in diesem Bereich „für sich zu sein", „sich selber zu gehören".
>
> **BVerfGE 35, 202, 220 (Lebach [1973])** ◀

7 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann diesen Schutzauftrag nur dann wirksam erfüllen, wenn es gegenüber neuen Gefährdungslagen für die menschliche Persönlichkeit offen ist. Der Schutzbereich ist daher weit zu verstehen und wird eingriffsbezogen definiert.[9] Im Laufe der Zeit hat sich eine Kasuistik typischer Eingriffsmuster entwickelt, die zu einer Ausprägung durchaus sehr unterschiedlicher und keineswegs abschließender Konkretisierungen dieses Rechts geführt haben. Sie werden in der rechtswissenschaftlichen Literatur uneinheitlich systematisiert.[10] Das BVerfG hat in seiner Rechtsprechung vor allem folgende Fallgruppen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts konturiert:

- die Darstellung der Person in der Öffentlichkeit (§ 19 Rn. 15 ff.);
- der Schutz der engeren persönlichen Lebensgestaltung (§ 19 Rn. 18 ff.);

4 Vgl. *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 84.
5 Vgl. BVerfGE 95, 220, 242 f. (Aufzeichnungspflicht [1997]).
6 Vgl. BVerfGE 106, 28, 43 f. (Mithörvorrichtung [2002]).
7 BVerfGE 118, 168, 203 (Kontostammdaten [2007]).
8 BVerfGE 54, 148, 153 (Eppler [1980]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 58; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 86 f.
9 Vgl. BVerfGE 95, 220, 241 (Aufzeichnungspflicht [1997]).
10 Siehe etwa *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 76 ff., der zwischen Selbstbestimmung, Selbstbewahrung und Selbstdarstellung differenziert.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. Computer-Grundrecht) (§ 19 Rn. 23 ff.).

d) Zu welchen Grundrechten steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konkurrenz?

Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kommt im System der Grundrechte eigenständige Bedeutung zu. 8

Im Verhältnis zu den speziellen Freiheitsrechten ist zu unterscheiden:[11]

- Werden Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das andere Grundrecht konkretisiert, so geht dieses als *lex specialis* vor (zur Abgrenzung von Post-, Brief- und Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 GG und Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 GG, § 20 Rn. 50).[12]
- Zu Grundrechten mit anderer Schutzrichtung (etwa Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG) steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Idealkonkurrenz (vgl. Grundrechtskonkurrenzen, § 5 Rn. 3).

e) Wie können Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden?

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergibt sich aus der Zusammenschau von Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die Struktur der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht orientiert sich maßgeblich an Art. 2 Abs. 1 GG. Daher gilt auch hier die Schranke des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG (§ 21 Rn. 12). Die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG, § 7 Rn. 8) markiert dagegen den abwägungsfesten Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: Beeinträchtigungen dieses Bereichs sind unzulässig und nicht zu rechtfertigen.[13] 9

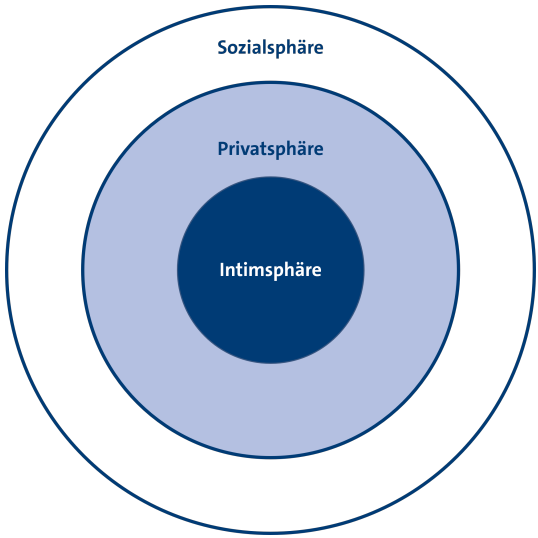
APR: Eingriff und Rechtfertigung

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung greift das BVerfG auf die sog. **Sphärentheorie** zurück: Staatliche Maßnahmen können danach je nach Eingriffsintensität in drei unterschiedliche Sphären eingeordnet werden, für die wiederum unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen gelten.[14] 10

JuS 2012, 1093
JuS 2016, 997
JuS 2017, 132

11 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 59.
12 Vgl. BVerfGE 109, 279, 325 f. (Großer Lauschangriff [2004]); 115, 166, 188 f. (Kommunikationsverbindungsdaten [2006]).
13 Vgl. BVerfGE 34, 238, 245 (Tonband [1973]); ferner *Desoi/Knierim*, DÖV 2011, 398.
14 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 106 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -



11 Die innerste Sphäre ist die **Intimsphäre**. Diese ist Ausdruck des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und damit als unantastbarer Menschenwürdekern einer Abwägung entzogen (**absoluter Kernbereichsschutz**).[15] Ist ein menschliches Verhalten der Intimsphäre zuzuordnen und wird durch eine staatliche Maßnahme in diese eingegriffen, so kann es wie bei der Menschenwürde keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung geben; eine solche darf nicht geprüft werden (auch keine Verhältnismäßigkeit, § 4 Rn. 30 ff.). Welches Verhalten in die Intimsphäre fällt, lässt sich nur schwer *positiv* bestimmen. Insoweit bietet sich eine *negative* Abgrenzung zur Privat- und Sozialsphäre an. Demnach ist zumindest jedes Verhalten erfasst, dem ein irgendwie gearteter Sozialbezug fehlt, sei es in Bezug auf eine weitere Person oder die Öffentlichkeit. Man denke etwa an den Bereich der Sexualität[16] oder an nichtöffentlich geführte Selbstgespräche[17]. Geschützt ist auch die nichtöffentliche Kommunikation über innere Vorgänge (Empfindungen, Gefühle) mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens (Ehe- oder Lebenspartner:in, Geistliche), die in der berechtigten Annahme geführt wird, nicht überwacht zu werden, wie es insbesondere bei Gesprächen im Bereich der Wohnung (§ 20 Rn. 24) der Fall ist.[18]

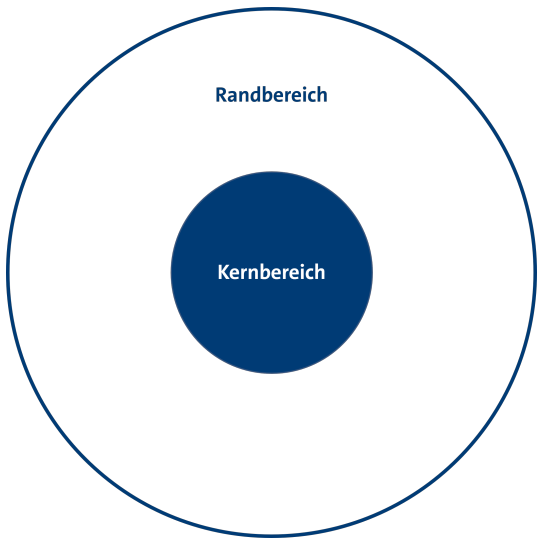
12 Die mittlere Sphäre betrifft die **Privatsphäre** und damit das „nichtöffentliche Leben", etwa ein Treffen mit Freunden. Die **Sozialsphäre**, als äußere Sphäre, umfasst hingegen auch das Leben im öffentlichen Raum, also bspw. den Besuch eines Fußballspieles oder Konzerts. Eingriffe in die Privat- und Sozialsphäre sind einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung insbesondere in Form einer

15 Vgl. BVerfGE 109, 279, 327 ff. (Großer Lauschangriff [2004]); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 88 f.; allgemein zum Kernbereich privater Lebensgestaltung *Schneider*, JuS 2021, 29.
16 Vgl. BVerfGE 80, 367, 376 ff. (Tagebuch [1989]); 119, 1, 29 f. (Roman Esra [2007]).
17 Vgl. BGHSt 57, 71 (Selbstgespräch [2011]).
18 Vgl. BVerfGE 141, 220, 276 f. (Bundeskriminalamtsgesetz [2016]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verhältnismäßigkeitsprüfung grundsätzlich zugänglich. Dabei gilt: je näher der Eingriff an die Intimsphäre rückt, desto höher sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den mit dem Eingriff verfolgten Zweck.

Harte Grenzen zwischen den einzelnen Sphären gibt es nicht; vielmehr sind die Übergänge fließend. Zuweilen differenziert das BVerfG daher nur noch zwischen dem „**Kernbereich privater Lebensgestaltung**“ und dem „**Randbereich**“:[19] 13



f) Wrap-Up: Prüfungsschema

14

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

- kein postmortaler Persönlichkeitsschutz
- juristische Personen über Art. 19 Abs. 3 GG bei wesensgemäßer Anwendbarkeit

Sachlich: Schutz der autonomen Selbstbestimmung

- die Darstellung der Person in der Öffentlichkeit
- der Schutz der engeren persönlichen Lebensgestaltung
- das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Computer-Grundrecht

Jurafuchs

19 Vgl. BVerfGE 156, 63, Rn. 206 ff. (Elektronische Aufenthaltsüberwachung [2020]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. hoheitliche Anordnung der Durchsuchung eines/einer Strafgefangenen

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. automatisierte Kennzeichenerfassung

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

einfacher Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeit

insb. Sphärentheorie

Sozial- und Privatsphäre: Abwägung zwischen Eingriffsintensität und verfolgtem Zweck

Intimsphäre: keine Rechtfertigung möglich

Weiterführende Hinweise

Schoch, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Jura 2008, 352
Kahl/Ohlendorf, Grundfälle zu Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, JuS 2008, 682
Germann, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Jura 2010, 734
Albers, Grundrechtsschutz der Privatheit, DVBl. 2010, 1061
Britz, Schutz informationeller Selbstbestimmung gegen schwerwiegende Grundrechtseingriffe, JA 2011, 81
Ehmann, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Jura 2011, 437
Schertz, Der Schutz des Individuums in der modernen Mediengesellschaft, NJW 2013, 721
Frenz, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung – Stand nach dem Antiterrordatei-Urteil des BVerfG, JA 2013, 840
Eifert, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, Jura 2015, 1181
Kühling/Sackmann, Das Mehrebenensystem der Datenschutzgrundrechte im Lichte der Rechtsprechung von BVerfG und EuGH, Jura 2018, 364
Britz, Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I 1 GG) – Verfassungsversprechen zwischen Naivität und Hybris?, NVwZ 2019, 672
Brüggen/Towfigh, Allgemeines Persönlichkeitsrecht 2.0: Braucht das APR im digitalen Zeitalter ein Update?, ZJS 2021, 436
Hebeler/Berg, Die Grundrechte im Lichte der Digitalisierung – Teil II: Grundrechte zum Schutz persönlicher Daten, JA 2021, 617

2. Fallgruppen der Kautelarpraxis

a) Was umfasst die Fallgruppe der „Darstellung der Person in der Öffentlichkeit"?

15 Diese Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistet Einzelnen ein Selbstbestimmungsrecht darüber, wie sie sich in der Öffentlichkeit darstellen. Geschützt ist dabei die Entscheidung, „ob, wann und wie [man] sich in der

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Öffentlichkeit darstellen will".[20] Das BVerfG macht allerdings deutlich, dass der Schutz des Grundrechts nicht so weit reicht,



APR: Die Darstellung der Person in der Öffentlichkeit

> ▶ daß es dem Einzelnen einen Anspruch darauf verliehe, in der Öffentlichkeit nur so dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht oder von anderen gesehen werden möchte. Jedenfalls wird er aber vor **verfälschenden oder entstellenden Darstellungen seiner Person geschützt**, die von nicht ganz unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung sind.
>
> **BVerfGE 99, 185, 194 (Scientology [1998])** ◀

Anerkannte Gehalte dieser Fallgruppe sind das Recht am eigenen Bild, das Recht am eigenen Wort und der Schutz der persönlichen Ehre: 16



JuS 2013, 522
JA 2015, 366

- Das **Recht am eigenen Bild** gibt dem bzw. der Einzelnen Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeiten, soweit es um die Anfertigung und Verwendung von Fotografien oder Aufzeichnungen seiner bzw. ihrer Person durch andere geht (vgl. Caroline-Entscheidungen, § 12 Rn. 63 ff. und die Entscheidungen des BVerfG zum Recht auf Vergessen, § 19 Rn. 26 ff.).[21]
- Das **Recht am eigenen Wort** schützt sowohl davor, dass einer Person fremde Äußerungen „in den Mund gelegt werden"[22] als auch vor dem heimlichen Mithören von Gesprächen durch Dritte.[23] Das heimliche Mithören kann auch als Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (§ 19 Rn. 23 ff.) gewertet werden. Hier zeigt sich, wie sich die Fallgruppen bisweilen überschneiden können; die Systematisierung der Fallgruppen dient nur dem besseren Zugriff auf die einzelnen Gewährleistungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, eine darüber hinausgehende (rechtliche) Relevanz kommt ihr nicht zu.
- Schließlich ist das **Recht auf persönliche Ehre** zu nennen. Dieses ist betroffen, wenn durch Äußerungen das Bild einer Person in der Öffentlichkeit verächtlich gemacht oder herabgewürdigt wird.[24]

Neben seiner abwehrrechtlichen Funktion kommt dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch eine leistungsrechtliche Dimension (§ 1 Rn. 29 f.) zu. So kann bspw. als Reaktion auf eine unerwünschte mediale Berichterstattung ein Recht auf wirkungsgleiche **Gegendarstellung** erwachsen.[25] Im Zentrum steht dabei das Spannungsverhältnis zwischen Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) und Persönlichkeitsschutz, insbesondere bei Personen des öffentlichen Lebens.[26] 17

20 Siehe etwa *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 94.
21 Vgl. BVerfGE 101, 361, 381 (Caroline von Monaco II [1999]); ferner BVerfG NJW 2017, 1376; NJW 2019, 1277; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 175.
22 Vgl. BVerfGE 54, 148, 155 (Eppler [1980]); ferner *Holznagel*, MMR 2018, 18.
23 Vgl. BVerfGE 106, 28 (Mithörvorrichtung [2002]); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 92.
24 Vgl. BVerfGE 54, 208, 217 (Böll [1980]); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 171.
25 Vgl. BVerfGE 97, 125, 148 f. (Caroline von Monaco I [1998]); zu den Grenzen des Gegendarstellungsanspruchs siehe BVerfG NJW 2021, 1585.
26 Dazu *Frenz*, NJW 2012, 1039.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Was umfasst die Fallgruppe des „Schutzes der engeren persönlichen Lebensgestaltung“?

18 Der Schutz der engeren persönlichen Lebensgestaltung erstreckt sich in zwei Richtungen: Die *Wahrung* und die *Entwicklung* der eigenen Persönlichkeit. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet dabei die Grundbedingungen dafür, dass Individuen ihre Identität autonom bestimmen können. Insbesondere die **sexuelle Selbstbestimmung** bzw. die **sexuelle Orientierung** sind davon erfasst;[27] ferner das Recht, das Geschlecht zu wechseln[28] oder über die eigene Fortpflanzung zu entscheiden[29] (**reproduktive Autonomie**). Darüber hinaus ist die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit eng mit dem Schutz des familiären Lebensbereichs (Art. 6 Abs. 1 GG, § 17 Rn. 16 ff.) verknüpft.[30] Dazu gehört auch das **Recht am eigenen Namen**, also die freie Wahl des Vor- und Familiennamens.[31]

JuS 2007, 560 ◆ JuS 2015, 616 JuS 2015, 801 Jura 2016, 923

19 Die selbstbestimmte Entwicklung der Individualität setzt ferner die **Kenntnis über die eigene Abstammung** voraus.[32] Den Staat trifft daher die Verpflichtung, vor der Vorenthaltung verfügbarer Abstammungsinformationen zu schützen (Schutzpflicht, § 1 Rn. 35 ff.).[33] Der Gesetzgeber hat dazu insbesondere das Vaterschaftsfeststellungsverfahren nach § 1600d BGB geschaffen. Ziel des Verfahrens ist die Feststellung der rechtlichen Vaterschaft; ein Anspruch auf Verschaffung von Informationen zum mutmaßlich leiblichen Vater lässt sich daraus nicht begründen. Umgekehrt hat ein Mann Anspruch auf Kenntnis, ob das ihm rechtlich zugeordnete Kind von ihm abstammt.[34]

20 Darüber hinaus wird aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein sog. **Resozialisierungsgebot** abgeleitet. Danach sollen Strafgefangene in die Lage versetzt werden, sich unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch zu behaupten.[35] Strafgefangenen soll damit nach Verbüßung der Haftstrafe ein straffreies Leben in Freiheit ermöglicht werden.[36]

21 Jüngste Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in dieser Fallgruppe ist das **Recht auf selbstbestimmtes Sterben** (vgl. dazu Menschenwürde, § 7 Rn. 35):[37]

27 Vgl. BVerfGE 47, 46, 73 f. (Sexualkundeunterricht [1977]); 121, 175, 190 (Transsexuelle V [2008]); 147, 1 (Geschlechtliche Identität [2017]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 61 f.

28 Vgl. BVerfGE 49, 286, 297 ff. (Transsexuelle I [1978]); 128, 109, 124 ff. (Lebenspartnerschaft von Transsexuellen [2011]).

29 Vgl. BVerfGE 88, 203, 254 (Schwangerschaftsabbruch II [1993]).

30 Vgl. BVerfGE 57, 170, 177 ff. (Briefkontrolle [1981]).

31 Vgl. BVerfGE 109, 256 (Ehename [2004]); 123, 90 (Mehrfachnamen [2009]); ferner *Spilker*, JuS 2016, 988.

32 Vgl. BVerfGE 79, 256 (Kenntnis der eigenen Abstammung [1989]); 117, 202 (Vaterschaftsfeststellung [2007]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 60.

33 BVerfGE 141, 186, 202 (Isolierte Vaterschaftsfeststellung [2016]).

34 Vgl. BVerfGE 108, 82, 105 (Biologischer Vater [2003]); zu den Grenzen dieses Rechts BVerfGE 138, 377 (Mutmaßlicher Vater [2015]).

35 Vgl. BVerfGE 35, 202, 236 (Lebach [1973]); 156, 63, Rn. 195 (Elektronische Aufenthaltsüberwachung [2020]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 74.

36 Vgl. BVerfGE 116, 69, 85 (Jugendstrafvollzug [2006]).

37 Eingehend dazu *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 65 f.; *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012; *Hufen*, NJW 2018, 1524; *Klostermann*, Jura 2020, 664; *Lang*, NJW 2020, 1562.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ Die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, ist von **existentieller Bedeutung für die Persönlichkeit eines Menschen**. Sie ist Ausfluss des eigenen Selbstverständnisses und grundlegender Ausdruck der zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Person. Welchen Sinn der Einzelne in seinem Leben sieht und ob und aus welchen Gründen sich eine Person vorstellen kann, ihr Leben selbst zu beenden, unterliegt höchstpersönlichen Vorstellungen und Überzeugungen. **Der Entschluss betrifft Grundfragen menschlichen Daseins und berührt wie keine andere Entscheidung Identität und Individualität des Menschen.** Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasst deshalb nicht nur das Recht, nach freiem Willen lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und auf diese Weise einem zum Tode führenden Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen. **Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben erstreckt sich auch auf die Entscheidung des Einzelnen, sein Leben eigenhändig zu beenden.** Das Recht, sich selbst das Leben zu nehmen, stellt sicher, dass der Einzelne über sich entsprechend dem eigenen Selbstbild autonom bestimmen und damit seine Persönlichkeit wahren kann.

BVerfGE 153, 182, Rn. 209 (Recht auf selbstbestimmtes Sterben [2020]) ◀

Ferner umfasst Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen (**Sterbehilfe**) und angebotene Hilfe in Anspruch zu nehmen.[38] Der gesetzliche Straftatbestand der geschäftsmäßigen Sterbehilfe gem. § 217 StGB ist mit diesem Recht auf selbstbestimmtes Sterben unvereinbar und wurde vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt. 22

c) Was umfassen das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung" und das „Computer-Grundrecht"?

Im Zuge des rasanten informationstechnischen Fortschritts hat das BVerfG bereits 1983 in seiner Entscheidung zur Volkszählung die Bedeutung der **informationellen Selbstbestimmung** zum Schutz der autonomen Selbstbestimmung betont.[39] Die größte Gefahr geht dabei von der bestehenden Informationsasymmetrie zwischen Staat und Bürger:innen aus: So erfassen, sammeln und verarbeiten staatliche Stellen immer mehr Daten. Diese wiederum können die Grundlage zur Erstellung von umfassenden Persönlichkeitsprofilen der einzelnen Bürger:innen bilden. Andersherum ist für die Bürger:innen häufig nicht ersichtlich, *welche* (staatliche) *Stelle*, *welche Daten* über sie sammelt und *wer* diese *speichert* oder darauf *Zugriff hat* (vgl. dazu die automatisierte Kennzeichenkontrolle, § 19 Rn. 29 ff.). Es droht die oft beschworene Gefahr der „**gläsernen Bürger:innen**". Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts soll dem Individuum vor diesem Hintergrund mehr Kontrolle über seine persönlichen Daten verschaffen.[40] Dies ist indessen nicht nur 23

APR: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Computer-Grundrecht

JuS 2012, 223
ZJS 2016, 219
JuS 2020, 1177
Jura 2022, 1223

38 Vgl. BVerfGE 153, 182, Rn. 212 f. (Recht auf selbstbestimmtes Sterben [2020]).
39 BVerfGE 65, 1 (Volkszählung [1983]).
40 Vgl. BVerfGE 78, 77, 84 (Öffentliche Bekanntmachung einer Entmündigung [1988]); 118, 168, 184 (Kontostammdaten [2007]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 75 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 177 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für die individuellen Entfaltungschancen elementar, sondern auch mit Blick auf das Gemeinwohl:

> ▶ [Das allgemeine Persönlichkeitsrecht] 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 bei Entscheidungsprozessen nicht mehr wie früher auf manuell zusammengetragene Karteien und Akten zurückgegriffen werden muß, vielmehr heute mit Hilfe der automatischen Datenverarbeitung Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren Person (**personenbezogene Daten** [vgl. § 2 Abs. 1 BDSG]) 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. [...]
>
> Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende 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. [...] Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungsfähigkeit und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.
>
> **BVerfGE 65, 1**, 41 ff. (Volkszählung [1983]) ◀

24 In jüngerer Zeit sind weitere grundrechtliche Gefährdungslagen im Zusammenhang mit der fortschreitenden Digitalisierung entstanden.[41] Das BVerfG hat diesen Umstand in seiner Entscheidung zur **Online-Durchsuchung** zum Anlass genommen, auch die Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weiterzuentwickeln:

> ▶ Soweit der heimliche Zugriff auf ein informationstechnisches System dazu dient, Daten auch insoweit zu erheben, als Art. 10 Abs. 1 GG nicht vor einem Zugriff

41 Siehe *Papier*, NJW 2017, 3025.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> schützt, bleibt eine Schutzlücke, die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als **Schutz der Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen** zu schließen ist.
>
> BVerfGE 120, 274, 308 (Online-Durchsuchungen [2008]) ◀

Das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – kurz **Computer-Grundrecht** genannt – bietet damit einen umfassenden Schutz vor staatlichem Zugriff auf informationstechnische Systeme (Smartphones, PCs), und zwar auch insoweit, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen wird und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten (vgl. zur Abgrenzung die Ausführungen zur Online-Durchsuchung, § 20 Rn. 48 ff.).[42] 25

Im Zuge der hessischen Verfassungsreform im Jahr 2018 wurde dort in Art. 12a HV das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Datenschutz-Grundrecht) und der Schutz informationstechnischer Systeme (Computer-Grundrecht) ausdrücklich kodifiziert.[43] Inhaltlich entspricht das Landesgrundrecht den geschilderten anerkannten Fallgruppen des grundgesetzlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Sofern die spezifische landesverfassungsrechtliche Regelung über die grundgesetzlichen Gewährleistungen hinausgeht, gilt sie jeweils ausschließlich in dem betreffenden Bundesland (Art. 142 GG, vgl. zum Verhältnis von Grundgesetz und Landesverfassungen, § 1 Rn. 21 f.).

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Gibt es ein Recht auf Vergessen?

Durch das Internet hat sich das Gleichgewicht zwischen Erinnern und Vergessen grundlegend verändert. Mithilfe von Onlinearchiven können Informationen einfach und dauerhaft digital gespeichert werden, Suchmaschinen sorgen dafür, dass sie jederzeit leicht abrufbar sind – und zwar für jedermann:[44] Das Internet vergisst nichts. Was wie ein Segen klingen mag, kann unter Umständen zu einer großen Belastung für Einzelne werden – etwa hinsichtlich einer lange zurückliegenden strafrechtlichen Verurteilung oder eines sozialen Fehlverhaltens, das potenziellen Vermieter:innen, Arbeitgeber:innen oder Partner:innen bei einer namensbezogenen Suche im Internet angezeigt wird. 26

42 BVerfGE 120, 274, 313 (Online-Durchsuchungen [2008]); 141, 220, 269 ff. (Bundeskriminalamtsgesetz [2016]); ferner *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 81 f.; *Eifert*, NVwZ 2008, 521; *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481.

43 Siehe auch Art. 4 Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen; Art. 33 Verfassung von Berlin; Art. 33 Verfassung des Freistaates Sachsen.

44 Vgl. BVerfG 152, 152, Rn. 101 (Recht auf Vergessen I [2019]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

27 Das BVerfG hat sich in zwei jüngeren Entscheidungen mit einem Recht auf Vergessen (§ 2 Rn. 15 ff.) beschäftigt.[45] Im Zentrum stand die Abwägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einmal gegenüber der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) und einmal gegenüber den grundrechtlichen Interessen einer Suchmaschinenbetreiberin – und damit um die Gewährung von Grundrechtsschutz im Verhältnis zwischen Privaten. Das BVerfG stellt in diesem Spannungsverhältnis klar, dass es kein (absolutes) Recht auf Vergessen gebe, dem Faktor *Zeit* allerdings besonderes Gewicht zukomme:[46]

> ▶ Zur Freiheit gehört es, persönliche Überzeugungen und das eigene Verhalten im Austausch mit Dritten auf der Basis gesellschaftlicher Kommunikation zu bilden, fortzuentwickeln und zu verändern. Hierfür bedarf es eines rechtlichen Rahmens, der es ermöglicht, von seiner Freiheit uneingeschüchtert Gebrauch zu machen, und die **Chance eröffnet, Irrtümer und Fehler hinter sich zu lassen. Die Rechtsordnung muss deshalb davor schützen, dass sich eine Person frühere Positionen, Äußerungen und Handlungen unbegrenzt vor der Öffentlichkeit vorhalten lassen muss.** Erst die Ermöglichung eines Zurücktretens vergangener Sachverhalte eröffnet dem Einzelnen die Chance darauf, dass Vergangenes gesellschaftlich in Vergessenheit gerät, und damit die Chance zum Neubeginn in Freiheit. Die Möglichkeit des Vergessens gehört zur Zeitlichkeit der Freiheit. Dies gilt nicht zuletzt in Blick auf das Ziel der Wiedereingliederung von Straftätern [Resozialisierungsgebot (§ 7 Rn. 28)]. [...]
>
> Allerdings folgt aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kein „Recht auf Vergessenwerden" in einem grundsätzlich allein von den Betroffenen beherrschbaren Sinn. [...] Welche Informationen als interessant, bewundernswert, anstößig oder verwerflich erinnert werden, unterliegt insoweit nicht der einseitigen Verfügung des Betroffenen. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt damit nicht das Recht, alle früheren personenbezogenen Informationen, die im Rahmen von Kommunikationsprozessen ausgetauscht wurden, aus dem Internet löschen zu lassen. Insbesondere gibt es **kein Recht, öffentlich zugängliche Informationen nach freier Entscheidung und allein eigenen Vorstellungen zu filtern und auf die Aspekte zu begrenzen, die Betroffene für relevant oder für dem eigenen Persönlichkeitsbild angemessen halten**.
>
> **BVerfG 152, 152, Rn. 105 ff. (Recht auf Vergessen I [2019])** ◀

28 Letztlich geht es also um eine Abwägung der sich im konkreten Einzelfall gegenüberstehenden Interessen. Insoweit ist eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Zuhilfenahme der Sphärentheorie (§ 19 Rn. 10 ff.) vorzunehmen. Dabei gilt: Je stärker die Verbreitung zurückliegender Berichte das Privatleben

45 BVerfG 152, 152 (Recht auf Vergessen I [2019]); 152, 216 (Recht auf Vergessen II [2019]). Beide Entscheidungen sind vor allem auch mit Blick auf den Prüfungsmaßstab des BVerfG und die Wirkung der Grundrechte der EU-GRCh in der deutschen Rechtsordnung von größter Bedeutung. Zum Recht auf Vergessen in der europäischen Gerichtsbarkeit siehe EuGH, ECLI:EU:C:2014:317 – Google Spain; dazu *Singer/Beck*, Jura 2019, 125; siehe auch EGMR v. 22.6.2021, 57292/16 – Hurbain/Belgien.

46 Dazu *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 79 f.; *Klass*, ZUM 2020, 265.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und die Entfaltungsmöglichkeiten der Person beeinträchtigen, desto größeres Gewicht kann einem Schutzanspruch zukommen. Dies steht zugleich in einer Wechselwirkung mit Gegenstand und Anlass der Berichterstattung.[47] Zudem kann zu berücksichtigen sein, ob und inwieweit Betroffene in der Zwischenzeit dazu beigetragen haben, das Interesse an den Ereignissen oder ihrer Person wachzuhalten.

2. Wie ist die automatisierte Kennzeichenerfassung durch die Polizei zu beurteilen?

29 Bei einer **automatisierten Kennzeichenkontrolle** setzt die Polizei sowohl fest installierte als auch mobile Kennzeichenlesegeräte ein, mit deren Hilfe sie die Kraftfahrzeug-Kennzeichen vorbeifahrender Kraftfahrzeuge erfasst und mit einer Datenbank abgleicht. Das BVerfG bewertet diese polizeiliche Maßnahme als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (§ 19 Rn. 23 ff.), jedenfalls dann, wenn mit ihr einzelnen Fahrzeugen und über diese den jeweiligen Halter:innen individuell zuzuordnende Kraftfahrzeugkennzeichen erfasst werden („Trefferfall").[48] In seiner jüngeren Rechtsprechung nimmt das Gericht auch bei „Nichttreffern" einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung an, da sich auch in diesem Fall das behördliche Interesse an den betroffenen Daten spezifisch verdichtet habe, und zwar auch dann, wenn die Daten sofort wieder gelöscht werden.[49] Damit liegt ein Grundrechtseingriff nicht nur bei der Speicherung, Verwendung oder Weitergabe von personenbezogenen Daten vor, sondern auch schon bei deren erstmaligen Erfassung.

30 Diese jüngere Rechtsprechung bewegt sich dabei ganz auf der Argumentationslinie eines effektiven Grundrechtsschutzes vor (freiheitsbeeinträchtigenden) staatlichen Maßnahmen, die einschüchternd wirken („***chilling effect***"), sei es durch ostentatives Überfliegen einer Demonstration mit einem Kampfjet[50] oder durch das Hervorrufen eines „ständigen Gefühls des Beobachtetseins"[51]. Das BVerfG formuliert:

> ▶ [Belastend ins Gewicht fällt], dass die Maßnahmen **verdeckt** durchgeführt werden. Gerade bei Ermittlungsmaßnahmen mit großer Streubreite wie hier der im öffentlichen Raum stattfindenden seriellen Kontrolle von Personen in großer Zahl zu Fahndungszwecken kann dadurch ein **Gefühl des Überwachtwerdens** entstehen. Dass die von der Kennzeichenkontrolle erfassten Personen dies außerhalb des Trefferfalls nicht bemerken, hebt das hierin liegende Eingriffsgewicht nicht auf. Denn dadurch entfällt zwar die Lästigkeit solcher Maßnahmen, nicht aber

47 BVerfG 152, 152, Rn. 121 (Recht auf Vergessen I [2019]); ferner *Windthorst,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 87f.
48 Vgl. BVerfGE 120, 378 (Automatisierte Kennzeichenerfassung [2008]).
49 Vgl. BVerfGE 150, 244, Rn. 49 ff. (Kfz-Kennzeichenkontrollen II [2018]); dazu *Brenner*, DAR 2019, 241.
50 BVerwGE 160, 169 (Tornado-Überflug [2017]).
51 BVerfGE 125, 260, Rn. 210 ff. (Vorratsdatenspeicherung [2010]). Ausführlich zur Vorratsdatenspeicherung (§ 20 Rn. 52 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihr Kontrollcharakter und die darin liegende Beeinträchtigung der individuellen Freiheit, die zugleich die Freiheitlichkeit der Gesellschaft insgesamt betrifft.

BVerfGE 150, 244, Rn. 98 (Kfz-Kennzeichenkontrollen II [2018]) ◀

31 Besondere Eingriffsintensität kommt automatisierten Kennzeichenkontrollen ferner dadurch zu, dass sie sich schon ihrem Prinzip nach nicht auf Personen beschränken, die objektiv in einer Gefahrenlage verfangen sind, sondern sich auf eine unbestimmte Vielzahl von Personen erstrecken, die von vornherein hierzu keinerlei Anlass gegeben haben. Sie können praktisch jeden und jede treffen.[52] Das BVerfG stellt deshalb erhöhte Anforderungen an den Einsatz dieser polizeilichen Maßnahme. Allein das allgemeine Interesse, zur Fahndung ausgeschriebene Personen oder Sachen zu identifizieren und aufzugreifen, reiche zur Rechtfertigung solcher Kontrollen nicht aus. Vielmehr sei eine Kontrolle nur verhältnismäßig, wenn hierfür ein Anlass bestimmt sei, der das polizeiliche Handeln vorhersehbar und kontrollierbar mache. Insoweit könne der Gesetzgeber etwa auf das Bestehen einzelner Gefahren abstellen.[53] Es bedürfe jedoch jeweils eines die konkrete Maßnahme rechtfertigenden Grundes, der auf einer hinreichenden Tatsachenbasis beruhe und dem staatlichen Handeln nachprüfbare Grenzen setze.[54]

Wie häufig im Bereich der **Gefahrenabwehr**, geht es im Kern der Diskussion um die schwierige Abwägung zwischen Sicherheit und Freiheit (vgl. dazu auch die Ausführungen zur Vorratsdatenspeicherung, § 20 Rn. 52 ff.).[55]

3. Was sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an heimliche Überwachungsmaßnahmen?

32 Das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts postuliert Verfahrensanforderungen an heimliche Überwachungsmaßnahmen (vgl. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren, § 1 Rn. 38 ff.). Dabei geht es in erster Linie um den absoluten Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (Intimsphäre) vor staatlichen Eingriffen. Dies schließt nicht jede Erhebung kernbereichsrelevanter Daten aus, sondern nur deren Verwertung. Das BVerfG hat dazu ein **zweistufiges Schutzkonzept** entwickelt:

▶ Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ist strikt und darf nicht durch Abwägung mit den Sicherheitsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jede tatsächliche Erfassung von höchstpersönlichen Informationen stets einen Verfassungsverstoß oder eine Menschenwürdeverletzung begründet. Angesichts der Handlungs- und Prognoseunsicherheiten, unter denen Sicherheitsbehörden ihre Aufgaben wahrnehmen, kann **ein unbeabsichtigtes Eindringen in den Kernbereich**

52 Vgl. BVerfGE 150, 244, Rn. 98 (Kfz-Kennzeichenkontrollen II [2018]).
53 So auch BVerfGE 93, 181 (Rasterfahndung I [1995]); 115, 320 (Rasterfahndung II [2006]).
54 Vgl. BVerfGE 150, 244, Rn. 92 f. (Kfz-Kennzeichenkontrollen II [2018]).
55 Dazu *Dürr*, JA 2019, 432; *Nazari-Khanachayi*, JA 2010, 761; *Pieper*, JA 2018, 598.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> **privater Lebensgestaltung im Rahmen von Überwachungsmaßnahmen nicht für jeden Fall von vornherein ausgeschlossen werden**. Die Verfassung verlangt jedoch für die Ausgestaltung der Überwachungsbefugnisse die Achtung des Kernbereichs als eine strikte, nicht frei durch Einzelfallerwägungen überwindbare Grenze.
>
> Absolut ausgeschlossen ist damit zunächst, den Kernbereich zum Ziel staatlicher Ermittlungen zu machen und diesbezügliche Informationen in irgendeiner Weise zu verwerten oder sonst zur Grundlage der weiteren Ermittlungen zu nehmen. [...] Des Weiteren folgt hieraus, dass bei der Durchführung von Überwachungsmaßnahmen dem Kernbereichsschutz auf **zwei Ebenen** Rechnung getragen werden muss. Zum einen sind auf der **Ebene der Datenerhebung** Vorkehrungen zu treffen, die eine unbeabsichtigte Miterfassung von Kernbereichsinformationen nach Möglichkeit ausschließen. Zum anderen sind auf der **Ebene der nachgelagerten Auswertung und Verwertung** die Folgen eines dennoch nicht vermiedenen Eindringens in den Kernbereich privater Lebensgestaltung strikt zu minimieren.
>
> **BVerfGE 141, 220, Rn. 124 ff. (Bundeskriminalamtsgesetz [2016])** ◀

Der Gesetzgeber habe dieses Schutzkonzept durch einfachgesetzliche Regelungen sicherzustellen (vgl. § 100d StPO).[56] Ferner seien bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen. So seien derartige Eingriffe grundsätzlich nur bei einer vorherigen Kontrolle durch eine unabhängige Stelle, etwa aufgrund einer richterlichen Anordnung, und nur bei Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut gerechtfertigt.[57] 33

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf europarechtlicher Ebene gewährleistet?

Dem Schutzzweck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entsprechen auf europarechtlicher Ebene die Garantien des Art. 8 EMRK und Art. 7 EU-GRCh. Danach hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens (§ 17 Rn. 38 ff.), ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz (bzw. Kommunikation, § 20 Rn. 57 ff.). Die Normierung des Schutzes des Privatlebens in der EU-GRCh ist eng an die der EMRK ausgelegt, so dass sich Bedeutung und Reichweite des Schutzes des Art. 7 EU-GRCh daher maßgeblich am Konventionsrecht orientiert.[58] 34

Die Garantien fassen mehrere Gewährleistungen zusammen, die im GG in unterschiedlichen Artikeln normiert sind. Dies führt mitunter dazu, dass die verschiedenen Schutzbereiche nicht immer konsequent abgegrenzt werden, sondern 35

56 Eingehend *Kroll*, Kernbereichsschutz bei Durchsuchungen, 2021.
57 Vgl. BVerfGE 120, 247, Rn. 247 (Online-Durchsuchungen [2008]); BVerfGE 141, 220, Rn. 106 ff. (Bundeskriminalamtsgesetz [2016]).
58 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2008:91, Rn. 48 – Varec.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vielmehr der Schutz des Privatlebens in all seinen Facetten als Schutzgegenstand herangezogen wird.

◆ 36 Zwei Stränge sind dabei in der europäischen Rechtsprechungspraxis auszumachen:

- Auf der einen Seite geht es um den Schutz der Privatsphäre unter räumlichen und kommunikativen Gesichtspunkten, insbesondere durch den Schutz der Wohnung und der individuellen Kommunikation. Hier ist eine Nähe zu den grundrechtlichen Normierungen der Art. 10 GG und Art. 13 GG gegeben.
- Auf der anderen Seite geht es um die Gewährleistung der freien Lebensgestaltung (Schutz des Privatlebens), was insbesondere dem Schutzgehalt des grundrechtlichen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entspricht.

◆ 37 Hinsichtlich des Schutzes des Privatlebens hat sich auch auf europäischer Ebene – vergleichbar mit den Fallgruppen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (§ 19 Rn. 15 ff.) – eine Kasuistik in der Rechtsprechung herausgebildet, die folgende Schutzgegenstände umfasst:

- das Recht auf **Selbstbestimmung über den eigenen Körper**, insbesondere das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung;[59]
- das Recht der Frau, über die eigene **Fortpflanzung** zu entscheiden;[60]
- das Recht auf selbstbestimmtes Sterben.[61]

◆ 38 Darüber hinaus kommt insbesondere dem **Schutz der Privatsphäre** in der Rechtsprechung des EGMR große Bedeutung zu:

- Hiervon wird zum einen die Darstellung der Person in der Öffentlichkeit – also das Recht am eigenen Bild und der Schutz der persönlichen Ehre – erfasst. Die Caroline-Entscheidungen des EGMR (§ 12 Rn. 63 ff.) bieten dazu grundlegende Ausführungen.[62]
- Zum anderen geht es um den Schutz vor Erhebung, Verwertung und Speicherung von personenbezogenen Daten.[63]

Der EGMR hat daraus zudem ein **Recht auf anonyme Kommunikation** entwickelt.[64]

◆ 39 Die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Privatleben ist nach Maßgabe des Art. 8 Abs. 2 EMRK möglich: Es bedarf danach einer gesetzlichen Grundlage, eines legitimen Zwecks für die Einschränkung sowie der Notwendigkeit der Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft zur Zweckerreichung. Zu be-

59 Vgl. EGMR v. 25.9.2001, 44787/98, Rn. 56 – P.G. u. J.H./Vereinigtes Königreich.
60 EGMR v. 5.9.2002, 50490/99 – Boso.
61 EGMR v. 19.7.2012, 497/09 – Koch/Deutschland.
62 Vgl. EGMR v. 24.6.2004, 59320/00 – Caroline von Hannover I; EGMR v. 7.2.2012, 40660/08 und 60641/08 – Caroline von Hannover II.
63 EGMR v. 17.2.2011, 12884/03 – Wasmuth; EGMR v. 28.6.2018, 60798/10 und 65599/10 – M.L. u. W.W./Deutschland.
64 EGMR v. 30.1.2020, 50001/12 – Breyer/Deutschland.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rücksichtigen ist, dass Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht zu rechtfertigen sind. In allen anderen Fällen ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh ist auch im Rahmen des Art. 7 EU-GRCh den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK Rechnung zu tragen.[65]

2. Wie wird der Schutz personenbezogener Daten auf europarechtlicher Ebene gewährleistet?

Die EMRK kennt kein solches Recht. Hier wird der Schutz personenbezogener Daten durch die dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entsprechenden Garantien des Art. 8 EMRK mit umfasst.[66] 40

Zum Schutz personenbezogener Daten hält die EU-GRCh in Art. 8 EU-GRCh ein eigenes Grundrecht bereit. Seine Stütze findet das Grundrecht dabei in Art. 16 AEUV. Art. 8 EU-GRCh ist ein einklagbares Recht und kein bloßer Grundsatz i.S.d. Art. 52 Abs. 5 EU-GRCh.[67] Der EuGH wendet Art. 8 EU-GRCh *neben* Art. 7 EU-GRCh an (Idealkonkurrenz).[68] 41

Art. 8 EU-GRCh verpflichtet die Union und ihre Stellen. Die Mitgliedsstaaten werden gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh nur verpflichtet, soweit sie Unionsrecht durchführen. **Private**, etwa Suchmaschinenanbieter:innen, werden von dieser Verpflichtung mittelbar erfasst.[69] Art. 8 EU-GRCh kann deshalb auch als eine den Gesetzgeber treffende Pflicht zum Erlass und zur grundrechtsadäquaten Ausgestaltung von datenschützenden Regeln interpretiert werden.[70] Die wichtigste einfachgesetzliche Konkretisierung ist die **Datenschutz-Grundverordnung** der EU (DS-GVO).[71] 42

Der Begriff der „**personenbezogenen Daten**“ ist weit zu verstehen.[72] Demnach sind personenbezogene Daten alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (vgl. Art. 4 DS-GVO). Eine Verarbeitung der Daten ist gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1 EU-GRCh nur zulässig, wenn der oder die Betroffene zugestimmt hat oder wenn sie auf einer gesetzlich legitimen Grundlage erfolgt. Abs. 3 sieht ferner vor, dass die Einhaltung dieser Vorschriften durch eine unabhängige Stelle zu überwachen ist. Einschränkungen des Grundrechts sind aufgrund von Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh möglich, jedoch unter Beachtung der Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EU-GRCh. Da die EMRK 43

65 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2015:832, Rn. 70 – WebMindLicenses.
66 EGMR v. 28.6.2018, 60798/10 und 65599/10 – M.L. u. W.W./Deutschland.
67 *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 8, Rn. 2.
68 Siehe etwa EuGH, ECLI:EU:C:2014:238 – Digital Rights Ireland Ltd.; a.A. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 8, Rn. 4; zum Konkurrenzverhältnis allgemein *Michl*, DuD 2017, 349.
69 EuGH, ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 69 – Google Spain; zur Drittwirkung des Art. 8 EU-GRCh siehe *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 384.
70 So *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, 2018.
71 Umfassend zur DS-GVO *Sydow/Marsch*, Kommentar DS-GVO und BDSG, 3. Aufl.
72 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2014:238 – Digital Rights Ireland Ltd.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kein dem Art. 8 EU-GRCh entsprechendes Recht enthält, kommt Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh nicht zur Anwendung.[73]

◆ 44 In der Rechtsprechungspraxis und im gesellschaftlichen und politischen Diskurs kommt Art. 8 EU-GRCh eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu, etwa bei Fragen zur

- Vereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherung (§ 20 Rn. 52 ff.) mit Art. 8 EU-GRCh;[74]
- Entwicklung eines Anspruchs auf Löschung personenbezogener Daten (vgl. Recht auf Vergessen, § 19 Rn. 26 ff.);[75]
- Ausgestaltung der Bedingungen für eine Übermittlung personenbezogener Daten in die USA.[76]

73 EUGH, ECLI:EU:C:2016:970 – Tele2 Sverige.
74 EuGH, ECLI:EU:C:2014:238 – Digital Rights Ireland Ltd.; ECLI:EU:C:2016:970 – Tele2 Sverige; ECLI:EU:C:2020:790 – Privacy International; ECLI:EU:C:2021:152 – H.K.
75 EuGH, ECLI:EU:C:2014:317 – Google Spain; ECLI:EU:C:2019:773 – GC.
76 EuGH, ECLI:EU:C:2015:650 – Schrems I; ECLI:EU:C:2020:559 – Schrems II; ECLI:EU:C:2021:483 – Facebook Ireland Ltd.; ein Überblick zu den Bedingungen bieten *Baumgartner/Hansch/Roth*, ZD 2021, 608.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 20 Schutz der Privatsphäre

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG 2
a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 10 GG? 2
b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 10 GG? 3
c) Welches Verhalten schützt Art. 10 GG? 8
d) Wie kann ein Eingriff in Art. 10 GG gerechtfertigt werden? 12
e) Zu welchen Grundrechten steht Art. 10 GG in Konkurrenz? 18
f) Wrap-Up: Prüfungsschema 19
2. Die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG 20
a) Wie sieht die Struktur des Art. 13 GG aus? 20
b) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 13 GG? 21
c) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 13 GG? 24
d) Wie wirkt Art. 13 GG? 28
e) Was sind Eingriffe in Art. 13 GG? 30
f) Wie kann ein Eingriff in Art. 13 GG gerechtfertigt werden? 33
g) Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen stellt das BVerfG an Betretungs- und Besichtigungsrechte für Geschäfts- und Betriebsräume? 45
h) Wrap-Up: Prüfungsschema 47
II. Vertiefung und Kontextualisierung 48
1. Welche Grundrechte können bei Online-Durchsuchungen betroffen sein? 48
2. Was sind die Implikationen des Art. 13 GG für die Strafverfolgung? 51
3. Ist die Vorratsdatenspeicherung mit den Grundrechten vereinbar? 52
III. Europarechtliche Dogmatik 57
1. Wie wird der Schutz der Privatsphäre in der EMRK gewährleistet? 57
2. Wie wird der Schutz der Privatsphäre in der EU-GRCh gewährleistet? 60

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die Schutzgegenstände des Art. 10 GG (§ 20 Rn. 3 ff.)
- die Definition von „Wohnung“ (§ 20 Rn. 25)
- den Schutz der Privatsphäre auf europarechtlicher Ebene (§ 20 Rn. 57 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die verschiedenen Eingriffsarten des Art. 13 GG (§ 20 Rn. 32)
- die verfassungsrechtlichen Besonderheiten bei Geschäfts- und Betriebsräumen (§ 20 Rn. 26; 45 f.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung von Art. 10 und 13 GG (§ 20 Rn. 19; 47)
- die Darstellung der verschiedenen verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 13 GG nach Eingriffsart (§ 20 Rn. 33 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- welche Bedeutung der Menschenwürdegarantie bei Eingriffen in die Privatsphäre zukommt (§ 20 Rn. 14; 24)
- die Abgrenzung verschiedener Grundrechte am Beispiel der Online-Durchsuchung (§ 20 Rn. 50)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- welche Implikationen der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre für einfachgesetzliche Eingriffsermächtigungen hat (§ 20 Rn. 51)
- ob die Vorratsdatenspeicherung mit den Grundrechten zu vereinbaren ist (§ 20 Rn. 52 ff.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zur grundrechtlichen Funktion des Art. 10 GG vor dem Hintergrund der Privatisierung des Kommunikationsmarktes (§ 20 Rn. 5 ff.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG

a) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 10 GG?

2 Art. 10 GG trifft hinsichtlich des persönlichen Schutzbereichs keine ausdrückliche Aussage: Der Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses steht damit allen natürlichen Personen zu (Menschenrecht, § 3 Rn. 11). Inländische juristische Personen des Privatrechts können sich auf Art. 10 GG unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) berufen.[1]

Das Brief, Post- und Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG

1 Vgl. BVerfGE 106, 28, 43 (Mithörvorrichtung [2002]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 10 GG?

Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistet seinem Wortlaut nach drei Grundrechte: Das Brief-, das Post- und das Fernmeldegeheimnis. Insbesondere das Fernmeldegeheimnis gewinnt aufgrund des informationstechnischen Fortschritts an Bedeutung,[2] wohingegen das Brief- und Postgeheimnis an praktischer Relevanz verlieren. Gemeinsamer Schutzzweck der Gewährleistungen ist der **Schutz der Privatsphäre**, konkret der **Vertraulichkeit der individuellen Kommunikation**.[3] Das BVerfG betont dabei die Nähe des Art. 10 GG zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG): 3

> ▶ Das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistet die **freie Entfaltung der Persönlichkeit** durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Kommunikation und schützt damit zugleich die **Würde des Menschen**.
>
> **BVerfGE 110, 33, 53 (Zollkriminalamt [2004])** ◀

Das **Briefgeheimnis** schützt den brieflichen Verkehr der Einzelnen gegen eine Kenntnisnahme staatlicher Stellen von dem Inhalt des Briefes.[4] Es muss sich dabei um eine individuelle und gegenständlich verkörperte Sendung (Briefe, Pakete etc.) handeln, die sich an eine andere Person richtet. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Art. 10 GG fallen indessen nur solche Sendungen unter das Briefgeheimnis, die verschlossen oder durch ähnliche Vorkehrungen vor der Kenntnisnahme durch Dritte geschützt sind.[5] Sendungen, deren Inhalte sich ohne Weiteres einsehen lassen (bspw. Postkarten), sind hingegen nicht erfasst.[6] Bei einer verschlossenen Sendung gilt die Vermutung, dass sie individuelle Kommunikation enthalten könnte und sie ist damit vom Schutzbereich des Art. 10 GG umfasst ist. 4

Im Gegensatz zum Briefgeheimnis steht beim **Postgeheimnis** nicht primär das Kommunikationsmedium („Brief"), sondern die Kommunikationsübermittlung (durch die Post) im Vordergrund.[7] Es schützt die Vertraulichkeit des Transportvorgangs und der Beförderungsdaten. Die Überschneidungen mit dem Briefgeheimnis sind vor allem bei Sendungen mit individueller Kommunikation groß (Idealkonkurrenz, § 5 Rn. 3).[8] Dem Postgeheimnis kommt daher vor allem bei nichtindividuellen Sendungen (bspw. Zeitungen, Werbesendungen) praktische Relevanz zu. Geschützt wird der gesamte postalische Übermittlungsprozess von der Abgabe der Sendung bis zum Empfang durch den oder die Empfänger:in. Hintergrund des grundrechtlichen Schutzes des Postgeheimnisses war lange Zeit 5



Liberalisierung des deutschen Postmarkts

2 Dazu *Deutsch/Eggendorfer*, K&R 2017, 93.
3 Vgl. BVerfGE 85, 386, 395 f. (Fangschaltungen [1992]); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 14 ff.; *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 1 ff.
4 Vgl. BVerfGE 33, 1, 11 (Strafgefangene [1972]); *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 48.
5 Vgl. BVerfGE 67, 157, 172 (G 10 [1984]).
6 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 10, Rn. 11.
7 Siehe *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 52; *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 54.
8 Vgl. *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die besondere Gefahrenlage, die durch die Kommunikationsübermittlung durch die staatlich betriebene Post entstand.

Mit der Liberalisierung des Postmarktes und der Privatisierung der *Deutschen Bundespost* wurde die Funktion des Postgeheimnisses allerdings neu ausgerichtet: Im Zentrum steht nun weniger die abwehrrechtliche Funktion gegenüber der staatlich beherrschten Post als vielmehr eine Schutzpflicht (§ 1 Rn. 35 ff.) des Staates, das Postgeheimnis – sprich die Vertraulichkeit der individuellen Kommunikation – zwischen Privaten zu sichern.[9]

6 Beim **Fernmeldegeheimnis** geht es wie beim Postgeheimnis um die Übermittlung von Kommunikationsübermittlung. Der Inhalt der Kommunikation ist unerheblich. Maßgeblich ist allein, dass es sich um individuelle Kommunikation handelt; Massenkommunikation, also Inhalte, die an die Allgemeinheit gerichtet sind, werden nicht geschützt; in diesem Fall kann die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, § 12 Rn. 28 f.) einschlägig sein. In Abgrenzung zum Postgeheimnis fehlt es bei der Kommunikation mittels Fernmeldeeinrichtungen (Telekommunikation) an der Körperlichkeit der Übermittlung.[10] Erfasst sind u.a. Telefonate, E-Mails und Kurznachrichten:

> ▶ Das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses dient der **freien Entfaltung der Persönlichkeit durch einen Kommunikationsaustausch** mit Hilfe des Fernmeldeverkehrs. Es ist unerheblich, um welche Inhalte es sich handelt und ob sie privater, geschäftlicher oder politischer Art sind. Der Schutz ist nicht auf die früher von der Deutschen Bundespost genutzten Technologien und angebotenen Fernmeldedienste (wie Telefon, Telefax oder Teletext) beschränkt, sondern umfasst **sämtliche mit Hilfe der verfügbaren Telekommunikationstechniken erfolgenden Übermittlungen von Informationen.** Auf die konkrete Übermittlungsart (etwa über Kabel oder Funk, durch analoge oder digitale Vermittlung) und Ausdrucksform (etwa Sprache, Bilder, Töne, Zeichen oder sonstige Daten) kommt es nicht an. Mit Rücksicht auf die zwischenzeitlich erfolgte technologische Entwicklung ist der früher üblich gewesene Begriff des Fernmeldewesens in anderen Bestimmungen des Grundgesetzes zwischenzeitlich durch den der Telekommunikation ersetzt worden (vgl. Art. 73 Nr. 7, Art. 87 f. GG).
>
> **BVerfGE 106, 28, 35 f. (Mithörvorrichtung [2002])** ◀

Wie der Postmarkt ist auch der Telekommunikationsmarkt liberalisiert worden. Im Zuge dieser Privatisierung ist eine neue Akzentuierung der Grundrechtsfunktion von Art. 10 GG zu beobachten: So verbürgt das Grundrecht eine Schutzpflicht (§ 1 Rn. 35 ff.) des Staates zur Gewährleistung der Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Privaten, insbesondere der Telekommunikationsanbieter.[11]

9 Vgl. BVerfGE 106, 28, 37 (Mithörvorrichtung [2002]); BVerfG NJW 2021, 3033; *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 55 ff.; *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 55 ff.

10 Vgl. BVerfGE 115, 166, 182 (Kommunikationsverbindungsdaten [2005]); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 59.

11 Vgl. BVerfGE 106, 28, 37 (Mithörvorrichtungen [2002]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darüber hinaus erstreckt sich der Schutz des Art. 10 GG auch auf die Telekommunikationsüberwachung von Ausländer:innen im Ausland.[12] Allerdings kann dabei die Reichweite des Schutzes abweichend zu bemessen sein. Dies ist vor allem für die Arbeit der deutschen **Nachrichtendienste** im Ausland von praktischer Relevanz. 7

c) Welches Verhalten schützt Art. 10 GG?

Art. 10 GG gewährleistet die Vertraulichkeit der Kommunikation. Dieser Schutz kann nur effektiv sein, wenn neben dem Inhalt etwa auch der Ort, die Zeit und die Art der Kommunikation vom Schutzbereich umfasst sind.[13] Darüber hinaus sind Informationen über die Kommunikationsteilnehmer:innen geschützt. 8

Ein Grundrechtseingriff in Art. 10 GG kann dabei jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten durch staatliche Stellen gegen den Willen oder ohne Wissen der Berechtigten darstellen.[14] Aufgrund der Liberalisierung des Kommunikationsverkehrs kann mithin auch ein Eingriff vorliegen, wenn private Kommunikationsanbieter durch Gesetz zur Speicherung von Kommunikationsdaten ihrer Nutzer:innen verpflichtet werden (vgl. dazu die Ausführungen zur Vorratsdatenspeicherung, § 20 Rn. 52 ff.). 9

Voraussetzungen für einen Schutz durch Art. 10 GG ist ein **übermittlungsspezifischer Bezug**, das heißt staatliche Maßnahmen, die außerhalb des Kommunikationsvorgangs vorgenommen werden, und nicht übermittlungsspezifische Gefahren (bspw. „Hörfallen") werden nicht am Maßstab des Art. 10 GG gemessen.[15] 10

In zeitlicher Hinsicht wird der gesamte Kommunikationsprozess – von der Sendung bis hin zum Empfang – geschützt. Schutz vor staatlichen Maßnahmen außerhalb des Übermittlungsvorgangs kann über andere Grundrechte erlangt werden. 11

> Beispiel: Werden im Rahmen einer Durchsuchung Computer beschlagnahmt und anschließend die darauf gespeicherten Kommunikationsdaten ausgewertet, so liegt – mangels Übermittlungsvorgang – kein Eingriff in Art. 10 GG vor. Hier können je nach Einzelfall die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG), das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG oder die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) betroffen sein. Anders zu beurteilen ist die Konstellation, in der sich die Kommunikationsdaten noch auf dem Server des E-Mail-Providers befinden. Hier sind die Daten gerade noch nicht im **Herrschaftsbereich des oder der Kommunikationsteilnehmer:in** gespeichert und damit der

12 Vgl. BVerfGE 154, 152 (BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung [2020]); ausführlich zum BND-Urteil des BVerfG (§ 3 Rn. 3 ff.); siehe auch *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 44 ff.; *Lindner/Unterreitmeier*, DÖV 2019, 165; *Papier*, NVwZ 2016, 1057.

13 Vgl. BVerfGE 67, 157, 172 (G 10 [1984]); 100, 313, 358 (Telekommunikationsüberwachung I [1999]); BVerfG NJW 2019, 584; *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 59 ff.

14 Vgl. BVerfGE 125, 260, Rn. 190 (Vorratsdatenspeicherung [2010]).

15 Vgl. BVerfGE 115, 166, 183 ff. (Kommunikationsverbindungsdaten [2006]); *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 69 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Übermittlungsvorgang noch nicht beendet.[16] Unerheblich ist dabei, ob der oder die Empfänger:in bereits Kenntnis von den Daten (bspw. der E-Mail) hatte.

d) Wie kann ein Eingriff in Art. 10 GG gerechtfertigt werden?

12 Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG normiert einen einfachen Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6). Abs. 2 S. 2 erweitertet dessen Reichweite unter den dort genannten Voraussetzungen, bildet jedoch *keinen* qualifizierten Gesetzesvorbehalt. Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG schränkt insbesondere die Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) ein, indem an Stelle des Rechtsweges eine bloße Nachprüfung durch von der Volksvertretung (Bundestag) bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.[17] Einfachgesetzlich findet sich diese Ermächtigung unter anderem in §§ 12 ff. Artikel 10-Gesetz wieder, die eine Kontrolle durch das Parlamentarische Kontrollgremium und die G10-Kommission anordnen.[18] Insgesamt ist Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG jedoch restriktiv auszulegen: So ist der oder die von einer heimlichen Überwachungsmaßnahme Betroffene zu benachrichtigen, sobald dies ohne Gefährdung des Maßnahmenerfolgs möglich ist.



JuS 2019, 790

13 Einen **Richtervorbehalt** sieht Art. 10 GG – anders als Art. 13 GG – nicht vor. Allerdings leitet das BVerfG bei besonders intensiven Eingriffen in die höchstpersönliche Kommunikation mit Blick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes einen Richtervorbehalt auch im Rahmen des Art. 10 GG her.[19]

14 Bei der Rechtfertigungsprüfung ist ferner zu beachten, dass Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht zu rechtfertigen sind.[20] An dieser Stelle zeigt sich die Nähe zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG):

> ▶ Der verfassungsrechtliche Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewährleistet dem Individuum einen **Bereich höchstpersönlicher Privatheit gegenüber Überwachung**. Er wurzelt in den von den jeweiligen Überwachungsmaßnahmen betroffenen Grundrechten in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und sichert einen dem Staat nicht verfügbaren Menschenwürdekern grundrechtlichen Schutzes gegenüber solchen Maßnahmen. **Selbst überragende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen**.
>
> **BVerfGE 141, 220, Rn. 120 (Bundeskriminalamtsgesetz [2016])** ◀

15 Der Staat muss daher Vorkehrungen (bspw. § 3a Artikel 10-Gesetz) für den Fall treffen, dass Kommunikationsinhalte aus diesem unverletzlichen Kernbereich erlangt wurden. Dies gilt auch für Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung.

16 So BVerfGE 124, 43, 54 f. (Beschlagnahme von E-Mails [2009]); *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 43.
17 Vgl. BVerfGE 30, 1, 23 (Abhörurteil [1970]); BVerwGE 157, 8 (strategischen Fernmeldeüberwachung [2016]); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 95 ff.
18 Ausführlich *Bantlin*, Die G 10-Kommission, 2021; *Brissa*, DÖV 2017, 765.
19 Vgl. BVerfGE 125, 260, Rn. 247 f. (Vorratsdatenspeicherung [2010]); *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 77.
20 Siehe *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 140.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Übrigen sind Eingriffe am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 4 Rn. 30 ff.) zu messen. Dabei ist vor allem die Intensität der staatlichen Maßnahme, etwa ihre Dauer, Heimlichkeit oder Anzahl der Betroffenen gegen den Zweck der Maßnahme, den Verdachtsgrad oder die Schwere des Verbrechens abzuwägen.[21] Wie dieser Abwägungsprozess bei der Überwachung der Kommunikation von Ausländer:innen im Ausland durch den Bundesnachrichtendienst (BND) vorzunehmen ist, hat das BVerfG in seinem BND-Urteil (§ 3 Rn. 3 ff.) ausgeführt.[22] 16

Neben diesen grundrechtsspezifischen Voraussetzungen sind die allgemeinen Rechtfertigungsanforderungen (§ 4 Rn. 1 ff.) zu wahren.[23] So bedarf es einer formell und materiell verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage für einen Eingriff (bspw. §§ 99 ff. StPO, §§ 1 ff. Artikel 10-Gesetz). Das Gesetz, auf das sich die staatliche Maßnahme stützt, muss hinreichend bestimmt sein (Bestimmtheitsgebot, § 4 Rn. 27)[24] und dem Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG, § 4 Rn. 23 f.) genügen (vgl. etwa § 21 Artikel 10-Gesetz).[25] 17

e) Zu welchen Grundrechten steht Art. 10 GG in Konkurrenz?

Die freie Kommunikation zwischen Individuen wird von verschiedenen Grundrechten mit jeweils unterschiedlichen Schutzrichtungen gewährleistet.[26] Die Abgrenzung ist nicht immer trennscharf möglich. Allerdings ermöglichen die Schutzzwecke eine erste Systematisierung: So schützt Art. 10 GG gerade die Kommunikationsübermittlung zwischen Individuen unter Einschaltung Dritter (sog. Kommunikationsmittler). Die direkte (räumliche) Kommunikation zwischen Individuen wird hingegen von Art. 13 GG gewährleistet. Deshalb umfasst Art. 10 GG *nicht* das Vertrauen in Kommunikationspartner:innen.[27] Ermöglichen diese etwa Dritten (z.B. der Polizei), die Kommunikation mitzuhören („Hörfalle"). 18

Art. 10 GG ist ferner *lex specialis* zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und hinsichtlich der Kommunikationsform auch gegenüber der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG).[28]

21 Instruktiv dazu *Schneider*, NVwZ 2021, 1646.
22 Vgl. BVerfGE 154, 152 (BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung [2020]).
23 Vgl. *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 73 ff.
24 Vgl. BVerfGE 85, 386, 404 (Fangschaltungen [1992]); 100, 313, 359 f. (Telekommunikationsüberwachung I [1999]); ferner BVerwG NVwZ 2018, 731.
25 Vgl. BVerfGE 113, 348, 366 (Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung [2005]).
26 Eine Übersicht zur Abgrenzung bieten *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 41 ff.; *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 231 ff.
27 Vgl. BVerfGE 120, 274, Rn. 290 f. (Online-Durchsuchungen [2008]); *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 29.
28 Vgl. BVerfGE 113, 348, 364 (Vorbeugende Telekommunikationsüberwachung [2005]); 115, 166, 188 f. (Kommunikationsverbindungsdaten [2006]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

f) Wrap-Up: Prüfungsschema

19



Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis

Schutz der Kommunikationsübermittlung zwischen Individuen unter Einschaltung Dritter (sog. Kommunikationsmittler)

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: Aufzeichnung eines Telefongesprächs

Moderner Eingriffsbegriff: Verpflichtung von Telekommunikationsanbieter:innen zur Speicherung von Daten ihrer Kund:innen

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

einfacher Gesetzesvorbehalt, Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG

Modifizierung der Reichweite nach Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG

Schranken-Schranken:

insb. Verhältnismäßigkeit

Unverletzlichkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Weiterführende Hinweise

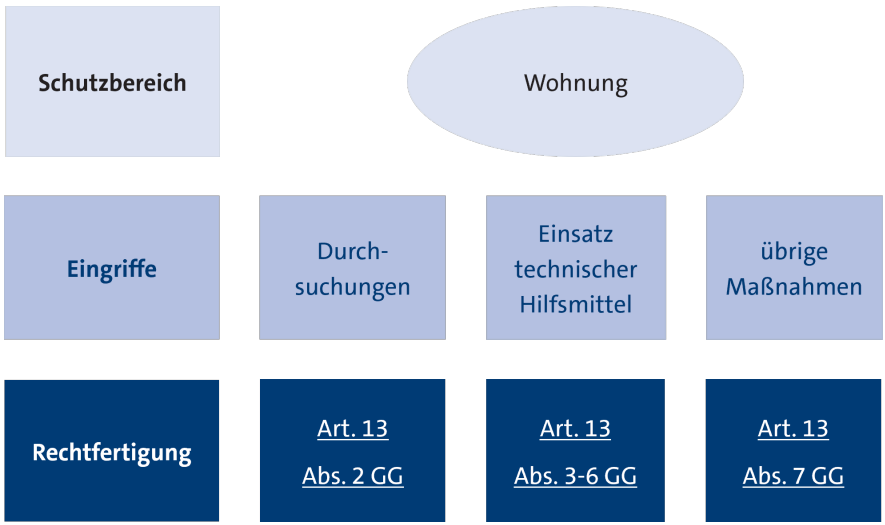
Funke/Lüdemann, Grundfälle zu Art. 10 GG, JuS 2008, 780
Sachs, Grundrechte: Fernmeldegeheimnis und Unverletzlichkeit der Wohnung, JuS 2012, 374
Hoffmann-Riem, Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, JZ 2014, 53
Eichenhofer, Das Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 GG), Jura 2020, 684

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG

Die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG

a) Wie sieht die Struktur des Art. 13 GG aus?



20

b) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 13 GG?

Art. 13 GG enthält keine Beschränkung des persönlichen Schutzbereichs; damit können sich alle natürlichen Personen auf den Schutz der Wohnung berufen (Menschenrecht, § 3 Rn. 11). 21

Für den Schutz des Art. 13 GG sind ferner die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse unerheblich; entscheidend mit Blick auf den Schutzzweck des Art. 13 GG – den Schutz der Privatsphäre – ist daher allein der (unmittelbare) Besitz.[29] Bei mehreren Wohnungsbewohner:innen kann sich jede:r Einzelne auf Art. 13 GG berufen. Darüber hinaus kommt es beim Grundrechtsschutz nicht auf die Rechtmäßigkeit des Besitzes an. So kann sich auch der oder die nach wirksamer Kündigung des Mietvertrags in der Wohnung verbleibende Mieter:in auf Art. 13 GG berufen.[30] Gleiches gilt für Hausbesetzer:innen.[31] 22

Ebenfalls können sich, insbesondere im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsräume, juristische Personen des Privatrechts (§ 3 Rn. 16 ff.) über Art. 19 Abs. 3 GG auf den Schutz der Wohnung berufen. 23

c) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 13 GG?

Der sachliche Schutzbereich des Art. 13 GG ist ausgehend vom Schutzzweck des Grundrechts zu bestimmen. Das BVerfG hat dabei – wie schon bei Art. 10 GG 24

29 BVerfGE 109, 279, 326 (Großer Lauschangriff [2004]); *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 27 ff.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 20 ff.

30 Siehe BVerfGE 89, 1, 12 (Besitzrecht des Mieters [1993]).

31 Vgl. *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 21; a.A. *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 13, Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– den Schutz der Privatsphäre hervorgehoben und betont die Nähe zu Art. 1 Abs. 1 GG:

> ▶ Der Schutz der Menschenwürde wird auch in dem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG konkretisiert. Die Unverletzlichkeit der Wohnung hat einen **engen Bezug zur Menschenwürde** und steht zugleich im nahen Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung einer Sphäre des Bürgers für eine ausschließlich private – eine „höchstpersönliche" – Entfaltung. Dem Einzelnen soll das **Recht, in Ruhe gelassen zu werden**, gerade in seinen Wohnräumen gesichert sein.
>
> **BVerfGE 109, 279, 313 (Großer Lauschangriff [2004])** ◀

25 Die **Privatwohnung** soll als „elementarer Lebensraum"[32] des Individuums geschützt werden, indem der oder die Einzelne gewissermaßen tun und lassen darf, was er oder sie möchte. „Wohnung" i.S.d. Art. 13 GG sind daher Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch räumliche Abschottung entzogen sind und zur **Stätte privaten Lebens und Wirkens** gemacht werden.[33] Der Wohnungsbegriff ist dabei weit auszulegen.[34] Geschützt werden auch vorübergehende Aufenthalte wie in Ferienwohnungen, Hotel- oder Krankenzimmern, ferner Zelte, Hausboote und Campingwagen.[35] Zudem werden wohnungsnahe Gebäudeteile, wie Keller oder Garagen erfasst. Nicht erfasst sind dagegen Strandkörbe oder Autos. Ebenfalls nicht unter den Schutz des Art. 13 GG fallen Hafträume in Justizvollzugsanstalten.[36] Das BVerfG argumentiert hier (wenig überzeugend), dass das Hausrecht bei der Anstalt liege.

26 Darüber hinaus ist umstritten, ob auch **Betriebs- und Geschäftsräume** vom Schutz des Art. 13 GG umfasst sind. Dagegen wird angeführt, dass unter „Wohnung" im herkömmlichen Sprachgebrauch nur solche Räume zu verstehen seien, die der Schaffung eines privaten Lebensraumes dienten. Zudem sei die berufliche Tätigkeit von der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) speziell gewährleistet. Aufgrund des historisch weiten Verständnisses des Wohnungsbegriffes sieht das BVerfG allerdings auch Betriebs- und Geschäftsräume von Art. 13 GG erfasst.[37] Diese Auffassung wird auch vom Zweck der Norm gestützt: So dient insbesondere die berufliche Tätigkeit der Verwirklichung des Individuums (vgl. die Bedeutung der Berufsfreiheit, § 14 Rn. 38). Zudem können auch Betriebs- und Geschäftsräume wie Privatwohnungen einen von der Allgemeinheit abgeschotteten Bereich bilden. Auch wenn geschäftliche Räume funktional bisweilen gerade einen gewissen Publikumsverkehr zulassen, führt dies nicht zum vollständigen Verlust des Schutzes durch Art. 13 GG. Vielmehr kann diesem Umstand auf

32 BVerfGE 42, 212, 219 (Quick/Durchsuchungsbefehl [1976]).
33 Siehe *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 13 ff.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 24.
34 So unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte des Art. 13 GG BVerfGE 32, 54, 69 ff. (Betriebsbetretungsrecht [1971]).
35 *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 25.
36 Siehe BVerfG NJW 1996, 2643.
37 St. Rsp. BVerfGE 32, 54 (Betriebsbetretungsrecht [1971]); 42, 212 (Quick/Durchsuchungsbefehl [1976]); 76, 83 (Zwangsvollstreckung III [1987]); aktuell BVerfG NJW 2018, 2395.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ebene der Rechtfertigung Rechnung getragen werden:[38] Die Schutzwürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsräumen kann dabei, äquivalent zu einer Privatwohnung, bei fehlender Privatsphäre oder bei ungehinderter Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr (bspw. Einkaufszentrum) ausgeschlossen sein.

Durch verstärkte Telearbeit und im Zuge der Corona-Pandemie hat das „**Home Office**" drastisch an Bedeutung gewonnen. Wegen des engen Bezugs zur Privatsphäre der Wohnung ist dieses vom Schutz des Art. 13 GG umfasst. 27

d) Wie wirkt Art. 13 GG?

In erster Linie schützt Art. 13 GG in seiner Funktion als Abwehrrecht (§ 1 Rn. 28) gegen staatliches Eindringen in die Wohnung. Darüber hinaus kommt dem Staat die Pflicht zu, die Unverletzlichkeit der Wohnung auch vor privatrechtlichen Beeinträchtigungen zu schützen (sog. Schutzpflicht, § 1 Rn. 35 ff.).[39] 28

> Beispiele aus dem Zivilrecht sind etwa die §§ 859 ff., 903, 1004 BGB; aus dem Strafrecht insbesondere die §§ 123, 201a StGB.

Ein grundrechtliches Leistungsrecht (§ 1 Rn. 29) auf eine Wohnung verbürgt Art. 13 GG allerdings nicht. Anders formuliert: Art. 13 GG schützt die Privatheit der Wohnung, nicht das Besitzrecht an einer Wohnung (vgl. aber Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG, § 7 Rn. 31 ff.).[40] 29

e) Was sind Eingriffe in Art. 13 GG?

Art. 13 GG schützt vor staatlichem Eindringen in die Wohnung. Ein solches Eindringen kann neben dem physischen Betreten der Wohnung auch durch Überwachung (bspw. durch **Abhörvorrichtungen**) von außen erfolgen.[41] Kein Eingriff liegt hingegen vor, wenn die Vorgänge in der Wohnung ohne Weiteres von außen wahrnehmbar sind (etwa lautstarke Kommunikation bei offenem Fenster).[42] Daneben ist das Verweilen in der Wohnung gegen den Willen des oder der Berechtigten als Eingriff zu qualifizieren. Dies gilt auch für den Fall, dass die Wohnung mit (ausdrücklicher oder konkludenter, jedenfalls wirksamer und freiwilliger) Einwilligung betreten wurde. 30

Maßgeblich für einen Eingriff in Art. 13 GG ist also, dass eine Verletzung der Privatsphäre vorliegt. Fehlt es daran, etwa bei Abriss der Wohnung, so ist Art. 13 GG nicht betroffen. Hier können mitunter Eingriffe in die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zu prüfen sein. Ebenso wenig stellt das → Betreten von Betriebs- und 31

38 Vgl. BVerfGE 97, 228, 266 (Kurzberichterstattung [1998]).
39 Vgl. BVerfGE 89, 1 (Besitzrecht des Mieters [1993]); *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 14.
40 Vgl. BVerfGE 89, 1, 11 f. (Besitzrecht des Mieters [1993]).
41 Siehe *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 42 ff.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 29 ff.
42 Vgl. BVerfGE 109, 279, 327 (Großer Lauschangriff [2004]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Geschäftsräumen (§ 20 Rn. 45 f.) zur **Besichtigung** (bspw. zur Einhaltung von Hygienebestimmungen, vgl. § 22 GastG) durch staatliche Behörden einen Eingriff in Art. 13 GG dar.[43] Im Vordergrund steht bei einem selchen Betreten die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen, nicht eine ziel- und zweckgerichtete Suche im Sinne einer Durchsuchung nach Art. 13 Abs. 2 GG.

32 Schließlich muss bei Art. 13 GG zwischen drei verschiedenen Arten von Eingriffen differenziert werden:[44]

- Abs. 2 erfasst Durchsuchungen,
- Abs. 3–6 regeln den Einsatz technischer Hilfsmittel und
- Abs. 7 übrige Maßnahmen.

Die Klassifizierung des Eingriffs spielt dabei hinsichtlich der Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der jeweiligen Maßnahme eine maßgebliche Rolle.

f) Wie kann ein Eingriff in Art. 13 GG gerechtfertigt werden?

33 Wie bereits aus dem Strukturbild (§ 20 Rn. 20) des Art. 13 GG ersichtlich, gelten je nach Eingriffsart innerhalb der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung verschiedene Schranken. Es handelt sich dabei ausschließlich um qualifizierte Gesetzesvorbehalte (§ 4 Rn. 6). Die einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen müssen daher als Schranken-Schranke das Zitiergebot gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) beachten.

JuS 2008, 607 ◆
JuS 2011, 605
JuS 2013, 322

34 (1) **Durchsuchungen** i.S.d. Art. 13 Abs. 2 GG

> ▶ dienen als Mittel zum Auffinden und Ergreifen einer Person, zum Auffinden, Sicherstellen oder zur Beschlagnahme einer Sache oder zur Verfolgung von Spuren. **Begriffsmerkmal der Durchsuchung ist somit die Suche nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung.** Eine solche Maßnahme ist mit dem Betreten einer Wohnung durch Träger hoheitlicher Gewalt nicht notwendigerweise verbunden. Eine Wohnung kann auch zur Vornahme anderer Amtshandlungen betreten werden. So ist z.B. die Besichtigung einer Wohnung zur Feststellung, ob der Inhaber seinen Beruf ordnungsgemäß ausübt, keine Durchsuchung der Wohnung. Kennzeichnend für die Durchsuchung ist das **ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe in einer Wohnung**, um dort planmäßig etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will, etwas nicht klar zutage Liegendes, vielleicht Verborgenes aufzudecken oder ein Geheimnis zu lüften; mithin das Ausforschen eines für die freie Entfaltung der Persönlichkeit wesentlichen Lebensbereichs, das unter Umständen bis in die Intimsphäre des Betroffenen dringen kann.
>
> **BVerwGE 47, 31, 36 f. (Räumung einer Wohnung [1974]) = NJW 1975, 130** ◀

43 Vgl. BVerfGE 32, 54, 76 f. (Betriebsbetretungsrecht [1971]).
44 Einen Überblick bietet *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 13, Rn. 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gem. Art. 13 Abs. 2 GG dürfen Durchsuchungen grundsätzlich nur nach einer vorherigen richterlichen Anordnung durchgeführt werden (**Richtervorbehalt**) und müssen verhältnismäßig sein.[45] Eine nachträgliche Genehmigung durch ein Gericht genügt nicht. Eine Ausnahme vom Richtervorbehalt besteht bei Gefahr im Verzug, wenn also die durch die Einschaltung des Gerichts unvermeidliche Verzögerung den Erfolg der Durchsuchung gefährden würde. Diese Ausnahme ist restriktiv anzuwenden.[46] Ermächtigungsgrundlagen für Durchsuchungen finden sich etwa in den §§ 102 ff. StGB und § 758 ZPO. 35

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.) ist ferner der Zweck der Durchsuchung (bspw. die Schwere der vorgeworfenen Straftat, Verdachtsgrad) mit den Beeinträchtigungen durch die Durchsuchung abzuwägen. 36

(2) Eine **Informationsbeschaffung durch technische Hilfsmittel** i.S.d Art. 13 Abs. 3–5 GG ist beim Einsatz akustischer und optischer Überwachungsmaßnahmen gegeben – etwa bei Verwendung von Abhörgeräten („Wanzen"), Videoüberwachung oder Wärmebildkameras. Bei diesen technischen Überwachungsmaßnahmen sind die Schranken nach dem Zweck der Maßnahme zu differenzieren: 37

- Art. 13 Abs. 3 GG bildet die Schranke für Überwachungsmaßnahmen zum Zwecke der Strafverfolgung (sog. **repressive Maßnahmen**),
- Art. 13 Abs. 4 GG regelt Maßnahmen zur Gefahrenabwehr (sog. **präventive Maßnahmen**) und
- Art. 13 Abs. 5 GG betrifft die Überwachung **zum Schutz der in einer Wohnung im Einsatz tätigen Personen** (bspw. verdeckte Ermittler:innen).

Die Maßnahmen des Art. 13 Abs. 3 und 4 GG werden als **„großer Lauschangriff"** bezeichnet. Im Unterschied zum **„kleinen Lauschangriff"**, der in Art. 13 Abs. 5 GG geregelt ist, geht es dabei um die Gewinnung von Informationen, die nicht gegenüber einer im Einsatz der Polizei tätigen Person offenbart werden, also um Informationen, die aus der Privatsphäre stammen. 38

Der **große Lauschangriff zur Strafverfolgung** gem. Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG rechtfertigt nur die *akustische* Überwachung von Wohnungen; umfasst ist davon auch das Betreten der Wohnung zur Installation von technischen Hilfsmitteln.[47] Formal gilt zu beachten, dass die Anordnung einer Überwachung zur Strafverfolgung grundsätzlich durch einen mit drei Richter:innen besetzten Spruchkörper angeordnet werden muss (S. 3). Bei Gefahr im Verzug kann sie ausnahmsweise auch durch einen oder eine Einzelrichter:in getroffen werden (S. 4). Ferner 39

45 Vgl. BVerfGE 51, 97, 107 f. (Zwangsvollstreckung I [1979]); 96, 44, 52 ff. (Durchsuchungsanordnung II [1997]); *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 67 ff.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 42 ff.

46 So BVerfGE 103, 142, 153 ff. (Wohnungsdurchsuchung [2001]); 139, 245, Rn. 68 f. (Durchsuchungen durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen [2015]); ferner *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 46 ff.; *Lepsius*, Jura 2002, 259.

47 *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 89 ff.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist die Maßnahme zeitlich zu befristen (S. 2).[48] Materiell setzt Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG einen durch konkrete Umstände begründeten Verdacht einer besonders schweren Straftat voraus. Welche Straftaten „besonders schwer" sind, hat der Gesetzgeber unter anderem in § 100b StPO normiert (vgl. dazu die Implikationen des Art. 13 GG für die Strafverfolgung, § 20 Rn. 51). Einen bestimmten Verdachtsgrad legt Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG nicht fest.

Orientieren kann man sich allerdings an den strafprozessualen Verdachtsgraden:[49] So ist ein hinreichender Tatverdacht wohl nicht erforderlich; umgekehrt dürften ein Anfangsverdacht bzw. bloße Vermutungen nicht genügen.

40 Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (§ 4 Rn. 30 ff.) ist zu erörtern, ob von der Überwachung verwertbare Erkenntnisse zu erwarten sind und ob die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig schwierig oder aussichtslos wäre (*ultima ratio*). Zudem können im Rahmen der Angemessenheit auch mögliche Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter (bspw. von Mitbewohner:innen in der Wohnung) zu berücksichtigen sein.

41 Besonders hervorzuheben ist die Nähe des Art. 13 GG zur Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG, § 20 Rn. 24). Die Menschenwürde bildet dabei die äußere Grenze der Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen: Kommunikation, die zum Kernbereich der privaten Lebensgestaltung gehört, darf nie abgehört bzw. muss die Abhörmaßnahme sofort beendet werden (etwa bei Gesprächen innerhalb der Familie, mit Ärzt:innen oder Rechtsanwält:innen; siehe dazu die Ausführungen zur Sphärentheorie im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, § 19 Rn. 10 ff.).[50]

42 Der **große Lauschangriff zur Gefahrenabwehr** gem. Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG erlaubt den Einsatz sowohl *akustischer* als auch *optischer* Überwachungsmaßnahmen.[51] Die Durchführung dieser Maßnahmen bedarf der richterlichen Anordnung. Bei Gefahr im Verzug kann die Maßnahme auch durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle (bspw. der Staatsanwaltschaft) angeordnet werden (S. 2); eine richterliche Entscheidung ist jedoch unverzüglich nachzuholen. Aus materieller Sicht darf eine Maßnahme nach Art. 13 Abs. 4 S. 1 GG nur zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, durchgeführt werden. Eine dringende Gefahr ist bei einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für erhebliche Sach- und Vermögenswerte anzunehmen.[52] Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gilt dabei: je schwerer der drohende Schaden ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Zudem

48 Sie ist für eine Höchstdauer von vier Wochen zulässig, vgl. BVerfGE 109, 279, 361 (Großer Lauschangriff [2004]).

49 Eine Übersicht der verschiedenen Verdachtsgrade bietet *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl., § 8 Rn. 3.

50 Vgl. BVerfGE 109, 279, 324 (Großer Lauschangriff [2004]); 141, 220, Rn. 129 (Teilweise Verfassungswidrigkeit des Bundeskriminalamtsgesetzes [2016]); ausführlich *Poscher*, JZ 2009, 269; *Haverkamp*, Jura 2010, 492.

51 *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 122 ff.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 60 ff.

52 Vgl. BVerfGE 109, 279, 379 (Großer Lauschangriff [2004]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

darf auch zur Gefahrenabwehr nicht in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen werden.

Der **kleine Lauschangriff** gem. Art. 13 Abs. 5 S. 1 GG dient dem Schutz der im Einsatz tätigen Personen, bspw. verdeckter Ermittler:innen (§ 110a Abs. 2 StPO) oder eingesetzter Vertrauenspersonen (sog. V-Leute).[53] Anders als beim großen Lauschangriff bedarf es hierzu keiner richterlichen Entscheidung; es genügt die Anordnung durch eine gesetzlich bestimmte Stelle. Die Entscheidung eines oder einer Richter:in ist nur dann erforderlich, wenn die durch die Überwachung gewonnenen Erkenntnisse zu Strafverfolgungs- oder Gefahrenabwehrzwecken genutzt werden sollen (S. 2). Bei Gefahr im Verzug kann diese nachgeholt werden. Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung gelten die Ausführungen zum großen Lauschangriff entsprechend. 43

(3) **Übrige Maßnahmen** i.S.d. Art. 13 Abs. 7 GG sind Eingriffe, die weder Durchsuchungen (Abs. 2) noch technische Wohnraumüberwachungen (Abs. 3–5) darstellen. Art. 13 Abs. 7 Var. 1 GG normiert eine verfassungs*unmittelbare* Eingriffsermächtigung, wonach solche Eingriffe zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr vorgenommen werden dürfen.[54] Inwiefern es zusätzlich einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, ist dabei ein rein theoretisches Problem; jedenfalls mit den **polizeilichen Generalklauseln** (bspw. § 11 HSOG, § 8 PolG NRW, Art. 11 PAG) sind gesetzliche Grundlagen vorhanden. Art. 13 Abs. 7 Var. 2 GG ist ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6), der Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG zulässt, soweit sie zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden. 44

g) Welche verfassungsrechtlichen Anforderungen stellt das BVerfG an Betretungs- und Besichtigungsrechte für Geschäfts- und Betriebsräume?

Auf Eingriffsebene (§ 20 Rn. 30) wurde bereits festgestellt, dass Betretungs- und Besichtigungsrechte für Geschäfts- und Betriebsräume keinen Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG darstellen. Das BVerfG stellt indessen die folgenden Anforderungen an das Betreten und Besichtigen von Geschäfts- und Betriebsräumen: 45

> ▶ Grenzt man den Kreis der hiernach nicht mehr als „Eingriffe und Beschränkungen" zu qualifizierenden Betretungs- und Besichtigungsrechte für Geschäfts- und Betriebsräume sachgemäß – d. h. unter Beachtung namentlich des Art. 2 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit – ab, so ergibt sich, daß insbesondere folgende Voraussetzungen zu fordern sind:
>
> a) eine besondere gesetzliche Vorschrift muß zum Betreten der Räume ermächtigen;

53 Dazu *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 135 ff.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 64 ff.; *Hohnerlein*, NVwZ 2016, 511; *Schäfer*, NVwZ 2022, 360.

54 *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 148 ff.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 72 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) das Betreten der Räume, die Vornahme der Besichtigungen und Prüfungen müssen einem erlaubten Zweck dienen und für dessen Erreichung erforderlich sein;

c) das Gesetz muß den Zweck des Betretens, den Gegenstand und den Umfang der zugelassenen Besichtigung und Prüfung deutlich erkennen lassen;

d) das Betreten der Räume und die Vornahme der Besichtigung und Prüfung ist nur in den Zeiten statthaft, zu denen die Räume normalerweise für die jeweilige geschäftliche oder betriebliche Nutzung zur Verfügung stehen.

Ist unter diesen Voraussetzungen das Betreten der Geschäfts- und Betriebsräume durch Beauftragte von Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit nicht als eine Beeinträchtigung des Rechts der Unverletzlichkeit der Wohnung anzusehen, so wird dadurch naturgemäß nicht ausgeschlossen, daß das Verwaltungshandeln, dessen Durchführung es dient, als solches unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten beanstandet werden kann.

BVerfGE 32, 54, 76 f. (Betriebsbetretungsrecht [1971]) ◀

◆ 46 Die Entscheidung des BVerfG ist auf vielfältige Kritik gestoßen.[55] Im Kern wird bemängelt, dass das BVerfG mit dieser Rechtsprechung in freier richterlicher Rechtsschöpfung gleichsam einen fiktiven Abs. 8 schaffe, obwohl auch die Rechtsprechung als Staatsgewalt an die Verfassung gebunden sei (Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 3 GG).

h) Wrap-Up: Prüfungsschema

47



Jurafuchs

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: Wohnung

Schutz der Privatwohnung (= Räume, die der allgemeinen Zugänglichkeit durch räumliche Abschottung entzogen sind und zur Stätte privaten Lebens und Wirkens gemacht werden)

Schutz von Betriebs- und Geschäftsräumen

II. Eingriff

Drei Eingriffsarten (Art. 13 Abs. 2–7 GG)

Durchsuchung

Einsatz technischer Hilfsmittel

übrige Maßnahmen

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

55 Siehe *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 62 f.; *Kunig/Berger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 69 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausschließlich qualifizierte Gesetzesvorbehalte
je nach Eingriffsart verschiedene Schranken
Schranken-Schranken:
insb. Verhältnismäßigkeit
Unverletzlichkeit des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Weiterführende Hinweise

Wißmann, Grundfälle zu Art. 13 GG, JuS 2007, 324; 426
Schoch, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, Jura 2010, 22
Sachs, Grundrechte: Fernmeldegeheimnis und Unverletzlichkeit der Wohnung, JuS 2012, 374

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Welche Grundrechte können bei Online-Durchsuchungen betroffen sein?

48 ◆

Online-Durchsuchung meint die heimliche Infiltration informationstechnischer Systeme der Bürger:innen durch staatliche Stellen zur Daten- und Informationsbeschaffung (etwa das Erstellen von Screenshots, die Raumüberwachung mittels Web-Cam oder die Ausspähung der Festplatte).[56] Eines der größten Probleme für die richtige rechtliche Behandlung der Online-Durchsuchung ist, das konkret einschlägige Grundrecht und damit einhergehend den Maßstab für die Prüfung zu erkennen. In Betracht kommen dabei vor allem



Quellen-Telekommunikationsüberwachung und Online-Durchsuchungen

- die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG),
- das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) und
- das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. Computer-Grundrecht, § 19 Rn. 23 ff.) als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

49 ◆

Mit Blick auf die Betroffenheit des Art. 13 GG betont das BVerfG abermals den räumlichen Schutz der Privatsphäre und stellt klar:

> ▶ Darüber hinaus kann eine staatliche Maßnahme, die mit dem heimlichen technischen Zugriff auf ein informationstechnisches System im Zusammenhang steht, an Art. 13 Abs. 1 GG zu messen sein, so beispielsweise, **wenn und soweit Mitarbeiter der Ermittlungsbehörde in eine als Wohnung geschützte Räumlichkeit eindringen, um ein dort befindliches informationstechnisches System physisch zu manipulieren.** [...] Art. 13 Abs. 1 GG vermittelt dem Einzelnen allerdings keinen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz gegen die Infiltration seines in-

56 Dazu *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 234; *Derin/Golla*, NJW 2019, 1111; *Kutscha*, NJW 2007, 1169.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

formationstechnischen Systems, auch wenn sich dieses System in einer Wohnung befindet. Denn der Eingriff kann **unabhängig vom Standort** erfolgen, so dass ein raumbezogener Schutz nicht in der Lage ist, die spezifische Gefährdung des informationstechnischen Systems abzuwehren. Soweit die Infiltration die Verbindung des betroffenen Rechners zu einem Rechnernetzwerk ausnutzt, lässt sie die **durch die Abgrenzung der Wohnung vermittelte räumliche Privatsphäre unberührt**.

BVerfGE 120, 247, Rn. 193 f. (Online-Durchsuchungen [2008]) ◀

◆ 50



JuS 2010, 719 ◆
JuS 2012, 223

Im Vordergrund steht sodann die Abgrenzung von Art. 10 Abs. 1 GG und dem in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.[57] Maßgeblich ist hier, ob ein laufender Kommunikationsvorgang betroffen ist oder sich die Daten innerhalb eines informationstechnischen Systems (bspw. auf dem Server) befinden: Art. 10 Abs. 1 GG betrifft die zwischen Individuen bestehende Kommunikationsverbindung, das Computer-Grundrecht den persönlichen Datenbestand innerhalb eines informationstechnischen Systems. Im Einzelfall ist daher genau zu differenzieren, in welchem Kommunikationsstadium die Behörden auf die Daten zugegriffen haben.

2. Was sind die Implikationen des Art. 13 GG für die Strafverfolgung?

◆ 51

Auch außerhalb des Verfassungsrechts kommt dem Schutz der Wohnung eine erhebliche Bedeutung zu, gerade im **Strafprozessrecht**. Im Zentrum der Rechtsprechung stehen dabei vor allem die einfachgesetzlichen Ausgestaltungen der sog. „**Lauschangriffe**“ auf Grundlage des Art. 13 Abs. 3–5 GG. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen wurden 1998 im Grundgesetz normiert, begegneten allerdings Kritik:[58] Der Wortlaut des Art. 13 Abs. 3 und 4 GG erlaube auch Überwachungsmaßnahmen, die Einzelne in ihrem unantastbaren Kernbereich privater Lebensführung beträfen. Eine solche Ermächtigung verstoße offensichtlich gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG, § 7 Rn. 8) und damit gegen einen änderungsfesten Grundsatz des Art. 79 Abs. 3 GG (Ewigkeitsklausel, § 5 Rn. 19). Es handele sich also wohl um verfassungswidriges Verfassungsrecht (§ 5 Rn. 16 ff.). Die Senatsmehrheit des BVerfG hat allerdings auf der Grundlage einer verfassungskonformen Auslegung des Art. 13 GG, nach der Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensführung jeglicher Abwägung entzogen und verboten sind, entschieden, dass der große Lauschangriff verfassungsgemäß sei.[59] Aufgrund dieser Entscheidung musste der Gesetzgeber die Eingriffsnormen der StPO (§§ 100a ff. StPO) anpassen. Insbesondere ein großer Lauschangriff kann seither nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen durchgeführt werden. Neben einem wirksamen Schutz des Kernbereichs müssen auch ein effektiver

57 Ausführlich dazu *Bantlin*, JuS 2019, 669; *Martini/Fröhlingsdorf*, NVwZ 2020, 1803.
58 Siehe etwa *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 13, Rn. 93 ff. m.w.N.; *Gusy*, JuS 2004, 457.
59 Vgl. BVerfGE 109, 279, 311 ff. (Großer Lauschangriff [2004]); a.A. das Sondervotum der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt (382 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtsschutz gewährleistet und Löschpflichten normiert werden.[60] Informationen, die aus rechtswidrigen Überwachungsmaßnahmen erlangt werden, unterliegen einem **Verwertungsverbot** im Strafverfahren.

3. Ist die Vorratsdatenspeicherung mit den Grundrechten vereinbar?

Das Instrument der **Vorratsdatenspeicherung** – also die anlasslose, flächendeckende und ausnahmslose Speicherung der Telekommunikationsdaten von vielen Millionen Nutzer:innen, um in Einzelfällen auf sie zugreifen zu können – kam erstmals im Zuge zunehmender terroristischer Bedrohungslagen (Anschläge in New York, London und Madrid) Anfang der 2000er Jahre auf. Die Überwachung elektronischer Kommunikation gilt dabei als wichtiges Mittel für die Bekämpfung und zur Verhütung und Verfolgung von Straftaten. 52



Vorratsdaten-speicherung

Die erste Einführung einer Vorratsdatenspeicherung in Deutschland wurde mit Umsetzung der Richtlinie RL 2006/24/EG im Rahmen des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung 2007 erlassen. Seitdem beschäftigt die Vorratsdatenspeicherung Gerichte auf nationaler und europäischer Ebene.[61] Im Zentrum der Diskussion steht die schwierige Abwägung zwischen Sicherheit und Freiheit.[62] 53

Das BVerfG erklärte 2010 die Speicherpflichten der Telekommunikationsanbieter:innen nach §§ 113a, 113b TKG a.F. sowie teilweise die Zulässigkeit des Datenabrufs durch die Strafverfolgungsbehörden nach § 100g StPO a.F. für verfassungswidrig. Dabei betont das Gericht insbesondere die Schwere des Eingriffs in Art. 10 Abs. 1 GG: 54

> ▶ [Es handelt] 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. [...] **Die Aussagekraft dieser Daten ist weitreichend**. 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. Je nach Nutzung der Telekommunikation und künftig in zunehmender Dichte kann **eine solche Speicherung die Erstellung aussagekräftiger Persönlichkeits- und Bewegungsprofile praktisch jeden Bürgers ermöglichen**.
>
> Besonderes Gewicht bekommt die Speicherung der Telekommunikationsdaten weiterhin dadurch, dass sie selbst und die vorgesehene Verwendung der gespei-

60 Zu einer zusammenfassenden Zusammenfassung der Rechtsprechungslinie siehe BVerfGE 141, 220 (Bundeskriminalamtsgesetz [2016]).

61 Eine Übersicht bieten *Müller/Schwabenbauer*, NJW 2021, 2079; *Oehmichen/Mickler*, NZWiSt 2017, 298; zur amerikanischen Rechtsprechung vgl. *Gärditz/Stuckenberg*, JZ 2014, 209.

62 Vgl. *Becker*, NVwZ 2015, 1335; *Dürr*, JA 2019, 432; *Pötters/Werkmeister*, Jura 2013, 5; *Roßnagel*, NJW 2016, 533.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cherten 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.

BVerfGE 125, 260, Rn. 210 ff. (Vorratsdatenspeicherung [2010]) ◀

55 Das BVerfG verlangte zudem eine verhältnismäßige Ausgestaltung einer solchen Datenspeicherung: Erforderlich seien hinreichend normklare Regelungen hinsichtlich der Datensicherheit, der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes.[63] Ähnlich entschied auch der EuGH mittlerweile in mehreren Verfahren, bei denen er eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 7 EU-GRCh und Art. 8 EU-GRCh durch die Vorratsdatenspeicherung annahm.[64]

56 Neuen Stoff bekommt die Diskussion rund um die Vorratsdatenspeicherung insbesondere durch eine aktuelle Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2020:[65] Die Grundhaltung des Gerichts ist zwar unverändert – eine präventive anlasslose Vorratsdatenspeicherung sei mit den Unionsgrundrechten grundsätzlich nicht vereinbar. Allerdings zeigt der EuGH in leichter Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung Gestaltungsspielräume je nach Eingriffsintensität und Schutzzweck auf. So könne die allgemeine und unterschiedslose Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten in dem Fall gerechtfertigt sein, dass sich der betreffende Mitgliedsstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernsten Bedrohung für die nationale Sicherheit gegenübersehe.[66] Zulässig bleibe daneben die gezielte Vorratsdatenspeicherung zur Bekämpfung schwerer Kriminalität sowie zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit.[67]

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie wird der Schutz der Privatsphäre in der EMRK gewährleistet?

57 Der Schutz der Privatsphäre wird umfassend in Art. 8 EMRK gewährleistet: Neben dem Schutz des Familienlebens (§ 17 Rn. 38 ff.) und des Privatlebens (§ 19 Rn. 34 ff.) steht vor allem der Schutz der Wohnung und der Korrespondenz im Zentrum, also der Schutz der Privatsphäre unter räumlichen und kommunikativen Gesichtspunkten.

58 Der konventionsrechtliche Schutzbereich entspricht dabei nahezu dem der Art. 10 GG und Art. 13 GG. So bezieht auch der EGMR Büro- und Geschäfts-

63 Vgl. BVerfGE 125, 260 (Vorratsdatenspeicherung [2010]); *Martini*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 10, Rn. 201 ff.
64 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2014:238 – Digital Rights Ireland Ltd.; ECLI:EU:C:2016:970 – Tele2 Sverige; ECLI:EU:C:2020:790 – Privacy International; ECLI:EU:C:2021:152 – H.K.; *Ziebarth*, ZUM 2017, 398.
65 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2020:791 – La Quadrature du Net ua; dazu *Ogorek*, NJW 2021, 531.
66 EuGH, ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 137 – La Quadrature du Net ua.
67 EuGH, ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 147 – La Quadrature du Net ua.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

räume in den Schutzbereich der Wohnung mit ein.[68] Ferner ist der Begriff „Korrespondenz" weit und technikoffen zu interpretieren: Umfasst ist jede individuelle Kommunikation, unabhängig von der Art und Weise der Kommunikation (bspw. Brief, Telefon, E-Mail).[69]

59 Die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Privatsphäre ist unter der Maßgabe des Art. 8 Abs. 2 EMRK möglich: Es bedarf danach einer gesetzlichen Grundlage, eines legitimen Zwecks für die Einschränkung sowie der Notwendigkeit der Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft zur Zweckerreichung. Darüber hinaus hat der EGMR erhöhte Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage bei Eingriffen in die individuelle Kommunikation oder der Wohnung gestellt.[70] Demnach müssen die Bürger:innen dem Gesetz entnehmen können, unter welchen Voraussetzungen Behörden bestimmte Maßnahmen treffen dürfen. Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung können nicht gerechtfertigt werden.

2. Wie wird der Schutz der Privatsphäre in der EU-GRCh gewährleistet?

60 Die Normierung des Schutzes der Privatsphäre in der EU-GRCh ist eng an die der EMRK angelehnt: So entspricht Art. 7 EU-GRCh nahezu wortgleich der Vorschrift des Art. 8 EMRK. Lediglich der Begriff der Korrespondenz wurde durch den der **Kommunikation** ersetzt. Bedeutung und Reichweite des Schutzes des Art. 7 EU-GRCh bestimmen sich daher maßgeblich nach dem Konventionsrecht. Einschränkungen sind unter den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh möglich. Aufgrund des Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh ist dabei den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK Rechnung zu tragen.[71]

68 Vgl. EGMR v. 16.12.1992, 13710/88 – Niemitz.
69 Vgl. EGMR v. 6.9.1978, 5029/71, Rn. 41 – Klass ua.
70 Siehe EGMR v. 10.3.2009, 4378/02, Rn. 78 – Bykov/Russland; 29.6.2006, 54934/00, Rn. 93 f. – Weber u. Saravia/Deutschland; 4.6.2013, 7841/08, Rn. 35 – Peruzzo u. Martens.
71 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2015:832, Rn. 70 – WebMindLicenses.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 21 Allgemeine Handlungsfreiheit

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG 2
a) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG? 2
b) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG? 9
c) Was sind Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG? 11
d) Wie kann ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden? 12
e) Wie verhält sich Art. 2 Abs. 1 GG zu anderen Grundrechten? 18
f) Wrap-Up: Prüfungsschema 21
2. Die Elfes-Entscheidung 22
a) Sachverhalt 22
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 23
c) Relevanz der Elfes-Entscheidung 25
II. Vertiefung und Kontextualisierung 27
1. Was schützt die Vertragsfreiheit? .. 27
2. Was umfasst das Grundrecht auf schulische Bildung? 30
III. Europarechtliche Dogmatik 31
Wie wird die allgemeine Handlungsfreiheit auf europarechtlicher Ebene geschützt? 31

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG (§ 21 Rn. 12 ff.)
- die Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit auf europarechtlicher Ebene (§ 21 Rn. 31 f.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Reichweite der allgemeinen Handlungsfreiheit (§ 21 Rn. 2 ff.)
- das Verhältnis des Art. 2 Abs. 1 GG zu anderen Grundrechten (§ 21 Rn. 18 ff.)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung der allgemeinen Handlungsfreiheit (§ 21 Rn. 21)
- die Darstellung des Grundrechts auf schulische Bildung (§ 21 Rn. 30)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- inwieweit die Vertragsfreiheit Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit ist (§ 21 Rn. 27 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- das überkommene Verständnis der „verfassungsmäßigen Ordnung“ i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GG und die Implikationen für den Prüfungsumfang des BVerfG (§ 21 Rn. 13)
- die wesentlichen Aussagen der Elfes-Entscheidung (§ 21 Rn. 23 f.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- die Bedeutung des weiten Schutzbereichsverständnisses des Art. 2 Abs. 1 GG für das Dogma der Beziehung zwischen Staat und Mensch (§ 21 Rn. 6)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

a) Was ist der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG?

Die Besonderheit des von Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechts ist, dass ihm nach heute einhelliger Auffassung eine Auffangfunktion (§ 21 Rn. 20) für alle Verhaltensweisen, die nicht bereits durch ein spezielleres Freiheitsrecht umfasst sind, zukommt. Das ist der Grund dafür, dass es hier am Ende der Freiheitsrechte und dass ausnahmsweise der sachliche Schutzbereich vor dem persönlichen behandelt wird. 2



Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Zwar schützt Art. 2 Abs. 1 GG seinem Wortlaut nach die freie Entfaltung der Persönlichkeit, weswegen vereinzelt gefordert wurde, dass nur solches Verhalten von Art. 2 Abs. 1 GG umfasst sein soll, das für die Persönlichkeitsentfaltung bedeutsam ist (Persönlichkeits*kern*), da andernfalls eine „Banalisierung der Grundrechte“ drohe.[1] Das BVerfG hat jedoch bereits in seiner frühen Elfes-Entscheidung (§ 21 Rn. 23) die Weichen für ein weites Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne einer **umfassenden allgemeinen Handlungsfreiheit** gestellt.[2] Zur Begründung greift es u.a. auf den (nur aus sprachlichen, nicht aus rechtlichen Gründen veränderten) ersten Formulierungsvorschlag im Parlamentarischen Rat zurück, der das geschützte Verhalten mit der simplen Formel umschrieb: „Jeder kann tun und lassen was er will.“[3] 3

Dieser Gedanke findet seinen Ursprung bereits in der französischen Verfassung, wonach jedes Verhalten zu schützen ist, das andere nicht beeinträchtigt: 4

1 So *Grimm* in seinem Sondervotum zu BVerfGE 80, 137, 168 (Reiten im Walde [1989]).
2 Siehe BVerfGE 6, 32, 36 (Elfes [1957]); ferner *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 18 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 8 ff.
3 BVerfGE 6, 32, 36 (Elfes [1957]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.
Art. 4 der Menschen- und Bürgerrechtserklärung 1798 ◀

5 Das BVerfG beschreibt das von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Verhalten zusammenfassend wie folgt:

▶ 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.
BVerfGE 80, 137, 152 (Reiten im Walde [1989]) ◀

6 So sind nach der Judikatur des BVerfG im Ergebnis auch das Reiten im Walde[4] oder das Füttern von Tauben[5] grundrechtlich geschützt. Die allgemeine Handlungsfreiheit bietet damit einen umfassenden Freiheitsschutz, mit dessen Hilfe auch auftretende Schutzlücken effektiv geschlossen werden können. Hinter diesem Verständnis steht die Überzeugung, dass jede (menschliche) Wahrnehmung von Freiheit grundsätzlich erlaubt ist, während jede (staatliche) Einschränkung grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig ist: Die Grundrechtsträger:innen handeln aus ihrer Freiheit heraus, ihr Verhalten bedarf rechtlich keiner Begründung; der Staat darf hingegen nur in Wahrnehmung von Aufgaben und in Ausübung von Kompetenzen agieren, jede seiner Maßnahmen ist zu rechtfertigen. Der Staat muss unter Rückgriff auf das Gemeinwohl[6] begründen, wieso man Steuern zahlen muss[7], wieso man nicht ohne Helm Motorrad fahren[8], wieso man keine Tauben füttern[9] und wieso man kein Cannabis konsumieren darf[10]. Die Bürger:innen können mit der substantiierten Behauptung, in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG verletzt zu sein, *jeden* (belastenden) Hoheitsakt verfassungsrechtlich kontrollieren lassen. Damit ist der Grundrechtsschutz durch die allgemeine Handlungsfreiheit auch ein wichtiges Element der grundgesetzlichen Rechtsstaatlichkeit: Es gibt keine rechtsfreien Räume.

7 Diese Rechtfertigungspflicht gilt im Übrigen auch in (dynamischen) Notlagen, wie der Corona-Pandemie: Der Staat muss Freiheitsbeschränkungen stetig überprüfen, anpassen und ihre Verhältnismäßigkeit begründen.[11]

4 BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde [1989]).
5 BVerfGE 54, 143 (Taubenfütterungsverbot [1980]).
6 Rein paternalistische Rechtfertigungsansätze, die nur auf das Wohl der jeweiligen Grundrechtsberechtigten selbst abstellen, ohne einen Gemeinwohlbezug aufzuweisen, vermögen einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nicht zu legitimieren. Sie sind allerdings selten: So geht es etwa bei der Helmpflicht nur auf den ersten Blick allein um Gesundheitsschutz (paternalistisches Motiv); daneben geht es etwa auch um den Einsatz der Rettungsdienste, um Behandlungskosten, die der Solidargemeinschaft aufgebürdet werden, oder um die Versorgung von Invaliden (Gemeinwohlerwägungen). Vgl. dazu die Debatte um den staatlichen Einsatz von *Nudges* bei *Englerth/Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Rn. 545 ff.; *Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging, 2016.
7 BVerfGE 87, 153 (Grundfreibetrag [1992]).
8 BVerfGE 59, 275 (Schutzhelmpflicht [1982]).
9 BVerfGE 54, 143 (Taubenfütterungsverbot [1980]).
10 BVerfGE 90, 145 (Cannabis [1994]).
11 Einen Überblick bieten *Gärditz*, NJW 2021, 2761; *Goldhammer/Neuhöfer*, JuS 2021, 212; *Greve/Lassahn*, NVwZ 2022, 197; *Plebuch*, JuS 2021, 316.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wegen des ausgreifenden Schutzbereichs verbürgt Art. 2 Abs. 1 GG nur ein Abwehrrecht (§ 1 Rn. 28); andere Grundrechtsfunktionen kommen ihm grds. nicht zu, insbesondere keine Leistungs- oder Schutzdimension.[12] 8

b) Was ist der persönliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG?

Art. 2 Abs. 1 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Besondere Bedeutung kommt der allgemeinen Handlungsfreiheit für den Schutz von Ausländer:innen im Bereich der Deutschengrundrechte (§ 3 Rn. 12) zu.[13] So können sich **Nicht-EU-Ausländer:innen** zwar nicht auf das spezielle Deutschengrundrecht berufen, aber zumindest auf Art. 2 Abs. 1 GG. Damit verhindert das Grundgesetz, dass bestimmte Personengruppen im Bereich der Deutschengrundrechte gänzlich ohne Grundrechtsschutz bleiben. 9

> Beispiele: Ein britischer Student, der sich in Deutschland auf einen Studienplatz bewirbt, kann sich nicht auf die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) berufen, ihm verbleibt aber der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG. Gleiches gilt für einen türkischen, muslimischen Metzger, der Tiere ohne Betäubung schlachten (schächten) will, um seinen Kund:innen in Übereinstimmung mit ihrer Glaubensüberzeugung Fleisch anbieten zu können.[14]

Auch der persönliche Schutzbereich ist also – wie zuvor schon der sachliche – so auszulegen, dass keine rechtsfreien Räume entstehen können. Jegliches menschliche Verhalten ist damit grundrechtlich geschützt; wenn nicht durch spezielle Grundrechte mit besonderen Rechtfertigungserfordernissen, so zumindest nach Art. 2 Abs. 1 GG, einem Grundrecht mit einfachem Gesetzesvorbehalt (§ 21 Rn. 12 ff.).[15] 10

Unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.) können sich ferner auch inländische juristische Personen auf die allgemeine Handlungsfreiheit berufen.

c) Was sind Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG?

Wann einer staatlichen Maßnahme Eingriffsqualität zukommt, wird unterschiedlich ausgelegt. Unterschieden wird zwischen dem klassischen (§ 8 Rn. 9) und dem modernen (§ 8 Rn. 10) Eingriffsbegriff. Üblicherweise stehen beide gleichrangig nebeneinander. Aufgrund des weiten Schutzbereichsverständnisses des Art. 2 Abs. 1 GG wird allerdings die Frage aufgeworfen, ob der moderne Eingriffsbegriff, wonach jede Verkürzung des Schutzbereichs einen Eingriff darstellt, im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit Anwendung finden kann – oder ob bei der Eingriffsbestimmung ein restriktiverer Ansatz verfolgt werden muss, um zu vermeiden, dass die Möglichkeiten Verfassungsbeschwerde zu 11

12 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 32 ff.
13 Siehe *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 44 ff.
14 BVerfGE 104, 337, 346 (Schächten [2002]).
15 BVerfGE 78, 179, 196 f. (Heilpraktikergesetz [1988]); 104, 337, 346 (Schächten [2002]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erheben, ausufern.[16] Der moderne Eingriffsbegriff ist vor diesem Hintergrund durch sachgerechte Kriterien zu begrenzen. Dabei wird auf zwei Kriterien des klassischen Eingriffsbegriffs zurückgegriffen: **Finalität** und **Intensität**. Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG liegt nur dann vor, wenn die Beeinträchtigung staatlich beabsichtigt ist und eine gewisse Intensität für die Betroffenen aufweist.[17] Bloß geringfügige Belästigungen (Bagatellen) stellen dagegen keinen Eingriff dar. Ein substanzieller Unterschied zu den anderen Freiheitsrechten entsteht dadurch nicht; bei Art. 2 Abs. 1 GG dürfte die Abgrenzung mit Blick auf den weiten Schutzbereich lediglich von größerer Bedeutung sein.

d) Wie kann ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden?

12 Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG kann gem. Abs. 1 Hs. 2 durch eine der drei unterschiedlichen Schranken (sog. **Schrankentrias**) gerechtfertigt sein: Die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer und das Sittengesetz. In der Prüfung ist allein die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung heranzuziehen.[18]

ZJS 2015, 409
Jura 2017, 715
ZJS 2018, 255
JuS 2019, 549

13 Der Begriff der „**verfassungsmäßigen Ordnung**“ taucht im GG an mehreren Stellen auf (vgl. Art. 9 Abs. 2 GG, § 16 Rn. 12, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 28 Abs. 1 GG und Art. 98 Abs. 2 GG). Im Rahmen der Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit kommt dem Begriff allerdings mit Blick auf seine Funktion eine unabhängig von den anderen Verfassungsnormen ermittelte Bedeutung zu (funktionsdifferente Auslegung). Aufgrund des ausgreifenden Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG ist ein weites Verständnis des Schrankenvorbehalts angezeigt:[19] So umfasst die verfassungsmäßige Ordnung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG alle formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen – das heißt die gesamte Rechtsordnung (vgl. Elfes-Entscheidung, § 21 Rn. 24).[20] Dazu gehören einfache Gesetze ebenso wie untergesetzliche Normen (Rechtsverordnungen und Satzungen). Freilich müssen sich diese Normen, um Art. 2 Abs. 1 GG wirksam einschränken zu können, auf eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage zurückführen lassen (Vorbehalt des Gesetzes). Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG stellt damit einen einfachen Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6) dar.

14 **Rechte anderer** sind alle subjektiven Rechte des öffentlichen und privaten Rechts, insbesondere die Grundrechte Dritter.[21] Da auch für Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, hat diese Schranke neben der verfassungsmäßigen Ordnung keine eigenständige Bedeutung.[22] Besteht indes (noch) keine gesetzliche Grundlage – etwa aufgrund einer für den Gesetzgeber nicht vorhersehbaren Situation –, so hängt die Rechtfertigung des Eingriffs

16 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 34; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 20.
17 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 53 ff.
18 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 38 sprechen daher von einer „(unechten) Schrankentrias“ bzw. einer „Monoschranke“.
19 So BVerfGE 6, 32, 36 ff. (Elfes [1957]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 43 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 25 ff.
20 Vgl. BVerfGE 6, 32, 38 (Elfes [1957]); 103, 197, 215 (Pflegeversicherung I [2001]).
21 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 41.
22 *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 33 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vom Ergebnis der Abwägung zwischen allgemeiner Handlungsfreiheit und kollidierenden Rechten anderer ab.

Mit „**Sittengesetz**“ sind ungeschriebene Anschauungen von Moral und Sitte gemeint. Aber wer entscheidet, welchen Inhalt das Sittengesetz hat? Und wie wird gesellschaftlichem Wandel und der Dynamik sittlicher Anschauungen Rechnung getragen?[23] In letzter Konsequenz wären Gerichte, insbesondere das Verfassungsgericht – ohne jegliche materiellrechtliche Bindung und direkte demokratische Legitimation – berufen und befugt, den Inhalt des Sittengesetzes festzulegen. 15

> Ein anschauliches Beispiel zu diesem Problem bildet der rechtliche Umgang mit Homosexualität: In einer unsäglichen (dem damaligen Zeitgeist folgenden) Entscheidung urteilte das BVerfG 1957, dass „homosexuelle Betätigung gegen das Sittengesetz verstößt“;[24] heute sind gleichgeschlechtliche Lebensformen heterosexuellen Lebensformen gleichgestellt („Ehe für alle“, § 17 Rn. 7 ff.).

Vor diesem Hintergrund ist anerkannt, dass ungeschriebene moralische und sittliche Regeln nicht zur Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten (auch nicht der allgemeinen Handlungsfreiheit) herangezogen werden können: Zum einen, weil sie – wie andere ungeschriebene Regeln – dem Vorbehalt des Gesetzes nicht genügen; zum anderen, weil „Sittlichkeit“ als *moralische* Kategorie gerade keinen Maßstab *des Rechts* darstellen kann. Der Konzeption des Grundgesetzes zufolge darf es weder rechtsfreie Räume noch „**Gesinnungsrecht**“ geben. Sofern aus moralischen oder sittlichen Wertvorstellungen Verhaltenspflichten folgen sollen, bedarf es eines Gemeinwohlbelangs und einer Überführung ins Recht durch ein von der unmittelbar demokratisch legitimierten Legislative verabschiedetes Parlamentsgesetz – das dann Teil der „verfassungsmäßigen Ordnung“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG wird. Daher bildet das Sittengesetz nach zutreffender Auffassung keine eigene Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit. 16

Auf Ebene der Schranken-Schranke muss jeder Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darüber hinaus allen verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 4 Rn. 30 ff.), genügen. Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) findet keine Anwendung.[25] 17

e) Wie verhält sich Art. 2 Abs. 1 GG zu anderen Grundrechten?

Jedes menschliche Verhalten, sachlich (jenseits von Bagatellen) wie personell, wird vom Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst und einem einfachgesetzlichen Rechtfertigungsvorbehalt unterstellt. Das bedeutet zugleich, dass jeder Eingriff in ein spezielles Freiheitsgrundrecht zugleich zwingend einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG darstellt; das spezielle Freiheitsgrundrecht sieht aber regelmäßig Modifikationen in den Rechtfertigungserfordernissen vor. Die Freiheitsgrundrechte gehen der allgemeinen Handlungsfreiheit da- 18

23 *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 46 ff.
24 Vgl. BVerfGE 6, 389, 434 (Homosexuelle [1957]), siehe schon zweiter Leitsatz.
25 Vgl. BVerfGE 10, 89, 99 ((Großer) Erftverband [1959]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

her im Wege der Spezialität (§ 5 Rn. 3) vor; die allgemeine Handlungsfreiheit ist damit **subsidiär:**[26] Ist also der Schutzbereich eines anderen Freiheitsgrundrechts eröffnet, bleibt für die Anwendung der allgemeinen Handlungsfreiheit grundsätzlich kein Raum. Dadurch wird insbesondere verhindert, dass strengere Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in den speziellen Normierungen unterlaufen werden. Nur wenn kein anderes grundgesetzliches Freiheitsgrundrecht „betroffen" ist – also wenn es keinen anderen Schutzbereich gibt, der in sachlicher *und* persönlicher Hinsicht eröffnet ist – darf eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit geprüft werden.[27]

19 Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen trotz Schutzbereichseröffnung ein qualifizierter Eingriff in das spezielle Freiheitsgrundrecht abgelehnt wird – etwa im Rahmen der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG, § 14 Rn. 13 f.), wenn der angegriffenen staatlichen Maßnahme eine „berufsregelnde Tendenz" fehlt (was sich mit etwas sprachlichem Aufwand auch als Schutzbereichsbegrenzung umformulieren ließe). Um einen lückenlosen Grundrechtsschutz zu gewährleisten, ist in diesen Fällen ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG zulässig.[28]

20 Der allgemeinen Handlungsfreiheit kommt also die Funktion eines **Auffanggrundrechts** zu, das das rechtsstaatliche Freiheitsversprechen auch dort einlöst, wo andere grundrechtliche Gewährleistungen nicht hinreichen. Wegen dieser wichtigen Funktion ist Art. 2 Abs. 1 GG auch nicht „weniger wert" als andere Grundrechte.

Beispiele: Das Recht auf freie Ausreise (§ 21 Rn. 23) unterfällt der allgemeinen Handlungsfreiheit, weil diesbezüglich Art. 11 GG nicht in sachlicher Hinsicht eröffnet ist; ebenso die Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden (§ 16 Rn. 32 ff.), weil Art. 9 GG auf eine solche keine Anwendung findet.

Die „Betroffenheit" in persönlicher Hinsicht (§ 21 Rn. 9) fehlt insbesondere bei Nicht-EU-Ausländer:innen im Bereich der Deutschengrundrechte.

f) Wrap-Up: Prüfungsschema

21

I. Schutzbereich

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne

II. Eingriff

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. Verbot des Waffenbesitzes

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. staatliche Produktwarnungen

Jurafuchs

26 Vgl. BVerfGE 89, 1, 13 (Besitzrecht des Mieters [1993]); *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 21 f.; *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 2, Rn. 44 ff.

27 Vgl. BVerfGE 116, 202, 221 (Tariftreueerklärung [2006]).

28 Vgl. BVerfGE 37, 1, 17 (Weinwirtschaftsabgabe [1974]); 95, 267, 302 f. (Altschulden [1997]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG bedeutet letztlich verfassungsmäßige Ordnung = alle formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeit

Weiterführende Hinweise

Lege, Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG, Jura 2002, 753
Kahl, Grundfälle zu Art. 2 I GG, JuS 2008, 499; 595

2. Die Elfes-Entscheidung

a) Sachverhalt

Wilhelm Elfes, ehemaliger Stadtdirektor von Mönchengladbach und Mitglied des nordrhein-westfälischen Landtags, opponierte unter anderem bei öffentlichen Auftritten in Ost-Berlin, Budapest und Wien gegen die Politik *Adenauers*, insbesondere gegen die Westintegration und die sich abzeichnende Wiederbewaffnung, weil er darin eine Gefahr für die deutsche Wiedervereinigung sah. Im Jahr 1953 beantragte er bei der Passbehörde die Verlängerung seines Reisepasses. Diese sah äußere Belange der Bundesrepublik gefährdet und verweigerte die Verlängerung des Reisepasses unter Hinweis auf § 7 Abs. 1a PassG a.F. (heute § 7 Abs. 1 Nr. 1 PassG). Sein Widerspruch und seine Klagen vor den Verwaltungsgerichten blieben erfolglos. Dagegen erhob *Elfes* erfolglos Verfassungsbeschwerde. 22

Die Elfes-Entscheidung

Jurafuchs

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG äußert sich zunächst zum **Recht auf freie Ausreise**. Dieses Recht ergebe sich nicht aus Art. 11 GG, welcher nur die Freizügigkeit *innerhalb* des Bundesgebietes (§ 18 Rn. 18) gewährleiste.[29] Die Ausreisefreiheit sei dagegen als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.[30] Das BVerfG begründet dies mit Hinweis auf das weite Schutzbereichsverständnis: 23

> ▶ 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. Gerade diese, dem Individuum

29 Vgl. BVerfGE 6, 32, 34 f. (Elfes [1957]).
30 BVerfGE 6, 32, 41 f. (Elfes [1957]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als Mitglied der Gemeinschaft auferlegten Beschränkungen zeigen vielmehr, daß das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 GG die **Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne** meint.

BVerfGE 6, 32, 36 (Elfes [1957]) ◀

24 Darüber hinaus legt das BVerfG auch die sog. Schrankentrias (§ 21 Rn. 12) weit aus:

▶ 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. [...] [D]er 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.

BVerfGE 6, 32, 37 f. (Elfes [1957]) ◀

c) Relevanz der Elfes-Entscheidung

25 Das BVerfG legt sich in der Elfes-Entscheidung auf die weitestmögliche Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG als umfassende „allgemeine Handlungsfreiheit" fest. Dies hat bedeutende Konsequenzen: In *materieller* Hinsicht kommt es nachgerade zwingend zu Schutzbereichsüberschneidungen mit anderen Freiheitsgrundrechten. Die auftretenden Anwendungskonflikte sind im Rahmen der Konkurrenzen (§ 21 Rn. 18 ff.) zu lösen. In *prozessualer* Hinsicht folgt eine Ausdehnung des Prüfungsumfangs der Verfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 8):[31]

▶ 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.

BVerfGE 6, 32, 41 (Elfes [1957]) ◀

26 Das bedeutet, dass auch die Verletzung **objektiven Verfassungsrechts** – etwa die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, Verstöße gegen das Demokratie- oder Rechtsstaatsprinzip – zu einer Grundrechtsverletzung von Art. 2 Abs. 1 GG führen können. Der Verstoß gegen objektives Verfassungsrecht führt also zu einer Verletzung des subjektiven Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG (sog. **Elfes-Konstruktion**). Da im Rahmen der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung auch die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes (also Gesetzgebungskompetenz und -verfahren) geprüft wird, können diese Fragen *objektiven*

31 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 26 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfassungsrechts zu einer Verletzung des *subjektiven* Rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG führen. Das bedeutet eine erhebliche Ausdehnung des Prüfungsumfangs auf nicht individualschützende Normen.[32] Darüber hinaus beeinflusst das weite Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG auch das Verwaltungsprozessrecht. So besteht bei hoheitlichen Maßnahmen stets zumindest die Möglichkeit der Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Adressatin oder des Adressaten der Maßnahme (sog. **Adressatentheorie**).[33]

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Was schützt die Vertragsfreiheit?

Art. 2 Abs. 1 GG schützt nicht nur die *natürliche* Handlungsfreiheit, also jedes menschliche Verhalten, sondern auch die freie Gestaltung von Rechtsgeschäften (**Vertragsfreiheit**) und damit das Recht, Verträge grundsätzlich so abzuschließen, wie es der/die Einzelne möchte:[34] 27

> ▶ 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 gewährleistet die Privatautonomie** als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben".
>
> **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 leerliefe. 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.
>
> **BVerfGE 89, 214, 231 f. (Bürgschaftsverträge [1993])** ◀

Der Staat ist damit verpflichtet, durch entsprechende gesetzliche Ausgestaltungen die Vertragsfreiheit zu gewährleisten. Insofern handelt es sich bei Art. 2 Abs. 1 GG um ein normgeprägtes Grundrecht (§ 4 Rn. 44 ff.) und zudem um 28

32 Kritisch BVerfG-Richter *Grimm* in seinem Sondervotum zu BVerfGE 80, 137, 168 (Reiten im Walde [1989]), wonach das weite Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG die auf dieses Grundrecht gestützte Verfassungsbeschwerde tendenziell zur allgemeinen Normenkontrolle ausweite; ferner *Kube*, JuS 2003, 111.

33 Siehe *Kempny/Krüger*, JA 2022, 10.

34 Siehe *Kunig/Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 2, Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Institutsgarantie (§ 4 Rn. 42). Das Vertragsrecht wird dabei maßgeblich im Bürgerlichen Gesetzbuch festgelegt. Wie bei allen normgeprägten Grundrechten ist an dieser Stelle eine Abgrenzung zwischen notwendiger Ausgestaltung und rechtfertigungsbedürftigen Eingriffen vorzunehmen.[35]

29 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 wahrzunehmen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.[36] Auf Störungen der Vertragsparität kann durch die Anwendung von Generalklauseln (bspw. §§ 138, 242 BGB) angemessen reagiert werden.

2. Was umfasst das Grundrecht auf schulische Bildung?

30 Schulische Bildung ist für die Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Jugendlichen unverzichtbar. Einige Bundesländer verbürgen deshalb ausdrücklich ein **Recht auf schulische Bildung** in ihren Landesverfassungen (bspw. Art. 8 LV NRW, Art. 11 LV BW oder Art. 128 BayV). Auch auf europäischer Ebene findet sich ein solches Recht in Art. 14 EU-GRCh (§ 14 Rn. 54). In seinem zweiten Beschluss zur sog. Bundesnotbremse hat auch das BVerfG ein Grundrecht auf schulische Bildung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 GG hergeleitet.[37] Daraus folgt das Recht aller Kinder und Jugendlichen gegenüber dem Staat, ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung zu unterstützen und zu fördern. Das Recht auf schulische Bildung umfasst dabei verschiedene Grundrechtsfunktionen: Es enthält ein Abwehrrecht (§ 1 Rn. 28) gegen Maßnahmen, welche das eröffnete und wahrgenommene Bildungsangebot einer Schule einschränken; ein Teilhaberecht (§ 1 Rn. 29) auf diskriminierungsfreien Zugang zum Schulunterricht; sowie eine Schutzpflicht (§ 1 Rn. 35 ff.) des Staates. In Situationen wie der Corona-Pandemie mit einem Verbot von Präsenzunterricht sind die Länder daher verpflichtet, nach Möglichkeit Distanzunterricht zu gewährleisten.

III. Europarechtliche Dogmatik

Wie wird die allgemeine Handlungsfreiheit auf europarechtlicher Ebene geschützt?

31 Ein Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, das so weit reicht wie Art. 2 Abs. 1 GG, findet sich weder in der EMRK noch in der EU-GRCh. Der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne ist eine deutsche Besonderheit. Auf europarechtlicher Ebene wird ein inhaltlich vergleichba-

35 Vgl. BVerfGE 97, 169, 175 f. (Kleinbetriebsklausel I [1998]).
36 Vgl. BVerfGE 89, 214, 232 (Bürgschaftsverträge [1993]).
37 BVerfG NJW 2022, 167; eingehend *Nettesheim*, JZ 2022, 525.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rer Schutz aus der Zusammenschau anderer Gewährleistungen konstruiert. Zentrale Normen sind hierbei Art. 8 EMRK und Art. 7 EU-GRCh. Beide Normen fassen den Schutz von vier Rechten zusammen:

- Privatleben (§ 19 Rn. 34 ff.),
- Familienleben (§ 17 Rn. 38 ff.),
- Wohnung (§ 20 Rn. 57 ff.) und
- Korrespondenz bzw. Kommunikation (§ 20 Rn. 57 ff.).

32 Der Begriff des Privatlebens wird vom EGMR umfassend verstanden, reicht allerdings dennoch nicht so weit wie der Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG.[38] So sind nach Auffassung des EGMR reine Freizeitgestaltungen (etwa die Jagd) mangels gewichtiger Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung nicht von Art. 8 EMRK erfasst.[39]

38 Vgl. EGMR v. 29.4.2002, 2346/02, Rn. 61, 76 – Pretty/Vereinigtes Königreich.
39 EGMR v. 24.11.2009, 16072/06 – Friend/Vereinigtes Königreich.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 4: Gleichheit

§ 22 Allgemeine Lehren der Gleichheitsrechte

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Welche Gleichheitssätze gibt es im Grundgesetz? 2
2. Wie verhalten sich Freiheits- und Gleichheitsrechte zueinander? 4
3. Wie unterscheidet sich die verfassungsrechtliche Prüfung der Gleichheitsrechte von jener der Freiheitsrechte? 7
4. Was ist die Rechtfolge eines Verstoßes gegen Gleichheitsrechte? ... 12
II. Vertiefung und Kontextualisierung 17
1. Wie ist die Idee einer Gleichheitsgarantie einzuordnen? 17
2. Wie kann Gleichheit verwirklicht werden? 18
3. Von wem können Ungleichbehandlungen ausgehen? 20

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze außerhalb des Art. 3 GG (§ 22 Rn. 2 f.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Besonderheiten bei den Rechtsfolgen eines Gleichheitsverstoßes (§ 22 Rn. 12 ff.)
- die Idee der Gleichheitsgarantie (§ 22 Rn. 17)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den zweistufigen Aufbau des allgemeinen Gleichheitssatzes (§ 22 Rn. 8 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- wie Gleichheit verwirklicht werden kann (§ 22 Rn. 18 f.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- weshalb der allgemeine Gleichheitssatz keinen feststehenden Schutzbereich hat (§ 22 Rn. 7)
- von wem Ungleichbehandlungen ausgehen können (§ 22 Rn. 20 f.)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zum Verhältnis von Gleichheit und Freiheit (§ 22 Rn. 4 ff.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Welche Gleichheitssätze gibt es im Grundgesetz?

2 Im Grundgesetz sind mehrere Gleichheitsrechte verbürgt. Mit einer Verfassungsbeschwerde angreifbar ist die Verletzung

- des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG (§ 23 Rn. 4),
- der Gleichberechtigung von Mann und Frau, Art. 3 Abs. 2 GG (§ 24 Rn. 16 ff.),
- der besonderen Diskriminierungsverbote, Art. 3 Abs. 3 GG (§ 24 Rn. 2),
- des Verbots der Benachteiligung von Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG (§ 17 Rn. 2),
- des Gebots der Gleichbehandlung von ehelichen und nicht-ehelichen Kindern, Art. 6 Abs. 5 GG (§ 17 Rn. 37),[1]
- gleicher staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten, Art. 33 Abs. 1 GG (§ 24 Rn. 30 f.),
- des gleichen Zugangs zu öffentlichen Ämtern, Art. 33 Abs. 2, 3 GG (§ 24 Rn. 32 ff.) und
- der Wahlrechtsgleichheit, Art. 38 Abs. 1 S. 1 Var. 4 GG.[2]

3 Nicht mit einer Verfassungsbeschwerde, sondern im Rahmen eines Organstreitverfahrens angreifbar ist die Verletzung

- der Chancengleichheit der Parteien, Art. 21 GG[3] und
- der Gleichheit der Abgeordneten, Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG.

1 BVerfGE 151, 101 (Stiefkindadoption [2019]).
2 BVerfG NVwZ 2021, 469.
3 Ausführlich zur dogmatischen Herleitung siehe *Towfigh/Ulrich*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar Grundgesetz, 205. Aktualisierung (Juli 2020), Art. 21, Rn. 406 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wie verhalten sich Freiheits- und Gleichheitsrechte zueinander?

Gleichheits- und Freiheitsrechte werden oft in einem Spannungsverhältnis gesehen. Die Freiheitsausübung erlaubt grundsätzlich Ungleichbehandlung und kann (eine Perpetuierung oder Vergrößerung von) Ungleichheit zur Folge haben – daher führt die Durchsetzung von Gleichheitsrechten (in der Regel die Unterbindung einer Diskriminierung) tendenziell zu Freiheitsbeschränkungen. Eine solche Einflussnahme auf individuelle Entscheidungen und gesellschaftliche Prozesse kann deutliche Umverteilungseffekte zeitigen. Moderne Verfassungsstaaten versuchen das Spannungsverhältnis zu moderieren, indem sie Freiheit und Gleichheit zu „**gleicher Freiheit**" verbinden, also etwa **Chancengleichheit** bei der Wahrnehmung von Freiheitsrechten anstreben.[4] 4



Privilegientest

Vor diesem Hintergrund steht auch die grundgesetzliche Verbürgung der Gleichheit nicht im Konflikt zur Freiheitsgarantie des Grundgesetzes: Sowohl Ungleichbehandlungen als auch Freiheitseinschränkungen müssen begründet werden, wobei der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen beiden ausgestaltet. Mit anderen Worten: Gleichheit muss freiheitlich und Freiheit gleichmäßig gewährt werden.

Freiheitsrechte können ferner auch aus sich selbst heraus (*eo ipso*) über eine gleichheitsrechtliche Dimension verfügen, etwa wenn sie absolute Wertungs- und Unterscheidungsverbote enthalten. Als Beispiel kann hierbei auf die Gleichwertigkeit des Lebens (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), das Verbot der Bewertung von Meinungen (Art. 5 Abs. 1 GG) oder das Verbot der Bewertung von Religionen und Weltanschauungen durch den Staat (Art. 4 Abs. 1, 2 GG) verwiesen werden. Umgekehrt haben auch die Gleichheitsrechte eine freiheitsgewährleistende Funktion, indem sie etwa das Recht auf eine chancengleiche Teilhabe an der Gewährleistung bestimmter Freiheiten oder Wettbewerbsgleichheit garantieren. 5

Aus dem geschilderten Verhältnis und der inneren Logik von Freiheits- und Gleichheitsrechten ergeben sich Folgen für die Reihenfolge der Prüfung: Es empfiehlt sich, die angegriffene Maßnahme zunächst an den Freiheitsrechten und sodann an den Gleichheitsrechten zu messen. Innerhalb der Gleichheitsrechte sind nach dem *lex specialis*-Grundsatz zuerst die besonderen Gleichheitssätze zu prüfen, insbesondere Art. 3 Abs. 2, 3 GG, und erst danach der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG. 6

3. Wie unterscheidet sich die verfassungsrechtliche Prüfung der Gleichheitsrechte von jener der Freiheitsrechte?

Wie dargestellt, haben Freiheitsrechte einen feststehenden (sachlichen) Schutzbereich (§ 8 Rn. 7). Sie schützen bestimmte Handlungen, wie etwa eine Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) oder ein religiöses Bekenntnis (Art. 4 Abs. 1, 2 GG), oder garantieren ein Rechtsgut, bspw. die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Sie können aber auch Institute (§ 4 Rn. 42 f.) 7

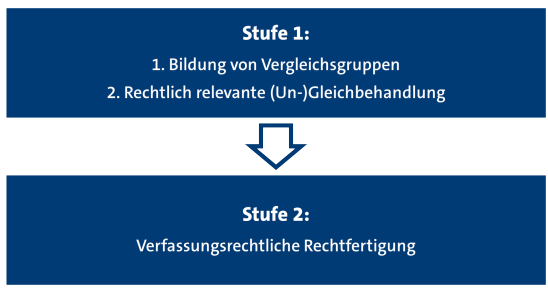
4 Dazu *Ackermann*, APuZ 2013, 24.; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 352 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wie Eigentum (Art. 14 GG) oder Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) garantieren. Bei Gleichheitsrechten steht ein sachlicher Schutzbereich hingegen gerade *nicht* fest, weil es um eine Relation, einen Vergleich, geht. Das bedeutet, dass man sich in der Fallbearbeitung gleichsam selbst den Schutzbereich erschaffen, also das geschützte Verhalten definieren muss. Dies geschieht durch die Bildung von Vergleichsgruppen (§ 23 Rn. 7 ff.). Nur wenn Personen oder Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden, kann eine Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung auftreten.

8 Dieser Unterschied wirkt sich auf den Aufbau der Grundrechtsprüfung aus: Während Freiheitsrechte im klassischen dreistufigen Aufbau (§ 8 Rn. 3) – Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung – geprüft werden, wird bei den Gleichheitsrechten in **zwei Stufen** geprüft, ob ein Grundrechtsverstoß vorliegt:[5]

Freiheits- und Gleichheitsrechte



9 Auf der ersten Stufe werden zunächst Vergleichsgruppen in Bezug auf einen gemeinsamen Oberbegriff (*tertium comparationis*) gebildet, um feststellen zu können, ob **wesentlich Gleiches ungleich** bzw. **wesentlich Ungleiches gleich** behandelt wird. Sodann wird geprüft, ob eine festgestellte (Un-)Gleichbehandlung der Vergleichsgruppen **rechtlich relevant** ist. Auf der zweiten Stufe wird die Frage beantwortet, ob diese Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

10 Der Unterschied im Aufbau der Prüfung von Gleichheitsrechten und Freiheitsrechten besteht also darin, dass bei den Gleichheitsrechten weder die Eröffnung des Schutzbereichs des Grundrechts noch ein Eingriff in diesen Schutzbereich ausdrücklich geprüft werden.

11 Ein weiterer Unterschied in der Prüfung zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten liegt im Rahmen der Rechtfertigung. Bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Gleich- bzw. Ungleichbehandlungen wird ein sog. stufenloser Prüfungsmaßstab (§ 23 Rn. 25 f.) angelegt – es wird also maßgeblich auf die Intensität der rechtlich relevanten Gleich- bzw. Ungleichbehandlung abgestellt.

5 Dieser Aufbau ist grundrechtsdogmatisch nicht zwingend: Für einen dreistufigen Aufbau plädieren *Huster*, Recht und Ziele, 1993, 225 ff.; *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, 54 ff.; *Jarass*, AöR 1995, 345, 358 ff.; *Blome*, JA 2011, 486.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Was ist die Rechtfolge eines Verstoßes gegen Gleichheitsrechte?

Ist eine Rechtsnorm der Entscheidung des BVerfG zufolge verfassungswidrig, so wird sie grundsätzlich für nichtig erklärt, vgl. §§ 78, 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG. Dies kann bei Gleichheitsverstößen in Bezug auf begünstigende Normen zu Problemen führen: Denn der Gesetzgeber hat hier meist mehrere Möglichkeiten, die Verfassungsmäßigkeit herzustellen, bspw. durch die Einbeziehung der von der Begünstigung Ausgeschlossenen oder durch eine Streichung der Begünstigung für alle.[6] Für welche Variante er sich entscheidet, ist allein dem Gesetzgeber überlassen, das Gewaltenteilungsprinzip verbietet dem BVerfG im Regelfall einen Eingriff in diese „dem Gesetzgeber vorbehaltene Gestaltungsfreiheit."[7] 12

Diesem Problem wird dadurch Rechnung getragen, dass ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss grundsätzlich nur zu einer Erklärung der Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundgesetz durch das BVerfG führt.[8] Das bedeutet, die Norm ist nicht rückwirkend (*ex tunc*) nichtig, sondern das BVerfG stellt lediglich die Verfassungswidrigkeit der Norm fest,[9] verbunden mit der Verpflichtung des Gesetzgebers, die Rechtslage umzugestalten und einen verfassungsgemäßen Zustand herzustellen.[10] Altfälle müssen rückwirkend bereinigt werden, Behörden und Gerichte dürfen die verfassungswidrige Norm nicht mehr anwenden, anhängige Verfahren müssen ausgesetzt werden. Allerdings ist auch eine befristete Fortgeltung möglich, wenn die Rückabwicklung der Norm etwa zu erheblichen staatlichen Einnahmeausfällen oder Mehrausgaben oder zu anderen erheblichen Verwerfungen oder Ungerechtigkeiten führen würde.[11] 13

Besteht hingegen kein Zweifel, dass der Gesetzgeber die Ausweitung der Begünstigung gewünscht hätte[12] oder ist es verfassungsrechtlich geboten, den Verstoß gerade auf eine bestimmte Weise zu beseitigen,[13] kann das BVerfG ausnahmsweise die Nichtigkeit der Begünstigung erklären. 14

Inzwischen beschränkt das BVerfG diese Rechtsprechung nicht mehr nur auf Begünstigungssituationen, vielmehr kommt eine Unvereinbarkeitserklärung nunmehr grundsätzlich bei allen Gleichheitsverstößen in Betracht: 15

> ▶ Beruht die Verfassungswidrigkeit ausschließlich auf einem Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, so gilt inzwischen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis: Regelfolge ist die Unvereinbarkeit […], während Nichtigkeit die Ausnahme darstellt.
>
> **BVerfGE 110, 94, 138 (Spekulationssteuer [2004])** ◀

6 Siehe Constitutional Court of South Africa v. 1.12.2005, CCT10/05 – Lesbian and Gay Equality Project.
7 BVerfGE 115, 81, 93 (Rechtsschutz gegen Verordnungen [2006]).
8 Vgl. schon BVerfGE 8, 28, 37 (Besoldungsrecht [1958]).
9 Vgl. BVerfGE 8, 28, 37 (Besoldungsrecht [1958]).
10 Vgl. BVerfGE 105, 73, 134 (Pensionsbesteuerung [2002]).
11 Vgl. BVerfGE 135, 238, Rn. 30 f. (Stückzahlmaßstab [2014]).
12 Vgl. BVerfGE 85, 191, 211 f. (Nachtarbeitsverbot [1992]).
13 Vgl. BVerfGE 37, 217, 260 (Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen [1974]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

16 Darüber hinaus ist die Unvereinbarkeitserklärung heute auch außerhalb der Gleichheitsrechte als Alternative zur Nichtigkeit anerkannt, beispielsweise wenn es ansonsten an einer gesetzlichen Grundlage für die Gewährung von Leistungen zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums völlig fehlen würde und Hilfebedürftige keine Leistungen erhalten könnten.[14]

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Wie ist die Idee einer Gleichheitsgarantie einzuordnen?

17 Die Gleichheitsgarantie ist ein Grundprinzip der Verfassungstradition und geht von einer „natürlich" bestehenden Gleichheit aller Menschen aus. Diese Gleichheit muss vom Staat geachtet werden.

▶ Etablierung der „Isonomia" (Gleichheit vor dem Gesetz) als Grundprinzip der Polis, jedoch nur für Vollbürger

Athen nach den Reformen des *Kleisthenes* (ca. 500 v. Chr.) ◀

▶ That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; [...].

Art. 1 Virginia Bill of Rights (1776) ◀

▶ Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi.

Art. 3 Französische Verfassung (1793) ◀

▶ Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.

Art. 1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948) ◀

▶ Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz für die BRD (1949) ◀

2. Wie kann Gleichheit verwirklicht werden?

18 Die Verwirklichung von Gleichheit ist wesentlich abhängig davon, welche Gerechtigkeitskonzeption zu Grunde gelegt wird. Gleichheit kann sehr verschieden verstanden werden:

Chancengleichheit	■ es ist gerecht, wenn jede:r die gleichen Voraussetzungen und Bedingungen vorfindet
Ergebnisgleichheit	■ es ist gerecht, wenn jede:r am Ende gleich dasteht
absolute Gleichheit	■ es ist gerecht, wenn jede:r gleich behandelt wird

14 Vgl. BVerfGE 125, 175, 255 f. (Hartz IV [2010]).

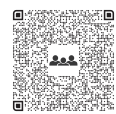
https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

relative Gleichheit
- es ist gerecht, wenn jede:r nach ihren bzw. seinen Möglichkeiten behandelt wird

Die Verwirklichung von Gleichheit – und damit einhergehend materieller **Gerechtigkeit** – ist indes nicht so einfach, wie es die vorstehende Darstellung vermuten lassen könnte:[15] Gleichheitsrechte dienen zwar dem Ziel der Verwirklichung von Gleichheit und Gerechtigkeit; sie selbst legen allerdings keine Maßstäbe dafür fest, was *gleich* bzw. *gerecht* ist. Diese Ambiguität eröffnet Spielräume, die Menschen in der Regel so nutzen, dass sie wechselnd jeweils jene Maßstäbe wählen, die für sie selbst in der konkreten Situation am günstigsten sind (sog. *self-serving bias*).[16] 19

3. Von wem können Ungleichbehandlungen ausgehen?

Grundsätzlich kann eine Ungleichbehandlung von allen drei Staatsgewalten – Legislative, Exekutive und Judikative – ausgehen:[17] Der Gesetzgeber etwa kann Bürger:innen bei der Rechtssetzung ungleich behandeln und ihnen ungleiche Rechte gewähren (Männerwahlrecht). Die Verwaltung kann Gesetze ungleich(mäßig) anwenden, etwa indem sie ihren Ermessensspielraum unterschiedlich nutzt (z.B. ***racial profiling*** durch die Polizei).[18] Und die Rechtsprechung kann bei der Rechtskontrolle Bürger:innen ungleich behandeln, wenn trotz ähnlicher Sachverhalte unterschiedliche Urteile gefällt werden (wie es etwa in den USA bei Verurteilungen schwarzer männlicher Bürger der Fall ist, die häufig härter bestraft werden als weiße männliche Bürger).[19] 20


Racial Profiling in Deutschland

Auch zwischen Privaten kann es zu Ungleichbehandlungen kommen; dies ist im Sinne der Privatautonomie grundsätzlich zu akzeptieren. Allerdings finden sich insbesondere dort Grenzen, wo eine Ungleichbehandlung an die verpönten Kategorien des Art. 3 Abs. 3 GG anknüpft (siehe die einfachgesetzliche Normierung im **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz** [AGG]). Ausnahmen vom Grundsatz der Privatautonomie macht das BVerfG zudem in „spezifischen Konstellationen“ (siehe Stadionverbot-Entscheidung § 3 Rn. 37 ff.). 21

15 Dazu *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 4. Aufl. 2019, 231 ff.
16 *Loewenstein/Issacharoff/Camerer/Babcock*, The Journal of Legal Studies 22 (1993), 135.
17 Siehe auch *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 3, Rn. 45 ff.
18 Zum sog. „Racial Profiling“ siehe *Boysen*, Jura 2020, 1192; *Liebscher*, NJW 2016, 2779.
19 Dazu *Ross*, Im Würgegriff, F.A.Z.-Artikel vom 18.6.2020; vgl. *Garrett/Slobogin*, German Law Journal 21 (2020), 1526.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 23 Allgemeiner Gleichheitssatz

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Bildung von Vergleichsgruppen bei Art. 3 Abs. 1 GG 2
a) Wer kann sich auf den allgemeinen Gleichheitssatz berufen? 2
b) Wovor schützt Art. 3 Abs. 1 GG? 4
c) Weshalb ist die Wahl der Vergleichsgruppen bedeutsam? 6
d) Wie werden Vergleichsgruppen gebildet? 7
e) Wann liegt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vor? 12
f) Wann liegt eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem vor? 14
g) Warum sind nicht alle (Un-)Gleichbehandlungen rechtlich relevant? 15
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Art. 3 Abs. 1 GG 19
a) Welcher Maßstab ist an die Rechtfertigung einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG anzulegen? 19
b) Wonach bemisst sich die Prüfungsintensität? 26
c) Verstoßen Typisierungen gegen Art. 3 Abs. 1 GG? 27
3. Die Bahnhofsapotheken-Entscheidung 28
a) Sachverhalt 28
b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG 30
c) Relevanz der Bahnhofsapotheken-Entscheidung 31
4. Wrap-Up: Prüfungsschema 32
II. Vertiefung und Kontextualisierung 33
1. Welche Wirkdimensionen hat der allgemeine Gleichheitssatz? 33
2. Welche Staatsgewalten bindet der Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG? 34
III. Europarechtliche Dogmatik 36
1. Gibt es einen allgemeinen Gleichheitssatz in der EMRK? 36
2. Gibt es einen allgemeinen Gleichheitssatz in der EU-GRCh? 37

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- die wesentlichen Aussagen der Bahnhofsapotheken-Entscheidung des BVerfG (§ 23 Rn. 30)
- die Gehalte des allgemeinen Gleichheitssatzes auf europarechtlicher Ebene (§ 23 Rn. 36 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Entwicklung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bei Verstößen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG (§ 23 Rn. 19 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- die Darstellung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung im Sinne der „neuen Formel im neuen Gewand“ (§ 23 Rn. 24 f.)
- die Bildung von Vergleichsgruppen in Bezug auf einen gemeinsamen Oberbegriff (§ 23 Rn. 7 ff.)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- welche Staatsgewalten Art. 3 Abs. 1 GG bindet (§ 23 Rn. 34 f.)
- die verschiedenen Wirkdimensionen des allgemeinen Gleichheitssatzes (§ 23 Rn. 33)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- wann eine (Un-)Gleichbehandlung rechtlich relevant ist (§ 23 Rn. 15 ff.)
- ob Typisierungen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstoßen (§ 23 Rn. 27)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- inwiefern Gleichheits- bzw. Ungleichheitswertungen kontextabhängig sein können (§ 23 Rn. 4 f.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Bildung von Vergleichsgruppen bei Art. 3 Abs. 1 GG

a) Wer kann sich auf den allgemeinen Gleichheitssatz berufen?

Art. 3 Abs. 1 GG spricht davon, dass „alle Menschen“ vor dem Gesetz gleich sind. Es handelt sich mithin um ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11), alle natürlichen Personen können sich darauf berufen. Inländische juristische Personen (§ 3 Rn. 16 ff.) sind gem. Art. 19 Abs. 3 GG ebenfalls erfasst, sofern der Gleichheitssatz wesensmäßig anwendbar ist. 2



Vergleichsgruppenbildung 3

Ausgenommen vom Schutz des allgemeinen Gleichheitssatzes sind im Grundsatz hingegen juristische Personen des öffentlichen Rechts (Konfusionsargument, § 3 Rn. 18).[1] Ihnen steht lediglich der Rekurs auf das **objektive Willkürverbot** offen, das als allgemeiner Rechtsgrundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt. Als

1 Vgl. u.a. BVerfGE 21, 362, 372 (Sozialversicherungsträger [1967]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

selbstständiges staatsrechtliches Institut kann dieses Willkürverbot jedoch nicht im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 9) geltend gemacht werden.[2]

b) Wovor schützt Art. 3 Abs. 1 GG?

4 Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wird nach heute (noch) vorherrschender Meinung formal interpretiert[3] und gewährleistet ein Verhältnis von Personen oder Sachverhalten zueinander: Wesentlich gleiche Personen oder Sachverhalte dürfen nicht ungleich, wesentlich ungleiche Personen oder Sachverhalte nicht gleich behandelt werden.

Das Verhältnis, in dem Personen oder Sachverhalte zueinander stehen, muss zunächst bestimmt werden. Da der Normtext des Art. 3 Abs. 1 GG keine Anhaltspunkte für die Wertung bietet, welche Personen oder Sachverhalte gleich bzw. ungleich sind, müssen die Relationen in der Fallbearbeitung jedes Mal eigenständig gebildet und bewertet werden. Dies geschieht durch die **Bildung von Vergleichsgruppen** (§ 23 Rn. 7 ff.) in Bezug auf einen gemeinsamen **Oberbegriff**. Das Verhältnis der Personen oder Sachverhalte zueinander wird für jeden Fall neu bestimmt, es gibt keinen festen sachlichen Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG.

In der Feststellung der „Gleichartigkeit" bzw. „Ungleichartigkeit“ liegt eine Wertung, die das Ergebnis der Prüfung vorzeichnen kann. Gleichheitswertungen sind also besonders kontextabhängig:

> Die Frage, ob Äpfel und Birnen wesentlich gleich sind, kann man je nach Kontext unterschiedlich beantworten. Sie sind einerseits beide Obst, andererseits haben sie unterschiedliche Formen. Daher muss immer bestimmt werden, *in Bezug* worauf (***tertium comparationis***) die wesentliche Gleichheit bestehen muss.

5 In der Rechtsanwendung entstehen dadurch oftmals erhebliche Auslegungsspielräume, und gleichheitsrechtliche Fallkonstellationen sind häufig sehr umstritten. Außerdem können die Argumente bei der Wahl des Oberbegriffs, bei der Bildung von Vergleichsgruppen, bei der Bewertung der rechtlichen Relevanz einer gleichheitswidrigen Behandlung der Vergleichsgruppen und hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung sich bisweilen sehr ähneln. Auch aus diesem Grund empfiehlt es sich, in der Fallprüfung mit den Freiheitsrechten zu beginnen und die dortigen Wertungen bei der Gleichheitsprüfung sensibel aufzunehmen.

c) Weshalb ist die Wahl der Vergleichsgruppen bedeutsam?

6 Die Bildung der Vergleichspaare ist für das Ergebnis des Gleichheitsurteils entscheidend. Anders gewendet: Durch die unterschiedliche Bildung von Ver-

2 Dazu *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 33 m.w.N.

3 Zum materialen Verständnis von Gleichheit *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013; *Grundmann/Thiessen*, Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 187 ff. m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gleichsgruppen kann das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Wertung beeinflusst werden; durch die konkrete Rechtsanwendung lässt es sich manipulieren.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Vertritt man eine Bahnhofsapotheke, die früher schließen muss als die übrigen Bahnhofsgeschäfte, weil für Apotheken frühere Ladenschlusszeiten gelten als für Bahnhofsgeschäfte, dann sollte man die Apotheke besser nicht mit anderen Apotheken vergleichen. Als Referenzgruppe wären die „anderen Bahnhofsgeschäfte" aus Sicht der Mandantschaft günstiger. Der Oberbegriff wäre dann „Bahnhofsgeschäfte", denn der Apotheke widerfährt im Vergleich zu allen anderen Geschäften im Bahnhof eine Ungleichbehandlung. Umgekehrt könnte man zugunsten einer Konkurrenzapotheke außerhalb des Bahnhofs argumentieren, richtige Referenzgruppe seien „andere Apotheken" und nicht die „anderen Bahnhofsgeschäfte", wenn erreicht werden soll, dass auch diese Apotheke früh schließt. Gemeinsamer Oberbegriff wäre dann „Apotheken". Zugespitzt lautet die Frage, ob man bei der Vergleichsgruppenbildung eher darauf abstellt, dass es sich um eine *Bahnhofs*apotheke oder um eine Bahnhofs*apotheke* handelt. Die Wahl des Oberbegriffs determiniert hierbei auch, ob eine Ungleichbehandlung von Gleichem oder eine Gleichbehandlung von Ungleichem beanstandet wird: Vergleicht man die Bahnhofsapotheke mit anderen Bahnhofsgeschäften, ist zu fragen, ob eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung Gleicher vorliegt; wenn man hingegen Apotheken und Bahnhofsapotheken vergleicht, ist zu prüfen, ob eine Gleichbehandlung Ungleicher vorliegt.[4] Zur Bewertung dieser Konstellation durch das BVerfG siehe Darstellung der Bahnhofsapotheken-Entscheidung, § 23 Rn. 30.

d) Wie werden Vergleichsgruppen gebildet?

Über die **Vergleichbarkeit** nachzudenken macht von vornherein nur Sinn, wenn auch Unterschiede bestehen. Vergleichbarkeit kann damit nicht Übereinstimmung in jeglicher Hinsicht (**Identität**) bedeuten. Dies kommt in der Formulierung „*wesentlich*" zum Ausdruck. Die Bildung von Vergleichspaaren verlangt deshalb die Feststellung, was „wesentlich gleich" und was „wesentlich ungleich" bedeutet: Verschiedene Personen(gruppen) und Situationen müssen vergleichbar gemacht werden.[5] Dafür gibt es keine objektiven Regeln. „Wesentlich Gleiches" setzt dabei eine Vergleichbarkeit verschiedener Personen(gruppen) bzw. Situationen voraus. Die Testfrage ist, ob eine Person(engruppe) bzw. Situation einer anderen Person(engruppe) bzw. Situation *gleicht*. Umgekehrt setzt „wesentlich Ungleiches" die Nicht-Vergleichbarkeit verschiedener Personen(gruppen) bzw. Situationen voraus. Das BVerfG führt dazu aus, dass wesentliche Ungleichheit anzunehmen ist, wenn die Personen(gruppen) bzw. Situationen „anderen rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und in anderen syste- 7

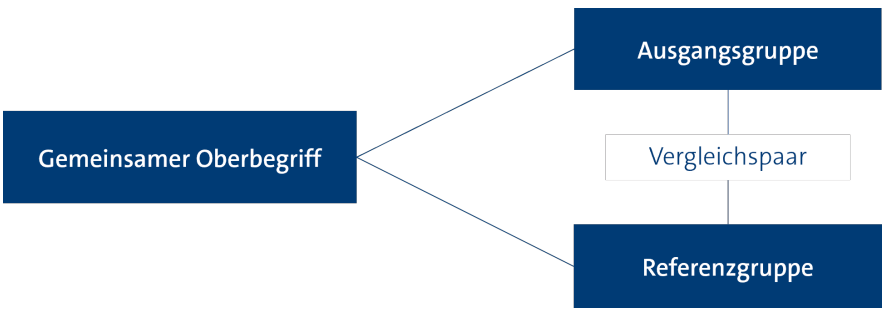
4 Vgl. BVerfGE 13, 225 (Bahnhofsapotheke [1961]).
5 Vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 1, Rn. 78 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

matischen und sozial-geschichtlichen Zusammenhängen stehen".[6] Als Beispiel mag hier der Vergleich zwischen Beamt:innen und Arbeitnehmer:innen dienen.[7]

8 Im ersten Schritt der Vergleichsgruppenbildung ist ein gemeinsamer Oberbegriff (*tertium comparationis*) zu bestimmen. Um Personen oder Situationen vergleichen zu können, bedarf es eines Maßstabs. Ein Vergleich ist gerade nur „in Bezug auf etwas" möglich, etwa im Hinblick auf Merkmale oder Eigenschaften wie Alter, Beruf usw. Bezugspunkt soll dabei der nächste gemeinsame Oberbegriff sein. Die Testfrage ist dann: In Bezug worauf sind A und B vergleichbar?

9 Die **Ausgangsgruppe** wird sodann im zweiten Schritt hinsichtlich des gemeinsamen Oberbegriffs mit der **Referenzgruppe** verglichen.



Beispiel:[8]

BA 2015, 604
BuS 2016, 33
Bura 2019, 51

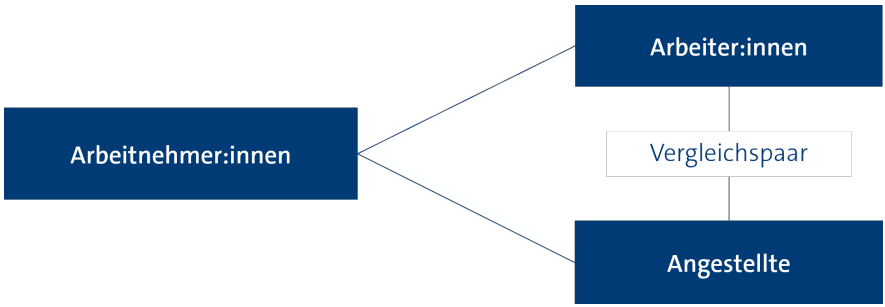
▶ (1) Das Arbeitsverhältnis eines Angestellten kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Schluss eines Kalendervierteljahres gekündigt werden. Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Wochen gekündigt werden.

§ 622 BGB a.F. (gültig bis 1993) ◀

10 Als Ausgangsgruppe sind die *Arbeiter:innen* zu bestimmen. Die Referenzgruppe bilden *Angestellte*. Die Wahl des gemeinsamen Oberbegriffs richtet sich sodann nach dem verfolgten Vergleichszweck – hier unterschiedliche Kündigungsfristen von Arbeiter:innen und Angestellten. Gemeinsamer Oberbegriff sind *Arbeitnehmer:innen*. Die Kündigungsfristen von Arbeitsverhältnissen mit denen von Mietwohnungen zu vergleichen würde hingegen keinen Sinn ergeben, obwohl beides Kündigungen sind. Daraus ergibt sich folgendes Bild:

6 BVerfGE 40, 121, 139 f. (Waisenrente II [1975]).
7 Siehe etwa BVerwG NVwZ 2006, 606, 608.
8 Basierend auf BVerfGE 82, 126 (Kündigungsfristen für Arbeiter [1990]); siehe auch *Gröpl,* in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 3, Rn. 31 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

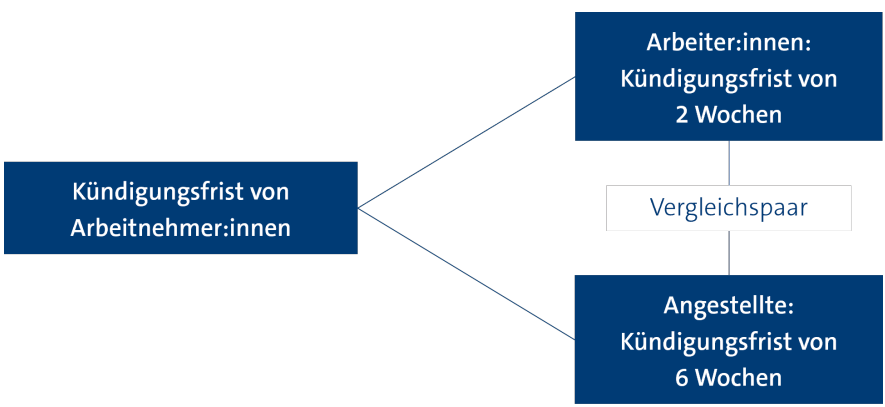


Zu berücksichtigen ist, dass dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungs- und Beurteilungsprärogative (§ 5 Rn. 14 f.) zukommt. Diese ist insbesondere bei Verletzungen von Art. 3 Abs. 1 GG unmittelbar durch ein Gesetz zu beachten. Die Vergleichsgruppenbildung muss sich daher grundsätzlich an den vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungen orientieren: 11

> ▶ Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche Merkmale beim Vergleich von Lebenssachverhalten er als maßgebend ansieht, um sie im Recht gleich oder verschieden zu behandeln.
>
> **BVerfGE 103, 242, 258 (Pflegeversicherung III [2001])** ◀

e) Wann liegt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vor?

Eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem liegt vor, wenn die Ausgangsgruppe in Bezug auf den gemeinsamen Oberbegriff schlechter oder besser behandelt wird als die Referenzgruppe. 12



Aus der Abbildung lässt sich damit eine Ungleichbehandlung bezüglich des gemeinsamen Oberbegriffs – hier der unterschiedlichen Kündigungsfristen – ablesen. Dabei wurden die Arbeiter:innen aufgrund der kürzeren Kündigungsfrist durch § 622 BGB a.F. gegenüber den Angestellten benachteiligt, obwohl beide Arbeitnehmer:innen sind. Der nächste Schritt wäre dann, zu fragen, ob trotz 13

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der wesentlichen Gleichheit Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie diese Unterscheidung tragen können.

f) Wann liegt eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem vor?

14 Eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem liegt vor, wenn Ausgangs- und Referenzgruppe trotz wesentlicher Unterschiede gleich behandelt werden. Grund dafür ist, dass Ungleiches seiner Eigenart nach auch ungleich und nicht willkürlich gleich behandelt werden soll.[9] Allerdings liegt eine Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem nicht schon dann vor, wenn der Gesetzgeber Differenzierungen unterlässt, die er vornehmen könnte, sondern erst, wenn kein vernünftiger Grund für diese Gleichbehandlung ersichtlich ist.[10] Tatsächliche Ungleichheiten müssen also so bedeutend sein, dass eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtung des Sachverhalts ergibt, dass die Ungleichheit beachtet werden muss (vgl. die Ausführungen zu Typisierungen, § 23 Rn. 27).[11]

g) Warum sind nicht alle (Un-)Gleichbehandlungen rechtlich relevant?

15 Für eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG reicht das Vorliegen einer Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem allein nicht aus. Vielmehr muss die Ungleichbehandlung bzw. die Gleichbehandlung auch **rechtlich relevant** sein. Eine Voraussetzung hierfür ist, dass derselbe Hoheitsträger gehandelt hat:

> ▶ Allerdings sind unterschiedliche Regelungen in verschiedenen Ländern und verschiedenen Gemeinden verfassungsrechtlich nicht nur möglich, sondern sogar gewollt. [...] Der Gleichheitssatz ist daher nicht anwendbar, wenn es um eine Ungleichbehandlung durch Regelungen verschiedener Kompetenzträger geht.
>
> **BVerfGE 134, 1, 21 (Studiengebühren Bremen [2013])** ◀

Beispiele für rechtlich relevante Ungleichbehandlungen sind etwa die Besserbehandlung eines EU-Ausländers aufgrund EU-Rechts durch eine (deutsche) Behörde (Inländerdiskriminierung)[12] oder die konsequentere Verfolgung von Drogendelikten durch eine Staatsanwaltschaft in der Nähe der niederländischen Grenze als durch die Staatsanwaltschaft in Ostwestfalen (beide Teil desselben Hoheitsträgers). Keine rechtlich relevante Ungleichbehandlung liegt dagegen vor, wenn beispielsweise Gemeinde A einen Existenzgründerkredit vorsieht, Nachbargemeinde B dagegen nicht. Gründer:innen in B können also von B keinen solchen Kredit unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG einklagen, nur weil sie ihn in A bekämen, weil es sich um unterschiedliche Hoheitsträger handelt.

16 Das Kriterium, dass derselbe Hoheitsträger gehandelt haben muss, ist insbesondere dann problematisch, wenn Bundesgesetze (die ja nach Art. 83 GG grund-

9 Vgl. BVerfGE 84, 133, 158 (Warteschleife [1991]).
10 Vgl. BVerfGE 90, 226 (genereller Kirchensteuerabzug [1994]).
11 Vgl. BVerfGE 98, 365, 385 (Versorgungsanwartschaften [1998]).
12 Dazu *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 100 f.; *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 1, Rn. 220 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sätzlich von den Ländern zu vollziehen sind) in den Bundesländern unterschiedlich vollzogen werden.

Eine weitere Voraussetzung für die Annahme rechtlicher Relevanz ist die Rechtmäßigkeit des Handelns im Bezugsfall: Es gilt der Grundsatz **keine Gleichheit im Unrecht**, ein Anspruch auf Fehlerwiederholung beim Übergang von rechtswidriger zu rechtmäßiger Verwaltungs- oder Rechtsprechungspraxis besteht nicht.[13] Durch den Gleichheitssatz ist es nicht geboten, 17

> ▶ an sich strafwürdige und zu Recht mit Strafe bedrohte Handlungen deswegen straffrei zu lassen, weil bestimmte andere, möglicherweise gleich zu bewertende Verhaltensweisen von der Strafvorschrift nicht erfaßt werden.
>
> **BVerfGE 50, 142, 166 (Unterhaltspflichtverletzung [1979]) ◀**

Bei derivativen (abgeleiteten) Leistungsrechten ist der Maßstab für die rechtliche Relevanz ein anderer: Sie wird dann angenommen, wenn das Recht auf chancengleiche Teilhabe an bestehenden Einrichtungen beeinträchtigt wird. Als Grenze formuliert das BVerfG: 18

> ▶ Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.
>
> **BVerfGE 33, 303, 333 (numerus clausus I [1972]) ◀**

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Art. 3 Abs. 1 GG

a) Welcher Maßstab ist an die Rechtfertigung einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG anzulegen?

Im Grundsatz wird die Rechtfertigung von Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung so geprüft wie die Rechtfertigung von Eingriffen in Freiheitsgrundrechte (§ 4 Rn. 1 ff.). Der allgemeine Gleichheitssatz enthält allerdings keinen geschriebenen Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6). Da Art. 3 Abs. 1 GG keinen festen Schutzbereich hat, ist die Frage, welche Schranken diesem gezogen sind, höchst umstritten.[14] Das führt in der Kautelarpraxis dazu, dass die entscheidungserheblichen Argumente im Rahmen der Schranken-Schranken (§ 4 Rn. 19 ff.) diskutiert werden. Im Mittelpunkt steht dabei heute der für alle staatlichen Maßnahmen geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 4 Rn. 30 ff.). 19



Verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Art. 3 GG

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Rechtfertigungsmaßstab hat sich über die Jahrzehnte entwickelt. Anfänglich – noch vor Etablierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke – waren rechtliche relevante Ungleichbehandlungen an der (1) Willkürformel zu messen. Diese wurde mit der (2) „neuen Formel" um eine Abwägung bei personenbe-

13 Vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 1, Rn. 218 f.
14 Vgl. *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 102; Vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 1, Rn. 163.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zogenen Ungleichbehandlungen ergänzt. Zuletzt entwickelte das Bundesverfassungsgericht die Rechtfertigungsanforderungen in der (3) „neuen Formel im neuen Gewand" zu einem stufenlosen, eng am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Maßstab weiter.

20 (1) In seiner frühen Rechtsprechung hat das BVerfG die Angemessenheit von nach Art. 3 Abs. 1 GG rechtlich relevanten (Un-)Gleichbehandlungen ausschließlich an der sog. **Willkürformel** gemessen: Es hat eine bloße Evidenzprüfung vorgenommen und dem Gesetzgeber dadurch einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum eingeräumt. Eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. eine rechtlich relevante Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem verletzte den Gleichheitssatz nach der Willkürformel nur,

> ▶ wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß.
>
> **BVerfGE 1, 14, 52 (Südweststaat [1951])** ◀

21 Es genügte mithin „irgendein" Sachgrund. Anforderungen an die Gewichtigkeit des Grundes hat das BVerfG nicht formuliert; Willkür sei nur dann anzunehmen, wenn *überhaupt kein* Grund ersichtlich sei. Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung war damit auf ein Mindestmaß beschränkt, insbesondere um der Gefahr vorzubeugen, dass die Gerichte zu stark in den politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers eingreifen würden.[15]

22 (2) Ungleichbehandlungen werden besonders dann als ungerecht empfunden, wenn sie schwerwiegend sind und der Sachgrund, der das Gegengewicht bilden soll, als zu leicht befunden wird. Diese Beobachtung führte zu einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich des Maßstabs für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung.[16] 1980 führte das BVerfG kommentarlos die sog. „**neue Formel**" ein. Danach ist das

> ▶ [...] 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.
>
> **BVerfGE 55, 72, 88 (Präklusion I [1980])** ◀

23 Ausgangspunkt für diese neue Interpretation ist der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 GG: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich." Danach soll insbesondere die Ungleichbehandlung von *Menschen* verhindert werden. Hinsichtlich *personenbezogener* Ungleichbehandlungen bildete nunmehr die „neue Formel" den Rechtfertigungsmaßstab, bei *situations- und verhaltensbedingten* Ungleichbe-

15 Dazu *Petersen*, Der Staat 2018, 327.
16 Einen guten Überblick bietet *Britz*, NJW 2014, 346.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

handlungen blieb es weiterhin bei der Willkürformel. Die Folge war ein Nebeneinander von Willkürformel und „neuer Formel".

(3) Auch mit der „neuen Formel" bleibt allerdings eine große Lücke zwischen den strengen Maßstäben (§ 24 Rn. 15) des Art. 3 Abs. 3 GG und denen des Art. 3 Abs. 1 GG, obwohl Unterscheidungen durchaus an Kriterien anknüpfen können, die den Merkmalen aus Abs. 3 vergleichbar sein können (bspw. Alter und sexuelle Orientierung) und daher ähnlich schwer wiegen. Dem trägt die Rechtsprechung inzwischen mit einem gleitenden Prüfungsmaßstab Rechnung, der als „**neueste Formel**" bzw. als „**neue Formel im neuen Gewand**" bezeichnet wird: 24

> ▶ 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. […] 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.
>
> **BVerfGE 129, 49, 68 f. (Mediziner-BAföG [2011])** ◀

Diese erneute Modifikation der Rechtsprechung etabliert (wieder) einen einheitlichen Prüfungsmaßstab für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG. Ungleichbehandlungen sind somit stets am (herkömmlichen) Maßstab der Verhältnismäßigkeit (§ 4 Rn. 30 ff.) zu messen. Zugleich werden aber Elemente der Willkürformel in die Angemessenheitsprüfung (§ 4 Rn. 37 f.) integriert, so dass die Intensität der Ungleichbehandlung maßgeblich wird: Von der Intensität hängt nämlich ab, wie streng der anzulegende Maßstab ist. Es gilt ein stufenloser, vom bloßen Willkürverbot bis zu strengen Anforderungen reichender Prüfungsmaßstab. 25



JuS 2012, 1093
JuS 2020, 31

b) Wonach bemisst sich die Prüfungsintensität?

Die verfassungsrechtliche Kontrolldichte nimmt mit zunehmendem Gewicht der Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung zu.[17] Es handelt sich hierbei um einen **stufenlosen Prüfungsmaßstab:** 26

17 Siehe BVerfGE 129, 49, 69 (Mediziner-BAföG [2011]); eine gute Übersicht bietet *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl., Rn. 809 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Prüfungsintensität ist dabei **höher**,

- je weniger die Betroffenen das Differenzierungskriterium beeinflussen können,
- je näher das Differenzierungskriterium an den nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Merkmalen liegt und
- je stärker Freiheitsrechte beeinträchtigt werden.[18]

Die Prüfungsintensität ist hingegen **niedriger** bei

- bloß sach- oder verhaltensbezogenen Ungleichbehandlungen bzw. Gleichbehandlungen, wenn also das Differenzierungsmerkmal für die Betroffenen verfügbar ist sowie
- der Gewährung freiwilliger Leistungen.[19]

c) Verstoßen Typisierungen gegen Art. 3 Abs. 1 GG?

27 **Typisierung** meint das Zusammenfassen bestimmter in wesentlichen Elementen gleich gearteter Lebenssachverhalte.[20] Dadurch können Einzelne, die pauschal von der Regelung erfasst werden, Benachteiligungen erfahren. Beispiele sind etwa Altersgrenzen oder Fristenregelungen. Der allgemeine Gleichheitssatz steht Typisierungen trotz der ihnen inhärenten schematischen (Un-)Gleichbehandlung nicht prinzipiell entgegen.[21] So sind Typisierungen vor allem dort zulässig, wo es sich um Massenerscheinungen handelt, die entsprechend standardisierte Verfahrenseinrichtungen verlangen (bspw. im Steuer- und Sozialrecht). Methodisch hat sich die Typisierung dabei am idealtypischen Fall zu orientieren.[22] An ihre Rechtfertigung sind bestimmte Anforderungen zu stellen: Typisierungen sind (nur) dann gerechtfertigt, wenn deren Folgen in keinem Missverhältnis zu den damit verbundenen Vorteilen stehen. Nicht zu rechtfertigen sind Typisierungen, wenn sie sich für Betroffene nachteilig auf die Ausübung eines Grundrechts auswirken können.[23] Um nichtgerechtfertigte Typisierungen zu vermeiden, stehen der Legislative eine Reihe von Ausgleichsmaßnahmen zur Verfügung, etwa

- Härtefallklauseln (z.B. § 8 Abs. 2 S. 4 EStG),
- Billigkeitsregelungen (z.B. §§ 163, 227 AO),
- Ermessensspielräume der Verwaltung (§ 40 VwVfG),
- Strafzumessungsspielräume für die Gerichte (§§ 46 ff. StGB) oder
- Generalklauseln im Zivilrecht (z.B. § 242 BGB).

18 Dazu BVerfGE 88, 87, 90 (Transsexuelle II [1993]); BVerfGE 131, 239, 256 f. (Lebenspartnerschaft von Beamten [2012]); 132, 179, Rn. 31 (Ungleichbehandlung von Lebenspartnern/Ehegatten [2012]).
19 Vgl. BVerfGE 55, 72, 89 (Präklusion I [1980]); BVerfGE 111, 176, 184 (Erziehungsgeld an Ausländer [2004]).
20 BVerfGE 126, 268, 279 (Häusliches Arbeitszimmer [2010]).
21 Vgl. *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 98; *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 3, Rn. 55 ff.
22 Siehe u.a. BVerfGE 145, 106 (Verlustabzug bei Kapitalgesellschaften [2017]).
23 Dazu BVerfGE 98, 365, 385 (Versorgungsanwartschaften [1998]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bisweilen müssen aber auch Härten hingenommen werden – insbesondere, wenn diese nur unter ganz erheblichen Schwierigkeiten vermeidbar wären, lediglich eine kleine Anzahl von Personen betroffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist.[24]

3. Die Bahnhofsapotheken-Entscheidung

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer betrieb seit 1952 eine Apotheke im Hauptbahnhof von Frankfurt am Main. Im November 1956 wurde ein neues Ladenschlussgesetz (LSchG) verabschiedet. 28

Die Bahnhofsapotheken-Entscheidung

▶ Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, daß § 8 Abs. 3 LSchG gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße. Seine Apotheke sei ebenso ein Nebenbetrieb der Bundesbahn wie andere Verkaufsstellen auf Personenbahnhöfen und müsse infolgedessen ebenso behandelt werden wie diese. Demzuwider benachteilige ihn das Ladenschlußgesetz ungerechtfertigt, indem es seine Apotheke der nach § 4 Abs. 2 LSchG anzuordnenden wechselweisen Schließung der Apotheken unterwerfe, während alle anderen Verkaufsstellen auf Personenbahnhöfen den für die übrigen Geschäfte ihrer Branche geltenden Ladenschlußbestimmungen nicht unterlägen. § 8 Abs. 3 LSchG sei zudem ein unzulässiges Einzelfallgesetz. Seine Apotheke sei die einzige Bahnhofsapotheke im Bundesgebiet, so daß sich die Vorschrift ausschließlich gegen ihn richte. Außerdem sei Art. 14 GG verletzt. § 8 Abs. 3 LSchG enthalte einen Eingriff in sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, der nicht dem Wohl der Allgemeinheit diene und entschädigungslos erfolge. Die Unterwerfung unter die für alle Apotheken geltenden Bestimmungen werde den Umsatz seiner Apotheke um 60 % verringern. Das komme einer Existenzvernichtung gleich, zumal er erst im Jahre 1957 auf Verlangen der Bundesbahn seine Betriebsräume mit hohen Kosten habe umbauen und erweitern müssen.

BVerfGE 13, 225, 226 f. (Bahnhofsapotheke [1961]) ◀

▶ (1) Abweichend von den Vorschriften des § 3 dürfen Verkaufsstellen auf Personenbahnhöfen [...] der Deutschen Bundesbahn, soweit sie Nebenbetriebe dieser Bahn [...] sind, an allen Tagen während des ganzen Tages geöffnet sein, am 24. Dezember jedoch nur bis siebzehn Uhr. [...]

(3) Für Apotheken bleibt es bei den Vorschriften des § 4.

§ 8 LSchG a.F. ◀

▶ (1) Abweichend von den Vorschriften des § 3 dürfen Apotheken an allen Tagen während des ganzen Tages geöffnet sein. [...]

(2) Die nach Landesrecht zuständige Verwaltungsbehörde hat für eine Gemeinde oder für benachbarte Gemeinden mit mehreren Apotheken anzuordnen, dass wäh-

24 Vgl. BVerfGE 126, 233, Rn. 80 (Zusatz- und Sondervergütungssysteme [2010]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rend der allgemeinen Ladenschlusszeiten (§ 3) abwechselnd ein Teil der Apotheken geschlossen sein muss. [...]

§ 4 LSchG ◀

29 Das Ladenschlussgesetz zwang somit den Beschwerdeführer seine im Frankfurter Hauptbahnhof gelegene Apotheke nach § 4 Abs. 2 LSchG zu bestimmten Zeiten zu schließen, während die anderen Bahnhofsgeschäfte geöffnet blieben. Hierdurch fühlte er sich benachteiligt und erhob Verfassungsbeschwerde.

b) Wesentliche Aussagen der Entscheidung des BVerfG

30 Zunächst bildete das BVerfG Vergleichsgruppen. Es legt als Ausgangsgruppe die Bahnhofsapotheken fest und wählt als Referenzgruppe „andere Verkaufsstellen in Personenbahnhöfen". Der gemeinsame Oberbegriff waren Bundesbahnnebenbetriebe.[25] Im Gegensatz zu den anderen Bahnhofsgeschäften musste die Apotheke nach den allgemein für Apotheken geltenden Regelungen früher schließen. Darin lag eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem. Nach dem BVerfG ergab sich allerdings die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aus der spezifischen Aufgabe von Apotheken zur Arzneimittelversorgung der Bevölkerung.

▶ Der Gleichheitssatz wird nicht dadurch verletzt, daß die Apotheke des Beschwerdeführers der für alle Apotheken geltenden Regelung unterworfen wird. Die vom Gesetzgeber einheitlich zu ordnenden Lebensverhältnisse sind nie in allen, sondern stets nur in einzelnen Elementen gleich. Es muß deshalb nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen werden, die Merkmale zu bestimmen, nach denen Sachverhalte als hinreichend gleich anzusehen sind, um sie gleich zu regeln [...]. Er ist lediglich gehalten, Gesetzlichkeiten zu berücksichtigen, die in der Sache selbst liegen, und darf die fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen nicht mißachten. Die Apotheke des Beschwerdeführers hat zwar mit den Verkaufsstellen auf Personenbahnhöfen gemein, daß auch sie ein Bundesbahnnebenbetrieb im Sinne des [...] ist und der Deckung von Reisebedarf dienen soll; zugleich unterscheidet sie sich jedoch wesentlich von diesen durch ihre spezifische Aufgabe als Apotheke, die Bevölkerung mit Arzneimitteln zu versorgen. Diese Sonderstellung der Apotheken gegenüber Einzelhandelsgeschäften, die das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen umrissen hat, erlaubt es dem Gesetzgeber, eine Bahnhofsapotheke der allgemein für Apotheken geltenden Regelung zu unterwerfen und sie anders zu behandeln als andere Verkaufsstellen auf Personenbahnhöfen.

BVerfGE 13, 225, 227 f. (Bahnhofsapotheke [1961]) ◀

25 Die Wahl der Bundesbahnnebenbetriebe als Oberbegriff ist nicht zwingend (siehe Ausführungen bei § 23 Rn. 6).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Relevanz der Bahnhofsapotheken-Entscheidung

Die Bahnhofsapotheken-Entscheidung illustriert anschaulich die Vergleichsgruppenbildung (§ 23 Rn. 7 ff.) durch das BVerfG. 31

4. Wrap-Up: Prüfungsschema

32

I. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem

Bildung von Vergleichsgruppen in Bezug auf einen gemeinsamen Oberbegriff

Vorliegen einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

stufenlose, am Maßstab der Verhältnismäßigkeit orientierte Prüfung („neue Formel im neuen Gewand")



Jurafuchs

Weiterführende Hinweise

Scherzberg/Mayer, Die Prüfung des Gleichheitssatzes in der Verfassungsbeschwerde, JA 2004, 137
Schwarz, Grundfälle zu Art. 3 GG, JuS 2009, 315
Gentsch, Grundrechtliche Gleichheitsgebote: Eine fallorientierte Einführung, ZJS 2010, 596
Britz, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346
Sachs/Jasper, Der allgemeine Gleichheitssatz, JuS 2016, 769
Mülder/Weitensteiner, Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), Jura 2019, 51
Kempny/Lämmle, Der „allgemeine Gleichheitssatz" des Art. 3 I GG im juristischen Gutachten, JuS 2020, 22; 113; 215
Komp/Thrun, Ungleiche Freiheit für Geimpfte?, JA 2021, 743

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Welche Wirkdimensionen hat der allgemeine Gleichheitssatz?

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG soll insbesondere die Gleichbehandlung bei Anwendung der Gesetze gewährleisten – und korrespondiert mit dem Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes. Dabei ist nicht jede Ungleichbehandlung verboten, vielmehr unterbindet der allgemeine Gleichheitssatz nur solche Ungleichbehandlungen, die sich nicht nach verfassungsrechtlichen Maßstäben sachlich begründen lassen, die also ungerechtfertigt sind. Art. 3 Abs. 1 GG kann damit als Abwehrrecht gegen Ungleichbehandlungen (§ 1 Rn. 28) gelesen werden.[26] Darüber hinaus wird der allgemeine Gleichheitssatz regelmäßig in Verbindung mit Freiheitsrechten herangezogen, um ein Recht auf 33

26 Vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 1, Rn. 48 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teilhabe (§ 1 Rn. 29) an Leistungen, Einrichtungen, Förderungen zu garantieren.[27] Prominentes Beispiel ist dabei der aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitete Anspruch auf chancengleichen Zugang zu Studienplätzen.[28]

2. Welche Staatsgewalten bindet der Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG?

34 Dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 GG zufolge scheint zunächst nur die **Rechts*anwendungs*gleichheit** verbürgt, also die Bindung der Gerichte und der Verwaltung an den Gleichheitssatz bei der Anwendung von Gesetzen. Kommen Verwaltung oder Justiz dabei keine Handlungsspielräume zu, so ist Art. 3 Abs. 1 GG bei

- objektiver Willkür,
- schlechthin unverständlicher Rechtsanwendung oder
- sachfremden Erwägungen

verletzt.

Räumt das Gesetz der Verwaltung oder dem Gericht Handlungsspielräume ein, etwa bei Ermessensspielräumen, unbestimmten Rechtsbegriffen oder Generalklauseln, kann der Gleichheitssatz wirksam werden, wenn die Verwaltung sich durch vorangegangene Entscheidungen gebunden hat (sog. **Selbstbindung der Verwaltung**):[29] Hat sich die Verwaltung über längere Zeit in bestimmten Situationen für eine Rechtsfolge entschieden, muss sie in vergleichbaren Fällen die gleiche Rechtsfolge anwenden (bzw. eine etwaige Ungleichbehandlung mit verfassungsrechtlich verfangenden Sachgründen rechtfertigen) – alles andere wäre Willkür. Dies gilt allerdings nicht, wenn eine rechtsfehlerhafte Verwaltungspraxis geändert wird: Es gilt die Regel „keine Gleichheit im Unrecht", d.h. durch eine rechtswidrige Verwaltungspraxis kann grundsätzlich keine Selbstbindung entstehen.

> Beispiel: Eine Bauherrin kann sich in einem Baugenehmigungsverfahren nicht darauf berufen, dass ihr Nachbar unter Missachtung des öffentlichen Baurechts eine (rechtswidrige) Genehmigung erhalten hat und ihrerseits eine rechtswidrige Baugenehmigung verlangen.

Die Annahme einer **Selbstbindung der Rechtsprechung** ist hingegen aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit problematischer. So darf bspw. ein neu eingesetzter Richter nicht an die bisherige Rechtsprechung des Spruchkörpers gebunden werden. Ein Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit kann daher allenfalls angenommen werden, wenn ein Gericht offenkundig und ohne sachlichen Grund von einer bestehenden Spruchpraxis abweicht.[30]

27 Dazu *Sachs*, in: Kempny/Reimer, Gleichheitsdogmatik heute, 2017, 107.
28 BVerfGE 33, 303 (Numerus Clausus I [1972]); 43, 291 (Numerus Clausus II [1977]); 147, 253 (Numerus Clausus III [2017]).
29 Vgl. *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 78 f.; *Kluckert*, JuS 2019, 536.
30 *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 91.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das BVerfG hat über den Wortlaut hinaus aus überzeugenden systematischen Gründen dem allgemeinen Gleichheitssatz von Beginn an jenseits der Rechtsanwendungsgleichheit auch die **Rechtss*etzungs*gleichheit** – also eine Bindung der Legislative – entnommen.[31] Die Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich bereits daraus, dass Art. 1 Abs. 3 GG alle drei Staatsgewalten an die Grundrechte bindet. Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete nur einen sehr lückenhaften Schutz, wenn der Gesetzgeber nach Belieben Gesetze erlassen könnte, die in der Rechtsanwendung zu Ungleichbehandlungen führen *müssten*. Eine **Selbstbindung der Gesetzgebung** wird unter den Stichworten der „Systemgerechtigkeit" und „Folgerichtigkeit" diskutiert:[32] Einmal getroffene Systementscheidungen sind umzusetzen; etwaige Abweichungen sind rechtfertigungsbedürftig. 35

Art. 3 Abs. 1 GG statuiert demnach eine umfassende Garantie der Rechtsanwendungs- *und* Rechtssetzungsgleichheit.[33]

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Gibt es einen allgemeinen Gleichheitssatz in der EMRK?

Die EMRK enthält keinen allgemeinen Gleichheitssatz. 36

Art. 14 EMRK normiert besondere Diskriminierungsverbote (§ 24 Rn. 38 ff.). Die Norm ähnelt im Aufbau Art. 3 Abs. 3 GG, geht aber über dessen Katalog hinaus.

2. Gibt es einen allgemeinen Gleichheitssatz in der EU-GRCh?

In der EU-GRCh findet sich in Art. 20 EU-GRCh ein allgemeines Gleichheitsrecht. Art. 20 EU-GRCh ist die erste Norm eines der Gleichheit gewidmeten eigenen Titels innerhalb der Grundrechtecharta und gehört zu den Grundprinzipien des Unionsrechts. Bereits vor Inkrafttreten der EU-GRCh im Jahr 2000 wurde dieser Gleichheitsgrundsatz vom EuGH angewandt. Auf die Ausformung des Gleichheitssatzes in der Rechtsprechung des EuGH kann daher auch für die Auslegung des Art. 20 EU-GRCh zurückgegriffen werden. 37

> ▶ Nach diesem Grundsatz dürfen vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre.
>
> **EuGH, ECLI:EU:C:1977:160, Rn. 7 – Ruckdeschel u. a./Hauptzollamt Hamburg-St. Annen** ◀

31 So BVerfGE 1, 14, 52 (Südweststaat [1951]).
32 *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 1, Rn. 199 f.
33 Ausführlich *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 38 m.w.N.; *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 3, Rn. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

◆ 38 Seinem Regelungsinhalt nach erfasst Art. 20 EU-GRCh sowohl die Rechtsetzungs- als auch die Rechtsanwendungsgleichheit.[34] Geschützt sind natürliche wie juristische Personen. Ob ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz vorliegt, ist in zwei Schritten zu klären:

1. Vorliegen einer Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem oder Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem
2. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung

> ▶ Nach ständiger Rechtsprechung verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, daß vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und daß unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern dies nicht objektiv gerechtfertigt ist.
>
> **EuGH, ECLI:EU:C:1994:407, Rn. 30 – SMW Winzersekt** ◀

◆ 39 Kritik an der Rechtsprechung des EuGH entzündet sich vor allem daran, dass eine klare Abgrenzung zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20 EU-GRCh) und den Diskriminierungsverboten (Art. 21 EU-GRCh, § 24 Rn. 42 ff.) nicht erkennbar ist.[35] Zudem vermengt der EuGH oftmals die zwei Prüfungsschritte der Feststellung der Ungleichbehandlung bzw. Gleichbehandlung und die daran anschließende Frage der Rechtfertigung (siehe dazu § 23 Rn. 5). Dies wiederum führt zu einer uneinheitlichen Dogmatik der Rechtfertigungsprüfung durch die Verwendung „einer recht bunten Mischung von Kriterien".[36]

34 Siehe *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 20, Rn. 9 ff.
35 *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 20, Rn. 6.
36 So *Tettinger*, in: Stern/Sachs, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, Art. 20, Rn. 9 m.w.N.; zur Rsp. siehe EuGH, ECLI:EU:C:2017:53, Rn. 53 ff. – Roca SARL.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 24 Besondere Gleichheitssätze

Lern- und Verständnisziele 1
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Was ist der Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 GG? 2
2. Wann liegt eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG vor? 3
3. Welches sind die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbotenen Anknüpfungsmerkmale? 4
4. Wovor schützt das Anknüpfungsmerkmal des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG? 12
5. Ist eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG zu rechtfertigen? 15
6. Was ist bei der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 GG zu beachten? 16
7. Wrap-Up: Prüfungsschema 20
II. Vertiefung und Kontextualisierung 21
1. Welche Wirkdimensionen haben die besonderen Gleichheitssätze? .. 21
2. Welche Bedeutung kommt der Gleichberechtigung der Geschlechter zu? 23
3. Was schützt Art. 33 Abs. 1 GG? ... 30
4. Was schützt Art. 33 Abs. 2 GG? ... 32
5. Was schützt Art. 33 Abs. 3 GG? ... 35
III. Europarechtliche Dogmatik 38
1. Wie gewährleistet die EMRK Nicht-Diskriminierung? 38
2. Wie und in welchen Fällen prüft der EGMR Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot? 41
3. Welche besonderen Gleichheitsrechte gibt es in der EU-GRCh? ... 42
4. Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 Abs. 1 AEUV 48
5. Das Verbot der Entgeltdiskriminierung zwischen Männern und Frauen nach Art. 157 Abs. 1 AEUV 51

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

Das können Sie referieren: 1

- den Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 GG (§ 24 Rn. 2)
- die besonderen Gleichheitssätze auf europarechtlicher Ebene (§ 24 Rn. 38 ff.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- wann eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG vorliegt (§ 24 Rn. 3)
- was bei der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 GG zu beachten ist (§ 24 Rn. 16 ff.)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung einer Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG (§ 24 Rn. 20)
- den Aufbau der Rechte aus Art. 33 GG (§ 24 Rn. 30 ff.)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- die verschiedenen Wirkdimensionen der besonderen Gleichheitssätze (§ 24 Rn. 21 f.)

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- ob eine Ungleichbehandlung „wegen" Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG gerechtfertigt werden kann (§ 24 Rn. 15)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zur (gesellschaftlichen) Verwirklichung der Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern (§ 24 Rn. 23 ff.)
- zu den Anknüpfungsmerkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG und ihrer Bedeutung für das gesellschaftliche Zusammenleben (§ 24 Rn. 4 ff.)

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Was ist der Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 3 GG?

2 Art. 3 Abs. 3 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Anders als Art. 3 Abs. 1 GG normiert Absatz 3 kein generelles Ungleichbehandlungsverbot. Vielmehr sind Ungleichbehandlungen „wegen" eines der dort genannten Diskriminierungsmerkmale verboten. Die h.M. interpretiert das Wort „wegen" als „anhand":[1] Das heißt, dass an diese Merkmale eine Unterscheidung nicht geknüpft werden darf. Dahinter steht u.a. die Erwägung, dass es sich bei den genannten Merkmalen überwiegend um angeborene, also nicht selbst erworbene und auch nicht ablegbare Eigenschaften handelt – und daher eine Diskriminierung aus solchen Gründen besonders ungerecht erscheint.[2] Zudem berühren die Merkmale Glaube und politische Anschauungen die innersten Überzeugungen eines Menschen und verdienen daher einen herausgehobenen Schutz. Art. 3 Abs. 3 GG ist damit in besonderer Weise Teil der Antwort des GG auf den Terror des nationalsozialistischen Unrechtsregimes.

1 Vgl. *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 125 ff.; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 426.

2 Vgl. *Sacksofsky*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitsdogmatik heute, 2017, 63.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wann liegt eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG vor?

Verboten ist jede Bevorzugung oder Benachteiligung wegen eines der in Art. 3 Abs. 3 GG aufgezählten Merkmale – die Norm enthält also ein **umfassendes Diskriminierungsverbot.** 3



JuS 2017, 1099
Jura 2015, 202
JA 2020, 757

Eine Ausnahme davon findet sich in Satz 2, wonach nur eine *Benachteiligung* wegen Behinderung verboten ist, und zwar weil Behinderung – anders als z.B. Geschlecht – nur die benachteiligte Ausprägung (§ 24 Rn. 12 ff.) bezeichnet. Im Übrigen ist jede Anknüpfung an ein verbotenes Merkmal, jede kausal auf ein solches Merkmal zurückzuführende Ungleichbehandlung untersagt. Während früher nur direkte Ungleichbehandlungen erfasst waren – also solche Ungleichbehandlungen, die unmittelbar bezweckt waren[3] – sind heute auch **mittelbare und faktische (indirekte) Ungleichbehandlungen** erfasst, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen Verwendung eines der Merkmale und Ungleichbehandlung besteht.[4] Wird zum Beispiel eine nachteilige Regelung zulasten von Reinigungspersonal getroffen, die weit überwiegend Frauen trifft, stellt dies eine mittelbare Diskriminierung dar.[5]

3. Welches sind die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbotenen Anknüpfungsmerkmale?

Das erste in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannte Merkmal ist das „**Geschlecht**". Es verbietet die Anknüpfung an die Eigenschaft eines Menschen als „Mann" oder „Frau". Der grundrechtliche Geschlechtsbegriff geht dabei nicht von einer Unabänderlichkeit des Geschlechts aus.[6] Damit sind jedenfalls auch Transsexuelle als (dann) Frauen oder Männer erfasst. Allerdings geht der Regelungsgehalt des Abs. 3 S. 1 nicht vollständig im Gleichberechtigungsgebot des Abs. 2 S. 1 (§ 24 Rn. 17) auf. Der Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zugrundeliegende Geschlechtsbegriff beschränkt sich gerade nicht auf ein binäres Geschlechterverständnis: Geschützt sind vielmehr auch Inter- und Transgeschlechtlichkeit bzw. -sexualität.[7] Allerdings vertritt das BVerfG weiterhin, dass die „**sexuelle Orientierung**" und die „**sexuelle Identität**" (anders als in Art. 10 Abs. 2 Berliner LV; Art. 12 Abs. 2 Brandenburgische LV; Art. 2 Bremische LV normiert) nicht vom grundgesetzlichen Verbot der Diskriminierung wegen des „Geschlechts" erfasst sind.[8] Aufgrund der Nähe zu den in Absatz 3 benannten Merkmalen seien Benachteiligungen wegen der sexuellen Orientierung und der sexuellen Identität allerdings strengen Rechtfertigungsanforderungen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG unterworfen. Wichtige Impulse erhält die deutsche Rechtsprechung dabei von den 4

3 Vgl. BVerfGE 85, 191, 206 (Nachtarbeitsverbot [1992]).
4 Ausdrücklich anerkannt für das Merkmal „Geschlecht" BVerfGE 97, 35, 43 (Hamburger Ruhegeldgesetz [1997]); für eine Übertragung auf alle Merkmale des Absatzes 3 siehe *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 429 f. m.w.N.
5 BVerfGE 126, 29, 53 f. (Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg [2010]).
6 Vgl. BVerfGE 88, 87, 90 (Transsexuelle II [1993]); 147, 1, Rn. 59 ff. (Personenstandsrecht [2017]).
7 BVerfGE 147, 1, Rn. 59 ff. (Personenstandsrecht [2017]); *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 452 ff.
8 BVerfGE 105, 313, 351 (Lebenspartnerschaftsgesetz [2002]); ausdrücklich normiert sind die „sexuelle Orientierung" bzw. die „sexuelle Identität" etwa in Art. 10 Abs. 2 Berliner LV; Art. 12 Abs. 2 Brandenburgische LV und Art. 2 Bremische LV.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

europäischen Gerichten. Der EGMR ordnet beispielsweise die sexuelle Orientierung als „sonstiges Recht“ (§ 24 Rn. 39) i.S.v. Art. 14 EMRK ein.[9]

5 Das Merkmal „**Abstammung**“ meint vornehmlich die natürliche biologische Beziehung eines Menschen zu seinen Vorfahren.[10] Verboten ist damit jede Anknüpfung an vererbliche Eigenschaften sowie der familienrechtlichen Abstammung.[11] Historisch zielte das Verbot auf das Verhindern von Vetternwirtschaft und dem Schutz vor der insbesondere im Nationalsozialismus praktizierten Sippenhaft.

6 Das Merkmal der „**Rasse**“ resultiert ebenfalls aus den Erfahrungen während des Nationalsozialismus; gemeint ist damit eine gruppenbezogene Zusammenfassung von Menschen nach biologischen, vererbbaren Kriterien.[12] Der Begriff ist biologisch-wissenschaftlich nicht tragfähig und birgt die Gefahr, affirmativ verstanden zu werden und durch einen unreflektierten Gebrauch zu einer Perpetuierung rassistischer Denkmuster beizutragen.[13] Die fehlende wissenschaftliche Tragfähigkeit macht eine Anknüpfung an dieses Merkmal daher nicht friktionslos möglich. Diskutiert wird daher die Streichung des Begriffs aus dem Grundgesetz.[14]



Streichung des Begriffs „Rasse“ aus dem GG

7 Regelungsgrund des Merkmals „**Sprache**“ ist die identitätsprägende Funktion der Sprache. Im Zentrum steht daher die Elternsprache, die vor allem sprachliche Minderheiten gegenüber der Mehrheitsbevölkerung als schutzbedürftig erscheinen lässt.[15] Historisch ging es vor allem um den Schutz deutscher Minderheitensprachen wie das Dänische und Sorbische.

8 Das Merkmal „**Heimat**“ meint die geographische Herkunft[16] und bezieht sich nicht auf den aktuellen Wohnsitz, sondern vielmehr auf das Land, die Region oder das Bundesland der Geburt.

9 Der Begriff „**Herkunft**“ umfasst die sozial-standesmäßige Verwurzelung.[17] Verboten ist damit eine Ungleichbehandlung nach gesellschaftlichem Status oder Schicht (sog. Klassismus).

10 Das Merkmal der **politischen Anschauungen** schützt politische Anschauungen – inklusive der Äußerung und des praktischen Eintretens für diese Anschauungen.[18] Diesem Merkmal kommt indes kaum praktische Bedeutung zu, da es von der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) weithin verdrängt wird.[19]

9 EGMR v. 21.12.1999, 33290/96, Rn. 28 – Da Silva Mouta/Portugal.
10 BVerfGE 9, 201, 205 (Waisenrente [1959]).
11 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 468.
12 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 472.
13 Dazu *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 179.
14 Siehe zur aktuellen Diskussion *Liebscher*, Rasse im Recht, 2021; *Ludyga*, NJW 2021, 911.
15 Vgl. *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 184.
16 BVerfGE 102, 41, 53 (Kriegsbeschädigtengrundrente [2000]).
17 BVerfGE 9, 124, 128 (Armenrecht [1959]).
18 Vgl. *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 522 ff.
19 Dazu BVerfGE 39, 334, 368 (Extremistenbeschluß [1975]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Merkmal des **Glaubens** meint, wie in Art. 4 GG, religiöse und weltanschauliche Ansichten und normiert damit eine spezifisch gleichheitsrechtliche Ausprägung des Gebots religiös-weltanschaulicher Neutralität des Staates, da es vor allem die Bevorzugung bestimmter religiöser Gemeinschaften sanktionieren soll.[20] Auch hier gilt, dass das Merkmal in der Rechtsprechung kaum eigenständige Wirksamkeit zu entfalten vermag, da bereits die Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1, 2 GG entsprechenden Schutz gewährleistet. 11

4. Wovor schützt das Anknüpfungsmerkmal des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG?

Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG schützt vor Benachteiligungen aufgrund einer „**Behinderung**". Das BVerfG definiert Behinderung (nicht ganz unproblematisch), als 12

> ▶ die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht.
>
> **BVerfGE 96, 288, 301 (Integrative Beschulung [1997])** ◀

Das BVerfG hat allerdings offen gelassen, ob diese Begriffsdefinition abschließend gilt.[21] Unerheblich ist jedenfalls, ob eine Behinderung angeboren oder vererblich, Folge einer Erkrankung oder eines Unfalls oder altersbedingt ist.[22] Auch der Schweregrad der Behinderung kommt aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Bedeutung zu. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ist also grundsätzlich weit auszulegen. Zudem bietet sich eine Orientierung an der Definition des § 2 Abs. 1 SGB IX an. 13

> ▶ Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.
>
> **§ 2 Abs. 1 SGB IX** ◀

Das umfassende Benachteiligungsverbot wurde erst 1994 eingeführt. Es verbietet solche Regelungen und Maßnahmen, welche die Situation von Behinderten wegen ihrer Behinderung verschlechtern.[23] Zudem greift es auch bei einem Ausschluss der Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten der Behinderten durch die öffentliche Gewalt. Im Umkehrschluss ist eine Bevorzugung erlaubt, jedoch nicht geboten. 14



Behindertenrechte im Grundgesetz

5. Ist eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG zu rechtfertigen?

Mit Blick auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG („niemand darf aufgrund" = **absolutes Anknüpfungsverbot**) ist zunächst grundsätzlich jede Ungleichbehandlung verboten. Zu berücksichtigen ist aber, dass auch schrankenlos normierte 15

20 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 507.
21 BVerfGE 96, 288, 301 (Integrative Beschulung [1997]).
22 So *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 531; *Beaucamp*, DVBl. 2002, 997.
23 Zum Schutz bei pandemiebedingter Triage siehe BVerfG NVwZ 2022, 139.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundrechte nicht vollkommen vorbehaltlos gewährleistet werden, sondern ihre Grenzen in kollidierendem Verfassungsrecht finden. Diese Grundkonfiguration reflektiert auch die ständige Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 3 GG: Eine Rechtfertigung ist aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts möglich.[24] Die dafür geltenden Grundsätze entsprechen der Eingriffsrechtfertigung bei vorbehaltlosen Freiheitsrechten (§ 4 Rn. 8 ff.). In Betracht kommen Verfassungsnormen, die Ungleichbehandlungen zulassen oder wenigstens nahelegen, wie etwa das Fördergebot in Art. 3 Abs. 2 GG oder die (ausgesetzte) Wehrpflicht in Art. 12a GG. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist sodann praktische Konkordanz (§ 4 Rn. 15 f.) herzustellen.

Eine Rechtfertigung von diskriminierenden Anknüpfungen an die verpönten Merkmale des Absatz 3 muss aber die Ausnahme sein. Daher sind besonders hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen.[25] Dafür streitet auch die **Unverfügbarkeit der Merkmale** (also der Umstand, dass Menschen diese Merkmale nicht nach Belieben verändern oder beeinflussen können). Darüber hinaus dürfen die Anforderungen an eine Rechtfertigung nicht davon abhängig gemacht werden, ob eine unmittelbare (direkte) oder eine mittelbare (indirekte) Anknüpfung an die Diskriminierungsmerkmale vorliegt.[26]

6. Was ist bei der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 GG zu beachten?

16 Art. 3 Abs. 2 GG betrifft Ungleichbehandlungen „wegen" des Geschlechts. Trotz einzelner zweifelnder Stimmen nach wie vor, dass eine absolute Gleichbehandlung von Männern und Frauen aufgrund bestehender Unterschiede überhaupt möglich sei, stellt das BVerfG hingegen seit drei Jahrzehnten in ständiger Rechtsprechung unmissverständlich fest:

> ▶ Überkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen, dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.
>
> **BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeitsverbot [1992])** ◀

17 Art. 3 Abs. 2 GG bezieht sich damit im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 3 GG (§ 24 Rn. 4) nicht primär auf das Geschlecht „an sich", sondern auf das Geschlechterverhältnis.[27] Daraus folgt, dass Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG als Gleichberechtigungsgebot auszulegen ist, das „auf die Angleichung der Lebensverhältnisse" zielt und bspw. zu gleichen Erwerbschancen von Frauen und Männern führen soll.[28]

24 BVerfGE 92, 91, 109 (Feuerwehrabgabe [1995]); 114, 357, 364 (Aufenthaltserlaubnis [2005]); 121, 241, Rn. 58 (Versorgungsabschlag [2008]).
25 BVerfGE 132, 72 (Ungleichbehandlung von Lebenspartnern/Ehegatten [2012]); *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 132 m.w.N.
26 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 434; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 132.
27 So *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 2, Rn. 360.
28 Vgl. BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeitsverbot [1992]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

An die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts werden besondere Anforderungen gestellt. Ein Rechtfertigungsansatz stellt dabei auf **biologische Unterschiede** zwischen den Geschlechtern ab. Früher ließ das BVerfG dafür „objektive biologische und funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede" genügen.[29] Diese Rechtsprechung hat das BVerfG inzwischen dahin gehend präzisiert und verschärft, dass eine „überkommene *Rollenverteilung*" nicht verfestigt werden dürfe.[30] Heute fordert es für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung daher in der „Natur" von Männern und Frauen liegende biologische Unterschiede, die eine Differenzierung zwingend erforderlich machen.[31] Eine Rechtfertigung allein durch funktionale Unterschiede zwischen Frau und Mann ist demgegenüber nicht mehr ausreichend. Eine Situation, in der biologische Unterschiede eine Differenzierung zwischen den Geschlechtern zwingend erforderlich machen, ist zudem – sieht man von der Schwangerschaft ab – ausgeschlossen. Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung in Rahmen des Art. 3 Abs. 2 GG ist damit *nur* durch kollidierendes Verfassungsrecht (§ 4 Rn. 10) möglich; auch insofern besteht kein Unterschied zum Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 GG.

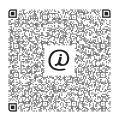
18



JuS 2022, 427

Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ist aber nicht nur ein Diskriminierungsverbot (das bereits in Abs. 3 normiert ist), sondern enthält darüber hinaus ein aktiv-indikativ formuliertes Gleichstellungsgebot und kann damit zur Rechtfertigung einer Bevorzugung von Frauen herangezogen werden. Dieser Förderungsauftrag zur Herstellung der Gleichberechtigung im Sinne einer individuellen Chancengleichheit wurde erst 1994 eingeführt.[32] Intensiv diskutiert wird in diesem Zusammenhang insbesondere die Herstellung einer Ergebnisgleichheit (§ 22 Rn. 18) durch Einführung von **Frauenquoten**.[33] Erst kürzlich hat das BVerfG Stellung zu einer möglichen grundgesetzlichen Pflicht zur paritätischen Ausgestaltung von Landeslisten und Wahlkreiskandidaturen bezogen – und eine solche im Ergebnis abgelehnt.[34]

19



Podcast „Spruchreif" – paritätische Besetzung von Wahllisten

29 BVerfGE 3, 225, 242 (Gleichberechtigung [1953]).
30 Vgl. BVerfGE 85, 191, 206 f. (Nachtarbeitsverbot [1992]).
31 Vgl. BVerfGE 92, 91, 109 (Feuerwehrabgabe [1995]).
32 Ausführlich *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 155 m.w.N.
33 Dazu *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3 Abs. 3, Rn. 366; *Penz*, DÖV 2015, 963.
34 BVerfGE 156, 224 (Parität [2020]); zur Diskussion siehe *Friehe*, NVwZ 2021, 39; *Ungern-Sternberg*, JZ 2019, 525.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

7. Wrap-Up: Prüfungsschema

20



Jurafuchs

I. Ungleichbehandlung „wegen" eines verbotenen Kriteriums

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich:

Art. 3 Abs. 2 GG: Gleichberechtigung von Frau und Mann

Art. 3 Abs. 3 GG:

S. 1: Ungleichbehandlung aufgrund von Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, politischen Anschauungen, Glauben

S. 2: Benachteiligung aufgrund von Behinderung

II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Schranken:

Art. 3 Abs. 2 GG:

kollidierendes Verfassungsrecht

Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG kann zur Rechtfertigung bestimmter Bevorzugungen von Frauen herangezogen werden (Fördermaßnahmen)

Art. 3 Abs. 3 GG:

nach dem Wortlaut erscheint jede Ungleichbehandlung verboten

ständige Rechtsprechung des BVerfG: Rechtfertigung aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts möglich

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz

Weiterführende Hinweise

Schwarz, Grundfälle zu Art. 3 GG, JuS 2009, 417
Gentsch, Grundrechtliche Gleichheitsgebote: Eine fallorientierte Einführung, ZJS 2010, 596
Magen, Kontexte der Demokratie, VVDStRL 77 (2018), 67
Pieroth, Die Herstellung der Rechtsgleichheit zwischen Frauen und Männern, Jura 2019, 687
Grünberger et al., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021.

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Welche Wirkdimensionen haben die besonderen Gleichheitssätze?

21 Art. 3 Abs. 2 GG normiert die Gleichberechtigung von Mann und Frau und Art. 3 Abs. 3 GG ein Verbot besonderer Diskriminierungen. Keines der dort genannten Merkmale darf dabei Anknüpfungspunkt einer rechtlichen Ungleichbehandlung sein. Gründe hierfür sind insbesondere das – allen Grundrechten

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemeinsame – Ziel des **Schutzes vulnerabler Gruppen**, daneben aber auch spezifische Ausprägungen von, die Verfassung tragenden, Prinzipien und Gewährleistungen wie dem religiös-weltanschaulichen Neutralitätsgebot (§ 10 Rn. 42 ff.), dem Ziel der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und dem Erhalt des demokratischen Meinungskampfes.

Darüber hinaus kommen den besonderen Gleichheitsrechten Schutzpflichten (§ 1 Rn. 35 ff.) zur Beseitigung von Ungleichheiten zu.[35] Das BVerfG hat eine solche insbesondere für das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG anerkannt.[36] Gleiches nimmt das BVerfG auch für Art. 3 Abs. 3 GG an.[37] 22

2. Welche Bedeutung kommt der Gleichberechtigung der Geschlechter zu?

Historisch war mit „Gleichheit" vor allem die Gleichheit aller *männlichen* Bürger gemeint. Aber schon 1791 forderte die französische Frauenrechtlerin *Olympe de Gouges* in der *Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin* die Gleichberechtigung der Geschlechter. Umgesetzt wurde die Gleichberechtigung in Deutschland ab dem 20. Jahrhundert, insbesondere durch die Einführung des Frauenwahlrechts 1918. 23

Art. 109 WRV formulierte: „Männer und Frauen haben die gleichen *staatsbürgerlichen* Rechte und Pflichten". Im Parlamentarischen Rat forderte insbesondere *Elisabeth Selbert* für das GG eine deutlichere Gewährleistung auch der *privatrechtlichen* Gleichberechtigung von Mann und Frau, insbesondere im Familien- und Arbeitsrecht. Daraus resultierte die heutige Formulierung des Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG. Diese Gewährleistung der umfassenden Gleichberechtigung im Grundgesetz beeinflusste ganz entscheidend die weitere Rechtsentwicklung. 24

Istanbuler Konvention

Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG blieb zwar unverändert; das Verständnis von einer Gleichberechtigung der Geschlechter wandelte sich über die Jahrzehnte dafür umso mehr (Lehre vom Verfassungswandel, § 1 Rn. 6). Die Entwicklungslinien lassen sich gut an der privatrechtlichen Stellung der Frau illustrieren: 25

Trotz der verfassungsrechtlich gewährleisteten Gleichberechtigung von Frau und Mann war die einfachgesetzliche Ausgestaltung noch lange Zeit stark defizitär. Folgende Normen mögen die Rechtsstellung der Frau bis Ende der 1950er Jahre verdeutlichen: 26

> ▶ (1) Hat sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgerichte dazu ermächtigt worden ist.
>
> (2) Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu ertheilen, wenn sich ergiebt, daß die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt.
>
> **§ 1358 BGB a.F. (Fassung 1900–1958)** ◀

35 Siehe *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 3, Rn. 175 ff. m.w.N.
36 Siehe BVerfGE 109, 64, 89 ff. (Mutterschaftsgeld II [2003]).
37 Siehe BVerfG NZA 2020, 1704.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ Können sich die Eltern nicht einigen, so entscheidet der Vater, er hat auf die Auffassung der Mutter Rücksicht zu nehmen.

§ 1628 Abs. 1 BGB a.F. (Fassung 1957–1959) ◀

▶ Die Vertretung des Kindes steht dem Vater zu; die Mutter vertritt das Kind, soweit sie die elterliche Gewalt allein ausübt oder ihr die Entscheidung nach § 1628 Abs. 2, 3 übertragen ist.

§ 1629 Abs. 1 BGB a.F. (Fassung 1957–1959) ◀

27 Das BVerfG hielt diese Vorschriften im Jahr 1959 mit Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG für nicht vereinbar und entschied:

▶ § 1628 und § 1629 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957 (BGBl. I S. 609) sind nichtig.

BVerfGE 10, 59 (Elterliche Gewalt [1959]) ◀

28 Ein weiteres, sehr anschauliches Beispiel für den Einfluss der grundrechtlich verbürgten Gleichberechtigung zwischen Frau und Mann sind auch die Normtextveränderungen des § 1356 BGB zwischen 1900 und heute:

▶ (1) Die Frau ist [...] berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten.

(2) Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnisse, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.

§ 1356 BGB a.F. (Fassung von 1900 bis 1958) ◀

▶ (1) Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung.

(2) Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist.

§ 1659 Abs. 1 BGB a.F. (Fassung von 1958 bis 1977) ◀

▶ (1) Die Ehegatten regeln die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen. Ist die Haushaltsführung einem der Ehegatten überlassen, so leitet dieser den Haushalt in eigener Verantwortung.

(2) Beide Ehegatten sind berechtigt, erwerbstätig zu sein. Bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit haben sie auf die Belange des anderen Ehegatten und der Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen.

§ 1356 Abs. 1 BGB (aktuelle Fassung, seit 1977) ◀

29 Auch im Strafrecht lässt sich der Einfluss der Gleichberechtigungsentwicklung sichtbar machen. Dazu der Normtext des § 177 StGB:

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ Wer eine Frau mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum *außerehelichen* Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft.

§ 177 Abs. 1 StGB a.F. (Fassung bis 1997) ◀

▶ Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

§ 177 Abs. 1 StGB (aktuelle Fassung) ◀

3. Was schützt Art. 33 Abs. 1 GG?

Art. 33 Abs. 1 GG ist ein Deutschengrundrecht (§ 3 Rn. 12) und gewährleistet ein sog. „gemeinsames **Indigenat**“[38]. Der Begriff „Indigenat“ bezeichnet ein **Heimatrecht** und geht zurück auf Art. 3 der Deutschen Reichverfassung von 1871: Normiert wird ein Verbot der Diskriminierung im Bundesgebiet aufgrund der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bundesland. Vielmehr gelten gleiche Rechte und Pflichten für alle deutschen Staatsbürger:innen. Nicht untersagt hingegen sind Unterschiede in den Rechtsordnungen *zwischen* den Ländern; vielmehr ist sogar ein gewisser Wettbewerb unter den Ländern erwünscht. Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Landeszugehörigkeit stellt jedoch eine Beeinträchtigung dar. 30

Als Beispiel lässt sich hier ein **Landeskinderbonus** beim Hochschulzugang oder der Erhebung von Studiengebühren anführen:

▶ Die verfassungsrechtliche Anerkennung des Rechts zur freien Wahl der Ausbildungsstätte soll verhindern, daß einzelne Länder an ihren Universitäten nur Landeskinder studieren lassen.

BVerfGE 33, 303, 354 (Numerus Clausus I [1972]) ◀

▶ Regelungen, die auswärtige Studierende anders als Landeskinder behandeln, [...] und nur Auswärtigen ab dem dritten Semester eine Gebührenpflicht auferlegten, verstoßen gegen das Teilhaberecht aus Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG auf freien und gleichen Hochschulzugang in einem bundesweit zusammenhängenden System.

BVerfGE 134, 1, Rn. 54 f. (Bremer Studiengebühren [2013]) ◀

Von einem Landeskinderbonus spricht man, wenn bei der Gewährung von Leistungen oder dem Zugang zu Einrichtungen Landesangehörige des gewährenden Bundeslandes gegenüber Angehörigen anderer Bundesländer bevorzugt werden. 31

38 Indigenat (lat. Eingeborener).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Da es keine faktisch bedeutende „Landesstaatenangehörigkeit“ gibt[39], liegt darin eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung.[40]

Art. 33 Abs. 1 GG ist schrankenlos gewährleistet. Eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung des Grundrechts aus Art. 33 Abs. 1 GG ist somit (allein) durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich. Ein Beispiel liefert Art. 36 Abs. 1 S. 2 GG, wonach in unteren Bundesbehörden beschäftigte Personen in der Regel aus dem Land „genommen werden“ sollen, in dem die Behörde tätig ist.

4. Was schützt Art. 33 Abs. 2 GG?

32 Auch Art. 33 Abs. 2 GG ist ein Deutschengrundrecht (§ 3 Rn. 12). Es gewährleistet den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern und postuliert das Prinzip der **Bestenauslese**,[41] wonach die Auswahl des Staatspersonals nur anhand der **Eignung, Befähigung** und **fachlichen Leistung** zu erfolgen hat. Damit soll sichergestellt werden, dass ausschließlich qualifizierte Bewerber:innen eingestellt werden.

33 Art. 33 Abs. 2 GG begründet auf der einen Seite einen Anspruch des bzw. der Einzelnen, dass der Staat als Dienstherr ausschließlich nach diesen Kriterien entscheidet und so die Chancengleichheit gewährleistet (subjektiv-rechtliche Dimension), umgekehrt wird aber auch der Staat als Dienstherr verpflichtet, die genannten Kriterien als Einstellungsvoraussetzungen einfach-gesetzlich umzusetzen (objektiv-rechtliche Dimension).[42]

34 Jede fehlerhafte Würdigung oder Nichtberücksichtigung der Kriterien der Bestenauslese bei der Personalauswahl stellt daher grundsätzlich eine Beeinträchtigung des Art. 33 Abs. 2 GG dar – und ist so mithilfe der Verfassungsbeschwerde justiziabel. Nur wenn alle Bewerber:innen hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleich qualifiziert sind, dürfen andere (Hilfs-)Kriterien herangezogen werden.[43]

Eine Beeinträchtigung des Art. 33 Abs. 2 GG kann nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. In diesem Zusammenhang findet sich die Diskussion um die Frauenförderung nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG in der Besetzung von Beamtenstellen wieder.[44]

5. Was schützt Art. 33 Abs. 3 GG?

35 Art. 33 Abs. 3 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11) und verbietet eine Ungleichbehandlung aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen. Erfasst sind

39 Art. 6 der Bayerischen Verfassung normiert zwar (vor Inkrafttreten des Grundgesetzes) eine „bayerische Staatsbürgerschaft“, allerdings garantiert Art. 8, dass alle deutschen Staatsangehörigen, die in Bayern ihren Wohnsitz haben, über die gleichen Rechte Pflichten verfügen wie bayerische Staatsangehörige.

40 *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 33, Rn. 10.

41 Vgl. *Kümper*, DÖV 2017, 414.

42 Vgl. BVerfGE 139, 19 (Einstellungshöchstaltersgrenzen [2015]); BVerwG NVwZ 2021, 1608; *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 33, Rn. 12 f.

43 BVerwGE 122, 147 (Besetzung von Beförderungsämtern [2005]); *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 33 Abs. 1, Rn. 20.

44 Siehe etwa OVG Münster NVwZ 2017, 807.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

davon alle privatrechtlichen und staatsbürgerlichen Rechte, die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sowie die im öffentlichen Dienst erworbenen Rechte.

Art. 33 Abs. 3 GG verbürgt dabei einen Anspruch des Einzelnen auf staatliche Neutralität bezüglich Religion und Weltanschauung (subjektiv-rechtliche Dimension) und stellt damit in Bezug auf den Zugang zum öffentlichen Dienst *lex specialis* gegenüber Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG dar.[45] 36

Gleichzeitig begründet Art. 33 Abs. 3 GG die Pflicht des Staates zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität (objektiv-rechtliche Dimension).[46] Eine Beeinträchtigung kann dabei jede unmittelbar an das religiöse oder weltanschauliche Bekenntnis anknüpfende Ungleichbehandlung darstellen. Eine Rechtfertigung ist (allein) durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich.[47] 37

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie gewährleistet die EMRK Nicht-Diskriminierung?

Art. 14 EMRK enthält besondere Diskriminierungsverbote und ähnelt von seiner Struktur Art. 3 Abs. 3 GG. 38

> ▶ Der Genuß der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.
>
> **Art. 14 EMRK** ◀

Anders als bei Art. 3 Abs. 3 GG, ist die Aufzählung der verbotenen Differenzierungskriterien des Art. 14 EMRK nicht abschließend.[48] Durch das Merkmal „sonstiger Status" soll die Norm ferner offen für gesellschaftlichen Wandel gehalten werden. Hierüber erfasst sind u.a. sexuelle Ausrichtung, Familienstand, Alter, Behinderungen oder genetische Merkmale. Art. 14 ERMK erfasst nicht jede beliebige Differenzierung, sondern nur solche, die auf identifizierbaren, objektiven oder persönlichen Merkmalen beruhen.[49] 39

In der Prüfung ist insbesondere die akzessorische Geltung der Diskriminierungsverbote zu berücksichtigen: Das bedeutet, dass Art. 14 EMRK nur dann zu prüfen ist, wenn zumindest ein anderes von der Konvention geschütztes Menschenrecht betroffen ist. Der EGMR legt allerdings ein weites Verständnis der Akzessorietät zugrunde: Es genügt, wenn die Maßnahme in den Regelungsbe- 40

45 Vgl. *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 33 Abs. 1, Rn. 24b.
46 BVerfGE 153, 1 (Kopftuch III [2020]).
47 BVerfGE 122, 89, 113 (Wissenschaftsfreiheit in der Theologie [2008]).
48 Vgl. EGMR v. 13.7.2010, 7205/07, Rn. 55 – Clift.
49 EGMR v. 13.7.2010, 7205/07, Rn. 55 – Clift.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

reich eines Konventionsrechts fällt; der Schutzbereich muss nicht eröffnet sein.[50] Art. 14 EMRK kommt also nur i.V.m. anderen (Freiheits-)Rechten zur Anwendung. Dies hat sich mit dem 2005 in Kraft getretenen 12. Zusatzprotokoll zur EMRK grundsätzlich geändert, das ein nicht-akzessorisches Diskriminierungsverbot definiert. Allerdings hat Deutschland das 12. Zusatzprotokoll bislang noch nicht ratifiziert und ist somit nicht an das Protokoll gebunden.

2. Wie und in welchen Fällen prüft der EGMR Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot?

◆ 41 Der EGMR prüft Gleichheitsverstöße nur subsidiär bzw. wenn eine eindeutige Ungleichbehandlung den wesentlichen Aspekt des Falles darstellt:

> ▶ [Wenn] die Verletzung einer wesentlichen Vorschrift der Konvention sowohl allein als auch in Verbindung mit Art. 14 geltend gemacht wird, und die separate Verletzung dieser wesentlichen Vorschrift festgestellt worden ist, erübrigt sich regelmäßig eine Prüfung des Art. 14.
>
> **EGMR NJW 1984, 541, 544 (Dudgeon ./. Vereinigtes Königreich [1981])** ◀

3. Welche besonderen Gleichheitsrechte gibt es in der EU-GRCh?

◆ 42 Die Art. 21 ff. EU-GRCh regeln als *leges speciales* zu Art. 20 EU-GRCh besondere Gleichheitsrechte. Das Diskriminierungsverbot des Art. 21 EU-GRCh normiert dabei eine umfassende, nicht abschließende Aufzählung von 17 Differenzierungsmerkmalen in Absatz 1: Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, ethnische oder soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, Religion oder Weltanschauung, politische oder sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung. Die Aufzählung orientiert sich an Art. 14 EMRK, geht aber darüber hinaus, indem auch Merkmale umfasst sind, die dort lediglich vom „sonstigen Status" erfasst werden.

◆ 43 „Diskriminierung" i.S.d. Art. 21 EU-GRCh meint jede Schlechterbehandlung wegen eines personengebundenen bzw. persönlichkeitsbildenden Merkmals.[51] Den Merkmalen ist darüber hinaus gemein, dass die Betroffenen keinen Einfluss auf die Eigenschaften haben bzw. die Merkmale der Ausübung einer persönlichen Freiheit entsprechen. Auch indirekte (mittelbare) Diskriminierungen werden von Art. 21 EU-GRCh erfasst.[52]

◆ 44 Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund der genannten Kriterien ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, aber es sind hohe Anforderungen insbesondere an die Angemessenheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu stellen.[53]

---

50 EGMR v. 18.7.1974, 13580/88, Rn. 22 f. – Karlheinz Schmidt.
51 Vgl. *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 21, Rn. 3.
52 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 21, Rn. 10.
53 *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 21, Rn. 10; zur Rsp. EuGH, ECLI:EU:C:2017:198, Rn. 55 – Milkova.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Art. 23 EU-GRCh formuliert speziell die Gleichheit von Männern und Frauen, beansprucht umfassende Geltung und ist als Schutzauftrag zu verstehen.[54] Damit betont die Grundrechtcharta die große Bedeutung der Geschlechtergleichheit. Der Begriff der „Gleichheit" knüpft an Art. 20 EU-GRCh an, wonach eine Ungleichbehandlung vorliegt, wenn Männer und Frauen in einer vergleichbaren Lage ungleich oder in einer nicht vergleichbaren Lage gleichbehandelt werden.[55] Die Ungleichbehandlung muss also auf die Geschlechterverschiedenheit zurückzuführen sein. Erfasst sind sowohl unmittelbare wie mittelbare Ungleichbehandlungen. Der Normtext des Art. 23 EU-GRCh („*in allen Bereichen*") verdeutlicht, dass das Gleichheitsgebot nicht eingegrenzt ist und sich zudem auch auf Privatrechtsverhältnisse bezieht (unmittelbare Drittwirkung).[56] 45

Weitere besondere Gleichheitsrechte normieren Art. 24 EU-GRCh (Rechte der Kinder), Art. 22 EU-GRCh (Vielfalt von Kulturen, Religionen und Sprachen), Art. 25 EU-GRCh (Rechte älterer Menschen) und Art. 26 EU-GRCh (Integration von Menschen mit Behinderungen). 46

All diese Gewährleistungen vermitteln einklagbare Rechte und sind damit keine bloßen Grundsätze i.S.d. Art 52 Abs. 5 EU-GRCh. Adressaten sind zunächst die EU und ihre Stellen. Die einzelnen Mitgliedsstaaten werden gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 EU-GRCh verpflichtet, soweit es um die Durchführung von Unionsrecht geht.[57] 47

4. Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 Abs. 1 AEUV

Art. 18 Abs. 1 AEUV verbietet Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit. Berechtigt sind alle Unionsbürger:innen und juristische Personen mit Sitz in der EU.[58] Verpflichtet sind primär die Mitgliedsstaaten und Unionsorgane. Inwieweit das Diskriminierungsverbot auch zwischen Privaten wirkt, ist umstritten.[59] 48

Die Anwendbarkeit des Art. 18 Abs. 1 AEUV setzt voraus, dass der Sachverhalt vom Anwendungsbereich des EU-Rechts umfasst ist.[60] Dies ist bei rein innerstaatlichen Sachverhalten grundsätzlich nicht der Fall. Umstritten ist, wie **umgekehrte Diskriminierungen** oder **Inländerdiskriminierungen** zu bewerten sind, also wenn innerstaatliche Sachverhalte strengeren Regelungen unterliegen als grenzüberschreitende Sachverhalte.[61]

Art. 18 AEUV erfasst unmittelbare (offene) Diskriminierungen, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, also zwischen inländischen und ausländischen Personen differenzieren, aber auch mittelbare (versteckte) Diskriminierungen, 49

54 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2003:168 – Kutz-Bauer.
55 Vgl. *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 23, Rn. 10.
56 Dazu *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 23, Rn. 4.
57 EuGH, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 23 ff. – Kücükdeveci.
58 *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 18, Rn. 41.
59 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:2019:497 – TopFit.
60 Vgl. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 18, Rn. 10.
61 Vgl. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 18, Rn. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die zwar *de iure* unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, aber durch andere Unterscheidungsmerkmale *de facto* zu einer Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit führen.[62] Das ist etwa der Fall, wenn an den Wohnsitz, die Mitgliedschaft in einer nationalen Sozialversicherung, ein Sprachzertifikat oder einen nationalen Schulabschluss angeknüpft wird.

◆ 50 Art. 18 Abs. 1 AEUV stellt ein **relatives Diskriminierungsverbot** dar.[63] Damit kommt eine Rechtfertigung sowohl bei offener als auch bei versteckter Diskriminierung in Betracht.[64] Der EuGH stellt dabei restriktive Anforderungen an eine Rechtfertigung:

> ▶ Nach ständiger Rechtsprechung verlangt das Diskriminierungsverbot [...], dass vergleichbare Sachverhalte nicht ungleich und ungleiche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden. Eine solche Behandlung wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn sie auf **objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen** beruhte und in einem **angemessenen Verhältnis zu einem legitimerweise verfolgten Zweck** stünde.
>
> **EuGH, ECLI:EU:C:2008:724, Rn. 75 – Huber** ◀

5. Das Verbot der Entgeltdiskriminierung zwischen Männern und Frauen nach Art. 157 Abs. 1 AEUV

◆ 51 Art. 157 Abs. 1 AEUV garantiert seinem Wortlaut nach das gleiche Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit; letztlich geht es aber grundsätzlicher um die Geschlechtergleichberechtigung im Arbeitsrecht.[65] Aufgrund der Anknüpfung an das Geschlecht sind Ungleichbehandlungen wegen der sexuellen Orientierung nicht erfasst.[66] Absatz 2 enthält eine Legaldefinition des Entgelts. Absatz 3 normiert eine Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichstellung von Männern und Frauen. Absatz 4 enthält schließlich eine an die Mitgliedsstaaten gerichtete Öffnungsklausel für bestimmte Maßnahmen der positiven Diskriminierung. Art. 157 Abs. 1 AEUV richtet sich ferner nicht nur an die Mitgliedsstaaten, sondern entfaltet auch Wirkung für kollektive und individuelle Arbeitsverträge (sog. horizontale Drittwirkung).[67] Eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist möglich.[68]

62 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:1980:251 – Boussac; ECLI:EU:C:2016:114 – Jobcenter Recklinghausen; ECLI:EU:C:2019:504 – Österreich ./. Deutschland.
63 So *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 18, Rn. 38.
64 EuGH, ECLI:EU:C:2009:616, Rn. 48 – Bressol; ECLI:EU:C:2009:616 – Wolzenburg.
65 Siehe EuGH, ECLI:EU:C:1976:56 – Defrenne II.
66 *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 157, Rn. 33.
67 EuGH, ECLI:EU:C:1976:56 – Defrenne II.
68 Vgl. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., Art. 157, Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teil 5: Rechtsdurchsetzung

Lern- und Verständnisziele 1

§ 25 Justizgrundrechte und grundrechtsgleiche Rechte 2
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik 2
1. Die Justizgrundrechte 2
2. Grundrechtsgleiche Rechte .. 3
3. Die Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 GG 4
a) Wer kann sich auf die Rechtsschutzgarantie berufen? 4
b) Was ist der Gewährleistungsgehalt der Rechtsschutzgarantie? 5
c) Was sind Eingriffe in die Rechtsschutzgarantie? 10
d) Wie kann ein Eingriff in die Rechtsschutzgarantie gerechtfertigt werden? 13
e) Wrap-Up: Prüfungsschema ... 14
4. Weitere justizielle Gewährleistungen 15
a) Was wird durch das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) geschützt? 15
b) Was schützt der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)? 19
c) Was schützt der Grundsatz nulla poena sine lege (Art. 103 Abs. 2 GG)? 23
d) Was schützt der Grundsatz ne bis in idem (Art. 103 Abs. 3 GG)? 28
e) Wrap-Up: Prüfungsschema ... 31
II. Vertiefung und Kontextualisierung 32
1. Worin besteht die Bedeutung der Rechtsschutzgarantie? ... 32
2. Ist die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zulasten Abgeurteilter mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar? 36
3. Inwiefern offenbart die Justizreform in Polen die Fragilität des Rechtsstaates und der Justizgrundrechte in Europa? 38
4. Was gewährleistet das Petitionsrecht gem. Art. 17 GG? ... 41
III. Europarechtliche Dogmatik 45
1. Wie werden die justiziellen Rechte in der EMRK gewährleistet? 45
2. Wie werden die justiziellen Rechte in der EU-GRCh gewährleistet? 51

§ 26 Grundrechtsschutz durch Gerichte ... 1
I. Bundesverfassungsgericht 1
1. Wie ist das BVerfG aufgebaut? 1
2. Wie sind Entscheidungen des BVerfG aufgebaut? 3
3. Was ist die amtliche Sammlung der BVerfG-Entscheidungen? 4
II. Gerichtshof der Europäischen Union 6
1. Wie ist der EuGH aufgebaut? 6
2. Wo finden sich EuGH-Entscheidungen? 8
III. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 9
1. Wie ist der EGMR aufgebaut? 9
2. Wo finde ich EGMR-Entscheidungen? 11

§ 27 Grundrechtsschutz vor dem BVerfG .. 1
I. Die Verfassungsbeschwerde 1
1. Seit wann gibt es die Verfassungsbeschwerde? 1
2. Was sind die Funktionen der Verfassungsbeschwerde? 2
3. Wo ist die Verfassungsbeschwerde geregelt? 4
4. Wie ist die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zu prüfen? 5
5. Wie ist die Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde zu prüfen? 14
6. Was ist bei der Begründetheit einer Urteilsverfassungsbeschwerde zu beachten? 15
7. Welche Auswirkung hat die Anwendbarkeit von Unionsgrundrechten auf die Begründetheitsprüfung? 16
7. Wrap-Up: Prüfungsschema ... 17
II. Einstweiliger Rechtsschutz 18

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lern- und Verständnisziele

1. Wissen

1 Das können Sie referieren:

- den Inhalt der Radbruch'schen Formel (§ 25 Rn. 27)
- die Justizgrundrechte auf europarechtlicher Ebene (§ 25 Rn. 45 ff.)
- wie das BVerfG aufgebaut ist (§ 26 Rn. 1)
- wie der EuGH und der EGMR aufgebaut sind (§ 26 Rn. 6 f.; 9 f.)

2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- was subjektive öffentliche Rechte sind (§ 25 Rn. 7)
- was das Petitionsrecht gem. Art. 17 GG gewährleistet (§ 25 Rn. 41 ff.)
- welche Verbürgungen zu den grundrechtsgleichen Rechten zählen (§ 25 Rn. 3)
- wie die Entscheidungen des BVerfG aufgebaut sind (§ 26 Rn. 3)

3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung der Rechtschutzgarantie gem. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG (§ 25 Rn. 14)
- den Aufbau der weiteren justiziellen Gewährleistungen (§ 25 Rn. 31)
- den Aufbau einer Verfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 17)
- den Aufbau eines Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz (§ 27 Rn. 20)

4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- wer sich auf die Rechtschutzgarantie berufen kann (§ 25 Rn. 4)
- welche Schranken bei den Justizgrundrechten zu berücksichtigen sind (§ 25 Rn. 13; 17; 21; 26; 30)
- die einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 5 ff.)
- welche Besonderheiten sich bei Sachverhalten mit unionsrechtlichem Bezug hinsichtlich der Verfassungsbeschwerde ergeben (§ 27 Rn. 16)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- weshalb Justizgrundrechte normgeprägte Grundrechte sind (§ 25 Rn. 6; 16; 20)
- inwieweit die Verletzung der Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV gegen Justizgrundrechte verstoßen kann (§ 25 Rn. 18)
- ob sog. Beurteilungsspielräume mit der Rechtsschutzgarantie vereinbar sind (§ 25 Rn. 12)
- welche Besonderheiten bei der Urteilsverfassungsbeschwerde zu berücksichtigen sind (§ 27 Rn. 15)

6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zur Bedeutung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG (§ 25 Rn. 32 ff.)
- zur Wiederaufnahme von Strafverfahren zu Ungunsten der Verurteilten vor dem Hintergrund des Grundsatzes *ne bis in idem* (§ 25 Rn. 36 f.)
- zur Frage, weshalb die Justizreform in Polen mit den EU-Justizgrundrechten in einem Spannungsverhältnis steht (§ 25 Rn. 38 ff.)
- weshalb die Einführung der Verfassungsbeschwerde für die Effektivität des Grundrechtsschutzes von Bedeutung ist (§ 27 Rn. 2)

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

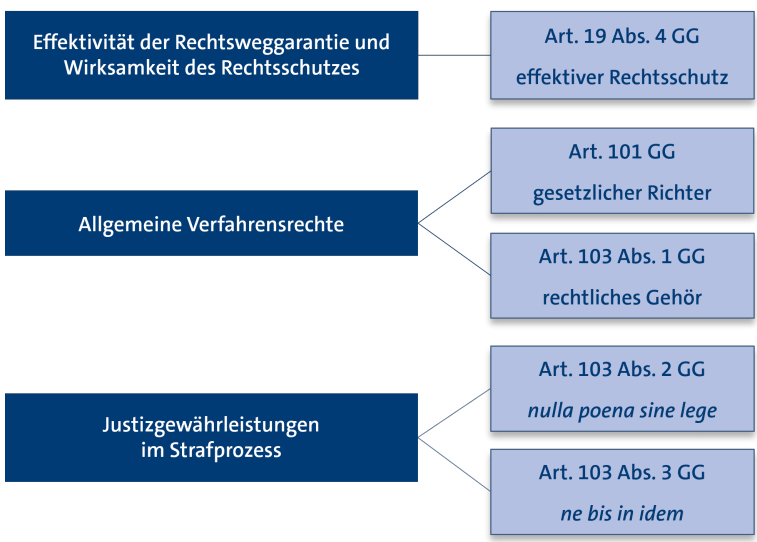
§ 25 Justizgrundrechte und grundrechtsgleiche Rechte

I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

1. Die Justizgrundrechte

2 Unter dem Begriff der Justizgrundrechte wird eine Vielzahl einzelner Gewährleistungen des GG zusammengefasst. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 4 GG ist im Grundrechtsteil des GG normiert; demgegenüber sind die anderen Rechte als sog. grundrechtsgleiche Rechte (§ 25 Rn. 3) in den Art. 101 ff. GG normiert.

Die Justizgrundrechte



2. Grundrechtsgleiche Rechte

◆ 3 Im Grundgesetz finden sich die Grundrechte in dem mit „Die Grundrechte" überschriebenen ersten Abschnitt, in den Artikeln 1 – 19 GG. Aber auch außerhalb des ersten Abschnitts des Grundgesetzes gibt es Normen, die den Grundrechten strukturell gleichstehen. Man spricht hierbei von „**grundrechtsgleichen Rechten**".[1] Das Grundgesetz zählt diese Rechte in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG neben den Grundrechten abschließend auf; ihre Verletzung kann mit der Verfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 4) gerügt werden:

- Art. 20 Abs. 4 GG (§ 5 Rn. 25),
- Art. 33 GG (§ 24 Rn. 30 ff.),
- Art. 38 GG,

1 Kritisch zur Terminologie *Schumann*, JZ 2020, 30.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Art. 101 GG (§ 25 Rn. 15 ff.),
- Art. 103 GG (§ 25 Rn. 19 ff.) und
- Art. 104 GG (§ 18 Rn. 36 f.).

In der Fallbearbeitung sind grundrechtsgleiche Rechte wie Grundrechte zu behandeln. Einzig in sprachlicher Hinsicht wird differenziert: So spricht man bei grundrechtsgleichen Rechten üblicherweise vom „**Gewährleistungsgehalt**" statt vom (sachlichen) Schutzbereich.

3. Die Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 GG

a) Wer kann sich auf die Rechtsschutzgarantie berufen?

Art. 19 Abs. 4 GG ist ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Damit kann sich jede natürliche Person unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit auf die Rechtsschutzgarantie berufen. Dies gilt ferner auch für inländische juristische Personen des Privatrechts unter den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.). Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich dagegen grundsätzlich nicht auf Art. 19 Abs. 4 GG berufen,[2] es sei denn sie sind Träger materieller Grundrechte (z.B. öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 GG oder öffentlich-rechtliche Universitäten nach Art. 5 Abs. 3 Var. 2 GG).[3] 4

b) Was ist der Gewährleistungsgehalt der Rechtsschutzgarantie?

Nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG steht jedermann, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, der Rechtsweg offen. Gewährleitungsgehalt ist damit die Eröffnung des Rechtswegs. Dabei geht es nicht allein um den Weg *zum Gericht*, sondern auch um den Weg *zum Richter bzw. zur Richterin*:[4] Es bedarf eines tatsächlich gangbaren Rechtswegs, der zu wirksamen Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte führt (**Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes**).[5] Das schließt grundsätzlich eine Bindung des Gerichts an die im Verwaltungsverfahren getroffenen Feststellungen und Wertungen aus. Das Gericht muss das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüfen können und genügend Entscheidungsbefugnisse besitzen, um drohende Rechtsverletzungen abzuwenden oder erfolgte Rechtsverletzungen zu beheben.[6] Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG verlangt damit einen möglichst lückenlosen und effektiven Rechtsschutz. Intensiv diskutiert wird in diesem Zusammenhang 5



ZJS 2014, 387
JA 2019, 764
JuS 2022, 595

2 Siehe BVerfG NVwZ 2017, 53; *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 108; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 387.
3 Dazu BVerfGE 107, 299 (Telefonverbindungsdaten von Journalisten [2003]).
4 Siehe *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 19, Rn. 70.
5 Vgl. BVerfGE 35, 263, 274 (Behördliches Beschwerderecht [1973]); 138, 33, Rn. 17 (Vaterschaftsdaten [2014]); *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 144; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 461 ff.
6 Vgl. BVerfGE 101, 106, 123 (Akteneinsichtsrecht [1999]); BVerfG NStZ-RR 2022, 32; *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 168 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

über den verwaltungsgerichtlichen **Eilrechtsschutz**, da hier ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab (sog. summarische Prüfung) greift.[7]

6 Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist ein normgeprägtes Leistungsrecht (§ 4 Rn. 44 ff.).[8] Die Gewährleistung der Rechtsschutzgarantie kann nämlich nur dann sinnvoll in Anspruch genommen werden, wenn der Gesetzgeber durch entsprechende Verfahrensordnungen einen Rechtsweg schafft. Allerdings gewährleistet Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG keinen Anspruch auf einen Instanzenzug (vgl. dazu Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren, § 1 Rn. 38 ff.).[9] In den Worten des BVerfG:

> ▶ Der Rechtsweg, den Art. 19 Abs. 4 GG dem Einzelnen gewährleistet, **bedarf** [...] **der gesetzlichen Ausgestaltung**. Rechtsschutz ist eine staatliche Leistung, deren Voraussetzungen erst geschaffen, deren Art näher bestimmt und deren Umfang im einzelnen festgelegt werden müssen. Art. 19 Abs. 4 GG gibt dem Gesetzgeber dabei nur die Zielrichtung und die Grundzüge der Regelung vor, läßt ihm im übrigen aber einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum. Doch darf er die Notwendigkeit einer umfassenden Nachprüfung des Verwaltungshandelns in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und eine dem Rechtsschutzbegehren angemessene Entscheidungsart und Entscheidungswirkung nicht verfehlen.
>
> **BVerfGE 101, 106, 123 (Akteneinsichtsrecht [1999])** ◀

7 Der Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 GG ist bei einer Verletzung eigener Rechte durch die öffentliche Gewalt eröffnet. Die Begrifflichkeit „eigene Rechte" meint dabei subjektiv-öffentlicher Rechte. Subjektive Rechte sind solche Rechtspositionen, die die „Rechtsordnung im Interesse des Einzelnen gewährt".[10] Die Testfrage ist, ob die Norm, aus der das subjektive-öffentliche Recht hergeleitet werden soll, dazu bestimmt ist, zumindest auch den Individualinteressen der Betroffenen zu dienen (**Schutznormlehre**[11]). Das ist bei Grundrechten immer der Fall, subjektive Rechte können sich aber auch aus dem einfachen Recht ergeben. Rechte, die ausschließlich dem Schutz der Allgemeinheit dienen, sind damit grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ausgeschlossen.

8 Ausreichend ist ferner die glaubhafte Geltendmachung der Möglichkeit der Verletzung in eigenen Rechten.[12] Dies ergibt sich bereits daraus, dass die tatsächliche Feststellung einer Verletzung gerade erst durch ein Gericht stattfinden kann, zu dem Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG den Rechtsweg garantiert.

---

7 Vgl. BVerfG NVwZ 2017, 305; NVwZ 2018, 1466; ausführlich zum verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz siehe *Heinemann*, NVwZ 2019, 517.

8 Siehe *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 100; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 372.

9 St. Rsp. BVerfGE 11, 232, 233 (Korntal [1960]); 122, 248, 271 (Rügeverkümmerung [2009]).

10 BVerfGE 116, 1, 11 (Insolvenzverwalter [2006]).

11 Zur Dogmatik der subjektiven öffentlichen Rechte siehe *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 109 ff.; *Windthorst*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 19, Rn. 77 ff.; *Kahl/Ohlendorf*, JA 2010, 872; *Ramsauer*, JuS 2012, 769.

12 *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 417.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Verletzung muss schließlich durch die **öffentliche Gewalt** erfolgt sein. Der Begriff der „öffentlichen Gewalt" i.S.d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist restriktiv auszulegen und umfasst nur die Exekutive.[13] Nicht relevant ist, ob die vollziehende Gewalt durch Verwaltungsbehörden (*Administrative* – bspw. durch Verwaltungsakt) oder die Regierung (*Gubernative* – bspw. durch den Erlass von Rechtsverordnungen[14]) gehandelt hat. Keine öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG sind folgerichtig Gesetzgebungsakte (Legislativakte) von Bund und Ländern[15] (gegen die in anderen Rechtsordnungen durchaus Individualrechtsschutz besteht, so in bestimmten Staatshaftungskonstellationen gegen **legislatives Unrecht**[16] im EU-Recht). Eine Rechtsschutzlücke entsteht hierdurch nicht. Das Grundgesetz sieht vielmehr andere Rechtsschutzverfahren vor: So können Legislativakte im Rahmen einer konkreten bzw. abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG und Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG durch das BVerfG überprüft werden. Ebenfalls keine öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ist die Rechtsprechung durch Gerichte (Judikativakte):[17] Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG soll den Schutz *durch*, nicht *gegen* die Justiz gewährleisten. 9

c) Was sind Eingriffe in die Rechtsschutzgarantie?

Um einen Eingriff in die Rechtsschutzgarantie festzustellen, kann grundsätzlich sowohl auf den klassischen wie auch auf den modernen Eingriffsbegriff (§ 8 Rn. 8 ff.) zurückgegriffen werden. Wie bei allen normgeprägten Grundrechten (§ 4 Rn. 44 ff.) ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht jede einfachgesetzliche Ausgestaltung zugleich einen Eingriff darstellt. Die Abgrenzung zwischen zulässiger Ausgestaltung des Rechtsschutzes und rechtfertigungsbedürftigem Eingriff kann im Einzelfall schwierig sein. 10

Ein Eingriff liegt jedenfalls dann vor, wenn der Zugang zu den Gerichten in unzumutbarer Weise erschwert wird.[18] 11

Beispiele: Vorschriften zu Partei- und Prozessfähigkeit, Anwaltszwang oder Klagefristen sind als Ausgestaltungen zu qualifizieren.

Als Eingriffe in die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG wertete das BVerfG hingegen Folgendes:

- Versagung der Sachprüfung eines hinreichend geltend gemachten, durchgreifenden Verfahrensmangels mit dem bloßen Hinweis auf prozessuale Formerfordernisse gegenüber einem Strafgefangenen.[19]

13 Siehe *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 125 ff.; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 421 ff.
14 BVerfGE 115, 81, 92 (Rechtsschutz gegen Verordnungen [2006]).
15 Vgl. BVerfGE 24, 33, 49 ff. (AKU-Beschluss [1968]).
16 Zum Rechtsschutz bei normativem Unrecht vgl. *Schenke*, NJW 2017, 1062.
17 Vgl. BVerfGE 107, 395, 403 ff. (Rechtsschutz gegen den Richter I [2003]); ferner *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 132 ff.; a.A. *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 442 ff.
18 Vgl. BVerfGE 77, 275 (öffentliche Bekanntmachung [1987]); 134, 106, Rn. 34 (Anhörungsrügeverfahren [2013]).
19 BVerfG NJW 2015, 2100.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- Erfolgloser Feststellungsantrag vor den Fachgerichten, die Unterbringung des Beschwerdeführers in einer kinder- und jugendpsychiatrischen Einrichtung sei rechtswidrig gewesen. Das Fachgericht war davon ausgegangen, dass dem Beschwerdeführer zwar ein Anspruch auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Unterbringung zustand, er jedoch über kein entsprechendes Feststellungsinteresse verfügte, da das Unterbringungsverfahren sich durch Zeitablauf erledigt hatte.[20]

12 Ein weiteres Spannungsverhältnis ergibt sich dann, wenn der Verwaltung **Beurteilungsspielräumen** (bspw. Prüfungsentscheidungen[21], Entscheidungen durch pluralistisch besetzte Gremien[22]), eingeräumt sind, wenn also die getroffene Verwaltungsentscheidung einer gerichtlichen Kontrolle zumindest teilweise entzogen ist.[23] Eine umfassende Prüfung durch das Gericht ist damit nicht mehr möglich, so dass solche Spielräume der Verwaltung grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig und darüber hinaus nur restriktiv anzunehmen sind.[24]

d) Wie kann ein Eingriff in die Rechtsschutzgarantie gerechtfertigt werden?

13 In Art. 19 Abs. 4 GG findet sich kein Gesetzesvorbehalt, er ist vorbehaltlos gewährleistet (§ 4 Rn. 7). Die Schranke bildet folglich kollidierendes Verfassungsrecht (§ 4 Rn. 10). Eine ausdrückliche Begrenzung ergibt sich dabei aus Art. 19 Abs. 4 S. 3 GG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 16a Abs. 2 S. 3 und Abs. 4 GG. Ungeschriebene verfassungsrechtliche Begrenzungen lassen sich insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten (z.B. Effektivität von Verwaltung und Rechtspflege oder die Sicherstellung von Rechtsfrieden etwa durch Verjährung bzw. Klagefristen).[25] Schließlich findet im Wege praktischer Konkordanz (§ 4 Rn. 15 f.) auf Ebene der Schranken-Schranken eine Abwägung der kollidierenden Verfassungsgüter statt.

e) Wrap-Up: Prüfungsschema

14 **I. Gewährleistungsbereich**

Persönlich: Menschenrecht

Sachlich: Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes und Wirksamkeit des Rechtsschutzes

Jurafuchs

20 BVerfG BeckRS 2021, 25190.
21 BVerfGE 84, 34 (Gerichtliche Prüfungskontrolle [1991]); aktuell BVerfG NJW 2018, 2142.
22 BVerwGE 167, 33 (Indizierung jugendgefährdender Kunstwerke [2019]); dazu *Liesching*, NJW 2020, 735.
23 *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 164; allgemein zum sog. Beurteilungsspielraum siehe *Kment/Vorwalter*, JuS 2015, 193; *Muckel*, JA 2019, 156.
24 Vgl. BVerfGE 129, 1, Rn. 75 (Gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen [2011]).
25 Dazu *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 382 f.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Eingriff

Normgeprägtes Grundrecht

kein Eingriff: Ausgestaltungen durch den Gesetzgeber

Eingriff: insb. durch Ausschluss oder unzumutbare Erschwerung des Zugangs zu den Gerichten

III. Rechtfertigung

Schranken:

verfassungsimmanente Schranken

Schranken-Schranken:

Herstellung praktischer Konkordanz

Weiterführende Hinweise

Bickenbach, Grundfälle zu Art. 19 IV GG, JuS 2007, 813; 910
Schroeder, Die Justizgrundrechte des Grundgesetzes, JA 2010, 167
Remmert, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, Jura 2014, 906

4. Weitere justizielle Gewährleistungen

a) Was wird durch das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) geschützt?

Das Recht auf den gesetzlichen Richter steht in engem Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip und der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG. „Gesetzlicher Richter" ist gem. Art. 97 Abs. 1 GG der oder die unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Richter:in. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet die Unabhängigkeit und Neutralität der Justiz:[26] 15

▶ 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.

Aus diesem Zweck des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgt, daß im einzelnen bestimmt werden muß, wer im Sinne dieser Vorschrift „gesetzlicher" Richter ist. Art. 101 Abs. 1

26 BVerfG NVwZ 2021, 1220.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> S. 2 GG enthält also nicht nur das Verbot von Regelungen, die der Bestimmung des gesetzlichen Richters dienen, abzuweichen. Die Forderung nach dem „gesetzlichen" Richter setzt vielmehr einen Bestand von Rechtssätzen voraus, die für jeden Streitfall den Richter bezeichnen, der für die Entscheidung zuständig ist. **Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet demnach auch dazu, Regelungen zu treffen, aus denen sich der gesetzliche Richter ergibt.**
>
> **BVerfGE 95, 322, 327 f. (Spruchgruppen [1997])** ◀

16 Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist ein normgeprägtes (§ 4 Rn. 44 ff.) grundrechtsgleiches (§ 25 Rn. 3) Recht.[27] Der Gesetzgeber hat also durch entsprechende Regelungen die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte sicherzustellen. Hierzu gehören Zuständigkeitsregelungen, die im Voraus abstrakt und generell festlegen, welches Gericht und welcher bzw. welche Richter:in für die Entscheidung eines Falles zuständig ist (Geschäftsverteilungsplan).[28]

17 Einen Anspruch auf den gesetzlichen Richter hat jede Person, die Partei in einem gerichtlichen Verfahren sein kann. Neben natürlichen Personen können dies auch alle juristischen Personen (§ 3 Rn. 20 f.) unabhängig von ihrem Sitz oder ihrer Trägerschaft sein.[29] Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist vorbehaltlos gewährleistet und nur aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts (§ 4 Rn. 10) einschränkbar. Da es sich um ein normgeprägtes Recht handelt, ist ferner eine Abgrenzung zwischen notwendiger Ausgestaltung und rechtfertigungsbedürftigem Eingriff vorzunehmen.

JuS 2016, 50 ◆
JuS 2020, 247 ◆

◆ 18 Besondere Prüfungsrelevanz kommt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bei der Verletzung der **unionsrechtlichen Vorlagepflicht** nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu.[30] Das BVerfG stellte klar, dass auch der EuGH gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist (vgl. die Ausführungen zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EUGH, § 2 Rn. 1).[31] Das Unterlassen einer Vorlage ist nur dann vertretbar, wenn sich das Gericht bei seiner Entscheidung an der Rechtsprechung des EuGH orientiert hat.[32] Das BVerfG prüft, ob Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV durch ein Gericht bei verständiger Würdigung nachvollziehbar erscheinen oder ob sie offensichtlich unhaltbar sind. Gleiches gilt auf nationaler Ebene, wenn ein Fachgericht entgegen Art. 100 Abs. 1 GG die Vorlage zur Normenkontrolle an das BVerfG unterlässt.[33]

---

27 Siehe *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 101, Rn. 5 f.
28 Vgl. BVerfGE 19, 52 (Überbesetzung [1965]); 95, 322 (Spruchgruppen [1997]); BVerfG NJW 2018, 1155; ferner *Britz*, JA 2001, 573.
29 Vgl. BVerfGE 64, 1, 11 (National Iranian Oil Company [1983]); 96, 231, 244 (Müllkonzept [1997]); *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 101, Rn. 14 f.
30 *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 101, Rn. 52 ff.; *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 101, Rn. 40 ff.; ferner *Bäcker*, NJW 2011, 270; *Berkemann*, DVBl. 2019, 333; *Calliess*, NJW 2013, 1905.
31 So BVerfGE 82, 159, 192 (Absatzfonds [1990]).
32 Vgl. BVerfGE 129, 78, 106 f. (Anwendungserweiterung [2011]); EuGH, ECLI:EU:C:2021:799 – Consorzio Italian; dazu *Hilpold*, NJW 2021, 3290; ferner *Fastenrath*, JZ 2013, 299; *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950.
33 Vgl. BVerfGE 138, 64 (Sanierungsmaßnahmen [2014]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Was schützt der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)?

Der verfassungsrechtliche **Anspruch auf rechtliches Gehör** ist in Deutschland erst seit Einführung des Grundgesetzes verankert. Hintergrund war insbesondere die Pervertierung gerichtlicher Verfahren durch das nationalsozialistische Unrechtsregime.[34] Das BVerfG ordnet den Anspruch auf rechtliches Gehör als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips und der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ein und betont die daraus abzuleitende überragende Bedeutung: 19

> ▶ Die Gerichte haben die **überragende Bedeutung des Art. 103 Abs. 1 GG** und seine Einwirkung auf das gerichtliche Verfahren auch bei der Frage nach der Abänderbarkeit ihrer Beschlüsse zu beachten. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs vor Gericht dient nicht nur der Abklärung der tatsächlichen Grundlage der Entscheidung, sondern auch der **Achtung der Würde des Menschen**, der in einer so schwerwiegenden Lage, wie ein Prozeß sie für gewöhnlich darstellt, die Möglichkeit haben muß, sich mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten. Das rechtliche Gehör ist nicht nur **das prozessuale Urrecht des Menschen**, sondern ein objektivrechtliches Verfahrensprinzip, das für ein gerichtliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes konstitutiv und grundsätzlich unabdingbar ist. Es verwehrt, daß mit dem Menschen „kurzer Prozeß" gemacht werde.
>
> **BVerfGE 55, 1, 5 (Aufhebung unanfechtbarer Entscheidungen [1980])** ◀

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist damit das Fundament eines **fairen Verfahrens** (*fair trial*, *due process*).[35] Art. 103 Abs. 1 GG ermöglicht den Prozessparteien, ihre tatsächlichen und rechtlichen Argumente zu äußern; gleichzeitig verpflichtet es die Gerichte, die Äußerung zur Kenntnis zu nehmen und in ihre Entscheidung einzubeziehen (*audiatur et altera pars*).[36] Jede Person, die Partei in einem gerichtlichen Verfahren ist, kann sich daher auf Art. 103 Abs. 1 GG berufen. Neben natürlichen Personen sind das also auch alle juristischen Personen, unabhängig von ihrem Sitz oder ihrer Trägerschaft.[37] Nur so kann **prozessuale Waffengleichheit** gewährleistet werden.[38] Allerdings fordert das BVerfG für eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG, dass zumindest die Möglichkeit besteht, dass sich das Fehlen des rechtlichen Gehörs zu Ungunsten der Beteiligten auf die gerichtliche Entscheidung ausgewirkt hat.[39]



JuS 2007, 829

Art. 103 Abs. 1 GG ist ein normgeprägtes (§ 4 Rn. 44 ff.) grundrechtsgleiches Recht (§ 25 Rn. 3). Die Gesetzgebung hat also durch entsprechende Regelungen Sorge dafür zu tragen, dass die Parteien vor Gericht die Gelegenheit erhalten, sich zu äußern, um Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen zu können 20

34 Vgl. BVerfGE 9, 89, 95 (Gehör bei Haftbefehl [1959]).
35 Siehe *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 9.
36 Vgl. BVerfGE 86, 133, 144 ff. (Unterlassungsanspruch [1992]); 108, 282, 338 f. (Kopftuch [2003]); ferner BVerfG NJW 2015, 2986; NJW 2019, 41.
37 Vgl. BVerfGE 64, 1 (National Iranian Oil Company [1983]); 138, 64 (Sanierungsmaßnahmen [2014]).
38 Zum Begriff *Mantz*, NJW 2019, 953.
39 Vgl. BVerfGE 89, 381, 392 f. (Volljährigenadoption II [1994]); BVerfG NJW 2021, 3384.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(etwa durch eine persönliche Anhörung vor Gericht[40]).[41] Darüber hinaus steht den Parteien ein **Recht auf Information** zu, etwa die Einsicht in relevante Akten. Damit ergänzt Art. 103 Abs. 1 GG die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.[42]

21 Art. 103 Abs. 1 GG ist ebenfalls vorbehaltlos gewährleistet und nur aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts (§ 4 Rn. 10) einschränkbar. Da es sich um ein normgeprägtes Recht handelt, ist eine Abgrenzung zwischen notwendiger Ausgestaltung und rechtfertigungsbedürftigem Eingriff vorzunehmen.[43]

22 Vor allem **Präklusionsvorschriften** (bspw. § 296 Abs. 1 ZPO) – also Vorschriften, die durch eine Partei verspätet vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel ausschließen – stehen dabei in einem Spannungsverhältnis zum Anspruch auf rechtliches Gehör.[44]

c) Was schützt der Grundsatz *nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG)?

23 Art. 103 Abs. 2 GG verbürgt den Grundsatz „**keine Strafe ohne Gesetz**" (*nulla poena sine lege*). Demnach kann ein Verhalten nur dann bestraft werden, wenn die Strafbarkeit bereits vor Tatbegehung normiert war. Die Bürger:innen müssen also wissen, welches Verhalten von ihnen erwartet wird und welches strafrechtlich relevant ist, um sich am Recht ausrichten zu können.[45]

24 Der Grundsatz ist Ausdruck unseres Rechtsstaatsverständnisses. Dass dem Staat nicht immer Grenzen bei der Verhängung von Strafen gesetzt waren, zeigen Erfahrungen aus der Zeit des Nationalsozialismus: So konnte bestraft werden, wer nach „gesundem Volksempfinden" Bestrafung verdiente (vgl. § 2 StGB in der Fassung von 1935) – ein Einfallstor für Willkür und Unrecht. Art. 103 Abs. 2 GG ist daher ein rechtsstaatlicher Grundpfeiler des Strafrechts. Er umfasst verschiedene Dimensionen:[46]

- *nulla poena sine lege* ***scripta***:[47] Die Strafbarkeit muss sich aus einem formellen Gesetz ergeben (**Vorbehalt des Gesetzes**, § 4 Rn. 26). Der Rückgriff auf Gewohnheitsrecht ist ausgeschlossen.
- *nulla poena sine lege* ***certa***:[48] Der Tatbestand der strafbegründenden Norm muss hinreichend bestimmt sein, so dass sich daraus eindeutig ergibt, welches Verhalten verboten ist (**Bestimmtheitsgebot**, § 4 Rn. 27). Dies schließt aller-

40 BVerfG NJW 2021, 2020.
41 Siehe *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 16; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 28 ff.
42 Siehe *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 84.
43 Vgl. BVerfGE 81, 123 (Kostenfestsetzungsverfahren [1989]); 101, 106 (Akteneinsichtsrecht [1999]); *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 10.
44 BVerfGE 55, 72, 903 ff. (Präklusion I [1980]); *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 17; ein Überblick bietet *Lenz*, NJW 2013, 2551.
45 Vgl. BVerfGE 48, 48, 56 (Verspätete Errichtung der Bilanz [1978]).
46 Siehe *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 34 ff.; *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 117 ff.
47 Vgl. BVerfGE 71, 108 (Anti-Atomkraftplakette [1985]); 143, 38 (Rindfleischetikettierung [2016]).
48 Vgl. BVerfGE 73, 206 (Sitzblockaden I [1986]); 105, 135 (Vermögensstrafe [2001]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dings nicht *per se* die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aus (z.B. der Gewaltbegriff im Rahmen der Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB[49]).[50]

- *nulla poena sine lege* ***praevia***:[51] Art. 103 Abs. 2 GG normiert ein absolutes **Rückwirkungsverbot** (§ 4 Rn. 28 f.). Das Verhalten muss bereits zum Zeitpunkt der Tat strafbewehrt sein. Auch eine nachträgliche Verschärfung des Strafrahmens ist unzulässig.
- *nulla poena sine lege* ***stricta***:[52] Das **Analogieverbot** ist eng mit dem Bestimmtheitsgebot verbunden. Ausgeschlossen ist jede Rechtsanwendung, die zum Nachteil der Betroffenen über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Äußerste Grenze der Auslegung bildet der Wortlaut der Norm.[53]

Der Begriff der Strafbarkeit i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG ist weit zu verstehen.[54] Erfasst sind nicht nur repressive Normen des Kern- und Nebenstrafrechts, sondern auch Dienst-, Ordnungs- und Polizeistrafrecht sowie das Ordnungswidrigkeitenrecht. Nicht umfasst sind Maßnahmen mit präventivem Charakter sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung.[55] 25

So entschied das BVerfG, dass die Sicherungsverwahrung im Unterschied zur Strafe nicht dem Zweck diene, begangenes Unrecht zu sühnen, sondern dazu, die Allgemeinheit vor dem oder der Täter:in zu schützen und deshalb nicht vom Anwendungsbereich des Art. 103 Abs. 2 GG umfasst sei.[56] Der EGMR wiederum stufte die Sicherungsverwahrung als Strafe i.S.d. Art. 7 EMRK ein.[57] Dem folgte das BVerfG in seiner zweiten Entscheidung zur Sicherungsverwahrung nicht und hielt an seiner Auffassung fest.[58]

Auch Art. 103 Abs. 2 GG ist vorbehaltlos gewährleistet und nur aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts (§ 4 Rn. 10) einschränkbar. 26

Eine Durchbrechung des absoluten Vorrangs des Art. 103 Abs. 2 GG hat das BVerfG in den sog. Mauerschützenprozessen anerkannt. In der Urteilsbegründung zeigt sich der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Das BVerfG greift dabei auf die **Radbruch'sche Formel**[59] zurück:

Die Mauerschützenprozesse 27

> ▶ Das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG findet [...] seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demo-

49 Vgl. BVerfGE 73, 206 (Sitzblockaden I [1986]); 92, 1 (Sitzblockaden II [1995]). Zur Entwicklung des Gewaltbegriffs der Nötigung siehe *Magnus*, NStZ 2012, 538.
50 Vgl. BVerfGE 143, 38 (Rindfleischetikettierung [2016]).
51 Vgl. BVerfGE 95, 96 (Mauerschützen [1996]).
52 Vgl. BVerfGE 92, 1 (Sitzblockaden II [1995]); 143, 38 (Rindfleischetikettierung [2016]).
53 BVerfGE 87, 209, 224 (Tanz der Teufel [1992]).
54 So BVerfGE 109, 133, 167 (Langfristige Sicherheitsverwahrung [2003]); *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 31 f.
55 Vgl. BVerfGE 84, 82 (Anscheinsbeweis [1991]); 128, 326 (EGMR Sicherungsverwahrung [2011]); BVerfGE 156, 354 (Vermögensabschöpfung [2021]).
56 Vgl. BVerfGE 109, 133, 171 ff. (Langfristige Sicherheitsverwahrung [2003]); siehe zur „nachträglichen Sicherungsverwahrung auch die Ausführungen bei → Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.
57 Vgl. EGMR v. 17.12.2009, 19359/04 – M./Deutschland.
58 Siehe BVerfGE 128, 326, 376 f. (EGMR Sicherungsverwahrung [2011]).
59 *Radbruch*, SJZ 1946, 105; zur Radbruch'schen Formel siehe *Kuch*, JuS 2020, 720.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kratischen 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. [...]

Das Bundesverfassungsgericht 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 sogenannte Radbruch'sche 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.

BVerfGE 95, 96, 133 ff. (Mauerschützen [1996]) ◀

d) Was schützt der Grundsatz *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG)?

28 Art. 103 Abs. 3 GG normiert das **Verbot der Doppelbestrafung** und bildet neben dem Grundsatz nulla poena sine lege (§ 25 Rn. 23 f.) einen weiteren fundamentalen Grundpfeiler des Strafrechts. Danach darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden. Die Regelung dient u.a. der Sicherung des Rechtfriedens.[60] „Allgemeine Strafgesetze" umfassen das Kern- und Nebenstrafrecht; nicht eingeschlossen sind das Dienst-, Ordnungs- und Polizeistrafrecht[61] und das Ordnungswidrigkeitenrecht.[62] Unter „Tat" ist der geschichtliche Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der oder die Angeklagte als Täter:in oder Teilnehmer:in einen Straftatbestand verwirklicht haben soll,

60 Vgl. BVerfGE 56, 22, 29 ff. (Kriminelle Vereinigung [1981]); *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 179.

61 Vgl. BVerfGE 27, 180, 185 (Disziplinarstrafe [1969]); *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 72 ff.

62 BVerfGE 43, 101 (Nichtanrechnung vollzogener Erzwingungshaft [1976]); offengelassen in BVerfGE 21, 391 (Laufbahnstrafen [1967]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu verstehen.[63] Der Begriff ist indessen nicht vollständig kongruent mit dem prozessualen Tatbegriff der § 155 StPO, § 264 StPO.[64]

Art. 103 Abs. 3 GG normiert über den Wortlaut hinaus ein Verfahrenshindernis.[65] Das bedeutet, dass in derselben Sache ein erneutes Strafverfahren ausgeschlossen ist (**Strafklageverbrauch**). Dies gilt auch dann, wenn ein erstes Verfahren mit einem rechtskräftigen Freispruch endete.[66] 29

Art. 103 Abs. 1 GG ist vorbehaltlos gewährleistet und nur aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts (§ 4 Rn. 10) einschränkbar. Ein Konflikt kann dabei im Einzelfall zwischen Gerechtigkeit und Rechtsfrieden auftreten (siehe zur Diskussion um die Wiederaufnahme eines Verfahrens gem. § 362 StPO, § 25 Rn. 36 f.). 30

e) Wrap-Up: Prüfungsschema

31

I. Gewährleistungsbereich

Persönlich: Jede:r, die bzw. der Partei in einem gerichtlichen Verfahren sein kann

Sachlich: justizielle Gewährleistungen

- Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG)
- Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)
- Grundsatz *nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG)
- Grundsatz *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG)

II. Eingriff

Normgeprägte grundrechtsgleiche Rechte

- Abgrenzung zwischen zulässiger Ausgestaltung und rechtfertigungsbedürftigem Eingriff

III. Rechtfertigung

Schranken:

- verfassungsimmanente Schranken

Schranken-Schranken:

- Herstellung praktischer Konkordanz

Jurafuchs

Weiterführende Hinweise

I. Augsberg/Burkiczak, Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 I GG als Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, JA 2008, 59

Otto, Grundfälle zu den Justizgrundrechten: Art. 101 I 2 GG – Das Recht auf den gesetzlichen Richter, JuS 2012, 21

63 BVerfGE 23, 191, 203 (Dienstflucht 1968]).
64 Zum Tatbegriff im Strafrecht *Huber*, JuS 2012, 208; *Ranft*, JuS 2003, 417.
65 Vgl. BVerfGE 12, 62, 65 (Wiederholung einer verbrauchten Strafklage [1961]); 56, 22, 32 (Kriminelle Vereinigung [1981]); *Kunig/Saliger*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 64.
66 Vgl. BVerfGE 12, 62, 66 (Wiederholung einer verbrauchten Strafklage [1961]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Otto, Grundfälle zu den Justizgrundrechten: Art. 103 I GG – Der Anspruch auf rechtliches Gehör, JuS 2012, 412
Brodowski, Grundfälle zu den Justizgrundrechten: Art. 103 II, III GG – nulla poena sine lege, ne bis in idem, JuS 2012, 892
Säcker, Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung, NJW 2018, 2375
Kuch, Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), Jura 2020, 228

II. Vertiefung und Kontextualisierung

1. Worin besteht die Bedeutung der Rechtsschutzgarantie?

32 Das BVerfG betont die Bedeutung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als „Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung".[67] Die Garantie findet sich auch in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte wieder:

> ▶ Jeder Mensch hat Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz vor den zuständigen innerstaatlichen Gerichten gegen alle Handlungen, die seine ihm nach der Verfassung oder nach dem Gesetz zustehenden Grundrechte verletzen.
>
> **Art. 8 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte** ◀

33 Trotz der Nähe der Rechtsschutzgarantie zum Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 GG ist Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht von der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG (§ 5 Rn. 19) umfasst.[68] Die Bedeutung der Normierung einer Rechtsschutzgarantie kann allerdings nicht überschätzt werden: Die Gewährleistung eines subjektiven Anspruchs auf Rechtsschutz ist eine bewusste Entscheidung des Grundgesetzes für (effektiven) Individualrechtsschutz und zugleich ein struktureller Gegenentwurf zum Verständnis von Grundrechten als Programmsätze in der Weimarer Reichsverfassung (§ 1 Rn. 14). Die Botschaft lautet: Eine Grundrechtsverletzung durch den Staat bleibt nicht folgenlos.

34 Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG hat deshalb auf verschiedenen Ebenen Ausstrahlungswirkung. So müssen etwa Richter:innen das Prozessrecht so auslegen, dass ein möglichst wirksamer Rechtsschutz sichergestellt wird (z.B. durch die Gewährung von Prozesskostenhilfe).[69] Aber auch die Verwaltungsverfahren müssen so ausgestaltet werden, dass eine gerichtliche Überprüfung möglich bleibt.[70] So ist bei der Vergabe öffentlicher Ämter der Dienstherr nach Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet, vor Ernennung einen ausreichenden Zeitraum abzuwarten, um unterlegenen Bewerber:innen die Möglichkeit zur **Konkurrentenklage** zu geben.[71]

67 So BVerfGE 58, 1, 40 (Eurocontrol I [1981]); ferner *Ernst*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 98 ff.; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 333 f.; zur Bedeutung anhand einer Analyse der BVerfG-Rechtsprechung *Engel*, JZ 2022, 593.
68 So BVerfGE 30, 1, 25 (Abhörurteil [1971]); a.A. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 16. Aufl., Art. 19, Rn. 32.
69 Vgl. BVerfGE 11, 139, 143 (Kostenrechtsnovelle [1960]).
70 Vgl. BVerfGE 61, 82, 110 (Sasbach [1982]).
71 Vgl. etwa BVerfG NJW 2016, 309; NVwZ 2017, 472.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darüber hinaus leitet das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip einen **allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch** her.[72] Dieser gewährt allen Menschen einen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz auch in zivilrechtlichen Angelegenheiten; der Anwendungsbereich dieses Anspruchs geht damit über Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG hinaus. 35

2. Ist die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zulasten Abgeurteilter mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar?

Zunächst ist zu differenzieren: Die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zu Gunsten von Verurteilten stellt keinen Eingriff in Art. 103 Abs. 3 GG dar. 36

Höchst umstritten ist dagegen die Wiederaufnahme eines Verfahrens gem. § 362 StPO zulasten des oder der rechtskräftig Abgeurteilten.[73] Mit Gesetz vom 21.12.2021 hat der Gesetzgeber die Möglichkeiten zur Wiederaufnahme eines Strafverfahrens erweitert und nach § 362 Nr. 5 StPO kann ein **rechtskräftiger Freispruch** bei schwersten Straftaten nun auch dann aufgehoben werden, wenn neue Beweismittel – etwa wegen neuer technischer Möglichkeiten bei der Strafverfolgung (bspw. DNA-Analyse) – vorliegen. Diese gesetzgeberische Entscheidung fördert einerseits die Herstellung materieller Gerechtigkeit, anderseits nimmt sie freigesprochenen Angeklagten jeglichen Vertrauensschutz und geht damit zulasten des Rechtsfriedens. Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann dies als tiefer Einschnitt in den Gewährleistungsbereichs des Art. 103 Abs. 3 GG interpretiert werden, weshalb die Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO von weiten Teilen der Literatur bezweifelt wird.[74] Eine endgültige Entscheidung des BVerfG steht noch aus.[75] 37

3. Inwiefern offenbart die Justizreform in Polen die Fragilität des Rechtsstaates und der Justizgrundrechte in Europa?

Die Justizgrundrechte weisen für den Rechtsstaat eine konstitutive Bedeutung auf. Ein Basiselement bildet dabei die **richterliche Unabhängigkeit**.[76] Art. 2 EUV gebietet deshalb ausdrücklich die Achtung der Rechtsstaatlichkeit durch Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichte. Mit Sorge wird dabei auf die Justizreform in Polen geblickt werden. 38



Podcast „Spruchreif" – Verfassungsstreit zwischen Polen und der EU

Zum Hintergrund: Im Jahr 2015 beschloss die neu gewählte Regierung in Polen eine weitreichende Reform der Justiz. Diese Reform ermöglicht der Regierung *de facto*, Schlüsselpositionen in der Justiz mit regierungstreuen Richter:innen zu besetzen und unliebsame Richter:innen zu sanktionieren und zu suspendieren.[77] Besonders umstritten ist die Einrichtung einer sog. **Disziplinarkammer des** 39

72 Vgl. BVerfGE 107, 395, 401 (Rechtsschutz gegen den Richter I [2003]); ausführlich *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 19, Rn. 355 ff.; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312.

73 *Nolte/Aust*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103, Rn. 222 ff.; ferner *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251; *Brade*, AöR 146 (2021), 130.

74 Siehe *Grübl*, ZJS 2022, 1; *Letzgus*, NStZ 2020, 717; *Ruhs*, ZRP 2021, 88; *Singelnstein*, NJW 2022, 1058.

75 Siehe aber den Beschluss im einstweiligen Rechtsschutzverfahren BVerfG NJW 2022, 2389.

76 So *Säcker*, NJW 2018, 2375; zu aktuellen Entwicklungen der richterlichen Unabhängigkeit in Europa siehe *Sanders*, DRiZ 2021, 280.

77 EuGH, ECLI:EU:C:2021:931 – Unabhängigkeit der Justiz.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Obersten Gerichts in Polen, die sich allein mit Disziplinarverfahren gegen Richter:innen beschäftigt und deren Unabhängigkeit nicht nur der EuGH bezweifelt. Ruft bspw. eine oder ein nationale/r Richter:in in Polen den EuGH im Rahmen einer Vorabentscheidung an, riskiert er oder sie ein Disziplinarverfahren. Der EuGH erklärte die Tätigkeit der Kammer für mit den EU-Regelungen bezüglich der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Richter:innen gem. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV i.V.m. Art. 2 EUV unvereinbar.[78] Mittlerweile hat Polen auf Druck der EU und der Mehrheit ihrer Mitgliedsstaaten die Disziplinarkammer des Obersten Gerichts in seiner früheren Form aufgelöst;es bleibt abzuwarten, ob es sich dabei nur um eine kosmetische Gegenreform handelt.[79]

◆ 40 Auch der EGMR hat Polen mit Blick auf die Justizreform bereits mehrfach wegen Verstoßes gegen das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK verurteilt.[80] In allen Fällen ging es im Kern um die Frage, ob die Klagen in Polen von einem „unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht" gehört wurden, wie es Art. 6 EMRK fordert.

4. Was gewährleistet das Petitionsrecht gem. Art. 17 GG?

◆ 41 Rechtsdogmatisch ist das Petitionsrecht insofern interessant, als es nicht als Abwehrrecht (§ 1 Rn. 28), sondern als Leistungsrecht gegenüber dem Staat (§ 1 Rn. 29 f.) konzipiert ist: Art. 17 GG gewährt jeder Person (Menschenrecht, § 3 Rn. 11) das Recht, sich einzeln oder in der Gemeinschaft mit anderen (Sammelpetition) schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden. Den Bürger:innen wird damit ein Weg zur aktiven Teilnahme am politischen Geschehen eröffnet.

◆ 42 Betrachtet man die Anzahl der jährlichen Eingaben etwa beim Deutschen Bundestag, so erfreut sich das Petitionsrecht – zumindest in quantitativer Hinsicht – großer Beliebtheit: Im Jahr 2021 gingen dort 11.667 Petitionen ein.[81] Die rechtsstaatliche Bedeutung des Petitionsrechts im modernen Verfassungsstaat ist angesichts eines durch Art. 19 Abs. 4 GG umfassend garantierten Rechtsschutzes und angesichts der grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten allerdings begrenzt.[82]

Petitionsausschuss des Bundestages

◆ 43 Gegenstand einer Petition kann jede Maßnahme der Staatsgewalt sein. Aus dem Begehren muss hervorgehen, wogegen es sich richtet und welches Verhalten gefordert wird. Der in Art. 17 GG verbürgte subjektiv-rechtliche Anspruch umfasst dabei die Entgegennahme, Befassung und Bescheidung des eingereichten Begehrens. Der Anspruch geht jedoch nicht so weit, dass die Petition staatlicherseits veröffentlicht werden muss.[83]

78 EuGH, ECLI:EU:C:2021:596 – Disziplinarordnung für Richter.
79 Zur Diskussion siehe *Schlenk/Steinbeis*, VerfBlog, 2022/2/14.
80 Siehe EGMR v. 8.11.2021, 49868/19 und 57511/19 – Dolińska-Ficek und Ozimek v. Polen.
81 Siehe Bericht des Petitionsausschusses, BT-Drs. 20/2200, S. 6.
82 Siehe *Uerpmann-Wittzack/Edenharter*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 17, Rn. 2; *Krings*, JuS 2004, 474.
83 So BVerwGE 158, 208 (Öffentliche Petitionen [2017]); ausführlich *Krüper*, DÖV 2017, 800.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch auf europarechtlicher Ebene findet sich das Petitionsrecht wieder. Art. 44 EU-GRCh gewährt Unionsbürger:innen das Recht, eine Petition an das Europäische Parlament zu richten. Die Bedingungen der Ausübung des Rechts werden in Art. 20 AEUV und Art. 227 AEUV konkretisiert. 44

III. Europarechtliche Dogmatik

1. Wie werden die justiziellen Rechte in der EMRK gewährleistet?

Zentrales justizielles Recht ist Art. 6 EMRK. Danach hat *jede Person* – natürliche und juristische Personen, In- und Ausländer:innen sowie Staatenlose – ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem 45

- unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht
- in einem fairen Verfahren,
- öffentlich und innerhalb angemessener Frist
- verhandelt wird.

In der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK finden sich ähnliche Leitlinien wie in der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 103 Abs. 1 GG. 46

Zu beachten ist, dass anders als bei Art. 19 Abs. 4 GG das öffentliche Recht *nicht* vom Gewährleistungsgehalt des Art. 6 EMRK umfasst ist. 47

Ergänzend steht daneben das Recht auf wirksame Beschwerde gem. Art. 13 EMRK. Art. 6 und 13 EMRK verdeutlichen die Subsidiarität der Konvention gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtssystemen: Es ist in erster Linie Sache der staatlichen Gerichte, Schutz gegen Menschenrechtsverletzungen zu gewähren. 48

Art. 6 EMRK normiert eine positive Handlungspflicht, die die Konventionsstaaten dazu verpflichtet, ihre Justiz so einzurichten, dass die Gerichte allen Anforderungen des Art. 6 EMRK entsprechen können.[84] Den Konventionsstaaten kommt allerdings ein Gestaltungsspielraum zu. In Art. 6 Abs. 2 EMRK (**Unschuldsvermutung**) und insbesondere in Abs. 3 werden zudem bestimmte Rechte für die **Garantie eines fairen Verfahrens** aufgezählt. Sie gelten grundsätzlich nur im Strafverfahren und sind zudem nicht als abschließend zu verstehen.[85] Besondere Bedeutung kommt dem **Beschleunigungsgebot** zu, wonach ein Verfahren in angemessener Zeit abgeschlossen werden muss. Deutschland wurde vom EGMR schon mehrfach wegen Verletzung des Beschleunigungsgebots verurteilt.[86] 49

84 EGMR v. 25.2.2000, 29357/95, Rn. 75 – Gast und Popp/Deutschland.
85 Vgl. EGMR v. 10.7.2007, 18223/04, Rn. 29 – Carvalho/Portugal.
86 Siehe nur EGMR v. 25.2.2000, 29357/95 – Gast und Popp/Deutschland; EGMR v. 2.3.2000, 52442/99 – Schwengel/Deutschland; EGMR v. 21.1.2010, 42402/05 – Wildgruber/Deutschland.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

◆ 50 Darüber hinaus verbürgt Art. 7 EMRK den Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“ (*nulla poena sine lege*) und entspricht damit der grundgesetzlichen Gewährleistung des Art. 103 Abs. 2 GG. Der EGMR legt die Vorschrift so aus, dass sie wirksamen Schutz gegen willkürliche Verfolgung, Verurteilung und Bestrafung gibt.[87] Eine Ausnahme schafft Art. 7 Abs. 2 EMRK. Dabei geht es vor allem um Gesetze, die erst nach dem zweiten Weltkrieg erlassen, aber für die Verurteilung von Kriegsverbrecher:innen angewandt wurden (vgl. die Argumentation des BVerfG zu den Mauerschützenprozessen, § 25 Rn. 27).[88] Das Verbot der → Doppelbestrafung (*ne bis in idem*; vgl. Art. 103 Abs. 3 GG) wird in Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK verbürgt.

2. Wie werden die justiziellen Rechte in der EU-GRCh gewährleistet?

◆ 51 Die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 47 EU-GRCh bildet einen wichtigen Baustein der EU-GRCh.[89] Nur die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte kann die volle Wirksamkeit (*effet utile*) des Unionsrechts sicherstellen. Art. 47 EU-GRCh verbürgt dabei mehrere subjektive Rechte, die in der EMRK in den Art. 6 EMRK und Art. 13 EMRK gewährt werden:

- das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Abs. 1),
- das Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht (Abs. 2) und
- einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe (Abs. 3).

◆ 52 Art. 47 EU-GRCh beschränkt sich – anders als Art. 13 EMRK – grundsätzlich auf das *gerichtliche* Verfahren. Für Verwaltungsverfahren finden sich entsprechende Rechte in Art. 41 EU-GRCh. Darüber hinaus gilt Art. 47 EU-GRCh nicht nur bei der Verletzung von Rechten aus der Grundrechtecharta selbst, sondern bei Verletzung sämtlicher Unionsrechte, also auch von Rechten, die sich aus dem sonstigen Primär- oder aus dem Sekundärrecht ergeben.[90] Ferner findet sich – anders als bei Art. 6 EMRK – keine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf zivil- und strafgerichtliche Verfahren.

◆ 53 In Strafverfahren sind weitere Garantien zu berücksichtigen: So gewährleistet Art. 48 EU-GRCh eine **Unschuldsvermutung** und **Verteidigerrechte**. Art. 49 EU-GRCh normiert den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (*nulla poena sine lege*) und Verhältnismäßigkeit. Das Doppelbestrafungsverbot (*ne bis in idem*) ist in Art. 50 EU-GRCh normiert.

87 EGMR v. 22.3.2001, 34044/96, Rn. 50 – Streletz, Kessler und Krenz/Deutschland; EGMR v. 17.12.2009, 19359/04, Rn. 117 – M./Deutschland.
88 EGMR v. 17.5.2010, 36376/04, Rn. 186 – Kononov/Lettland.
89 EuGH, ECLI:EU:C:2018:117, Rn. 35 – Juízes Portugueses; ECLI:EU:C:2019:982 – A.K.; ECLI:EU:C:2019:1114 – Deutsche Umwelthilfe; ferner *Rademacher*, JuS 2018, 337; *Wiater*, JuS 2015, 788.
90 Siehe *Jarass*, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., Art. 47, Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 26 Grundrechtsschutz durch Gerichte

I. Bundesverfassungsgericht

1. Wie ist das BVerfG aufgebaut?

Das BVerfG ist Gericht und Verfassungsorgan zugleich. Seinen Sitz hat es in Karlsruhe. Es besteht aus zwei Senaten mit je acht Richter:innen; in beiden Senaten gibt es zudem mehrere Kammern mit jeweils drei Mitgliedern. Die Richter:innen werden je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt, § 5 BVerfGG. Das Gericht entscheidet über Verfahren nach Art. 93 GG, insbesondere über Verfassungsbeschwerden (§ 27 Rn. 4), Normenkontrollverfahren und Organstreitverfahren. Die Zuständigkeit für die einzelnen Verfahren ist zwischen den Senaten aufgeteilt. 1

Grundrechtsschutz durch die Gerichte

Das BVerfG ist (anders als etwa der Supreme Court der USA) keine Superrevisionsinstanz: Zwar können Urteile der obersten Bundesgerichte (Art. 95 GG: Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundesfinanzhof, Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht) mit einer Urteilsverfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 15) angegriffen werden; das BVerfG prüft aber ausschließlich, ob die Entscheidung mit den Grundrechten vereinbar ist. 2

Jahresbericht des BVerfG 2021

2. Wie sind Entscheidungen des BVerfG aufgebaut?

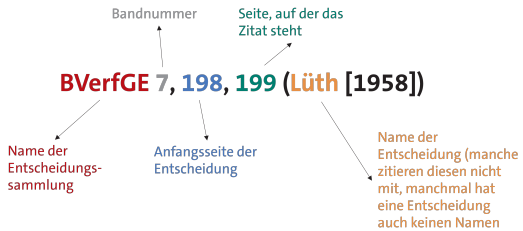
Der Einleitungsformel zufolge ergehen Entscheidungen des BVerfG ***im Namen des Volkes*** (§ 25 Abs. 4 BVerfGG), denn der Richterspruch ist demokratisch legitimiert. Danach folgt das sog. **Rubrum**: Dieses beinhaltet die Nennung der Beteiligten sowie ihre gesetzlichen und gewillkürten Prozessvertreter:innen; die genaue Bezeichnung des Streitgegenstands, z.B. des angegriffenen Hoheitsakts; die Erwähnung des entscheidenden Senats (bei Plenarentscheidungen des Plenums), einschließlich der Namen der mitwirkenden Richter:innen und der Angabe des Tages der mündlichen Verhandlung (sofern mündlich verhandelt wurde). Die eigentliche Entscheidung der Streitsache findet sich im (kurzen) sog. **Tenor** bzw. der Entscheidungsformel. An den Tenor schließt sich die **Begründung** an, die in der Regel in die Abschnitte A. (Sachverhalt und Gang des Verfahrens), B. (Zulässigkeit) und C. (Begründetheit) gegliedert ist; die Begründetheit wiederum gliedert sich meist in einen Maßstäbe-Teil (C.I), der die materiellen Rechtsfragen abstrakt erörtert, und in einen Subsumtions-Teil (C.II), in dem die entwickelten Maßstäbe auf den konkreten Fall angewandt werden. 3

3. Was ist die amtliche Sammlung der BVerfG-Entscheidungen?

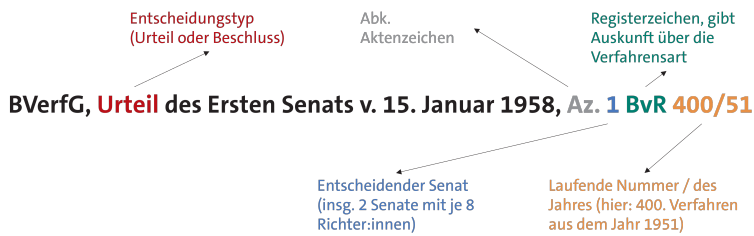
Die amtliche Entscheidungssammlung des BVerfG (Abkürzung der Sammlung: BVerfGE) wurde 1952 gegründet und gehört zu den einflussreichsten und meistzitierten juristischen Veröffentlichungen im deutschsprachigen Raum. Sie enthält alle Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in ungekürzter Fassung. Zunächst erschien jährlich ein Entscheidungsband, inzwischen erscheinen mehrere Bände im Jahr. Insgesamt gibt es derzeit 158 Bände (Stand: Sep- 4

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tember 2022). Für die Zitierung der BVerfG-Entscheidungen aus der Sammlung empfiehlt sich folgender Aufbau:



5 Daneben ist auch eine Zitierung nach dem Aktenzeichen der BVerfG-Entscheidung möglich:



II. Gerichtshof der Europäischen Union

1. Wie ist der EuGH aufgebaut?

◆ 6 Der Gerichtshof der Europäischen Union mit Sitz in Luxemburg wacht seit 1952 als oberstes Gericht über die Einhaltung der europäischen Verträge (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV). Es handelt sich heute um ein einheitliches Organ mit zwei Spruchkörpern: dem Gerichtshof (EuGH) und dem diesem nachgeordneten Gericht (EuG). Der EuGH gewährleistet, dass EU-Recht in allen EU-Mitgliedsländern auf die gleiche Weise angewendet wird, und trägt dafür Sorge, dass Länder und EU-Institutionen das EU-Recht – auch die Europäische Grundrechtecharta – einhalten.

◆ 7 Der EuGH ist mit Richter:innen aus den Mitgliedstaaten besetzt; jeder Mitgliedstaat ernennt eine/n Richter:in. Die Richter:innen werden dabei durch Beschluss der Regierungen der Mitgliedsstaaten für eine sechsjährige Amtszeit ernannt. Unterstützt wird der EuGH von Generalanwält:innen, deren Aufgabe es ist, nach Abschluss der mündlichen Verhandlung einen Vorschlag für ein Urteil in der Form sog. Schlussanträge zu stellen.[1]

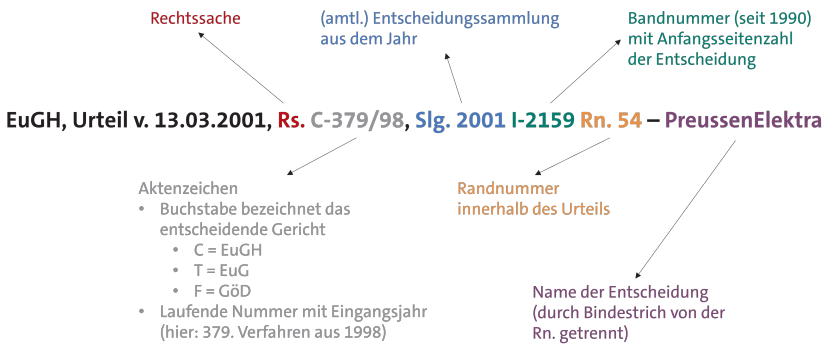
1 Zu den Generalanwält:innen am EuGH siehe *Volkert/Bohn*, JuS 2021, 637.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

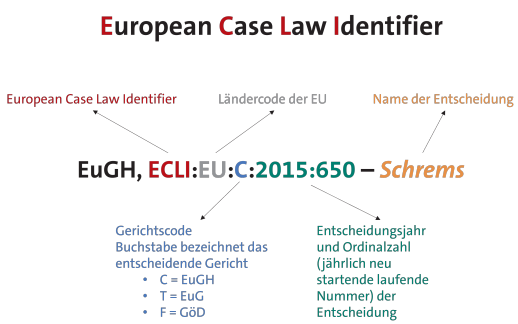
2. Wo finden sich EuGH-Entscheidungen?

Die Entscheidungen des EuGH werden in der „Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz“ und im Amtsblatt der Europäischen Union abgedruckt. Online abrufbar sind die Entscheidungen über *Curia*, das Online-Angebot des EuGH. Bei der Zitierweise von EuGH-Entscheidungen gab es 2015 eine Änderung, so dass es unterschiedliche Zitierweisen gibt: 8

Zitierweise bis 2015



Zitierweise seit 2015: ECLI[2]



III. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

1. Wie ist der EGMR aufgebaut?

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wurde 1959 auf Grundlage der EMRK in Straßburg errichtet. Seine Aufgabe ist die Einhaltung der EMRK 9

2 Darüber hinaus ist der ECLI ein einheitlicher Identifikator, der für alle Gerichte der Mitgliedsstaaten und der EU dasselbe erkennbare Format besitzt. Die Klimaschutzgesetz-Entscheidung des BVerfG (§ 1 Rn. 42 ff.) findet sich etwa unter dem Identifikator ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210324.1bvr265618.

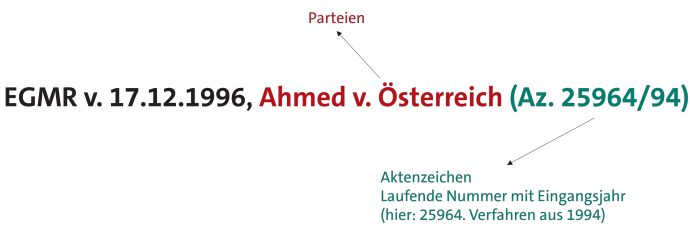
https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sicherzustellen. Bürger:innen der Konventionsstaaten können sich, nachdem die innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft sind, mit Beschwerden direkt an den EGMR wenden. Die Zahl der Richter:innen des EGMR entspricht der Anzahl der Mitgliedsstaaten der Konvention (seit dem Ausschluss und Austritt der Russischen Föderation aus dem Europarat am 15.3.2022: 46). Die Richter:innen sind allerdings keine Vertreter:innen der einzelnen Staaten.

◆ 10 Der EGMR ist kein Organ der EU, sondern der EMRK, die wiederum eine Konvention des **Europarates** ist. Gem. Art. 46 Abs. 1 EMRK sind Urteile des EGMR nur für die Parteien des Rechtsstreits bindend (*inter partes*; siehe bspw. Görgülü-Entscheidung, § 17 Rn. 21 ff.).

2. Wo finde ich EGMR-Entscheidungen?

◆ 11 Die Entscheidungen des EGMR werden in den sog. „Reports of Judgments and Decisions" publiziert. Darüber hinaus sind die Entscheidungen über die HUDOC-Database des EGMR abrufbar. Zitiert werden EGMR-Entscheidungen wie folgt:



https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 27 Grundrechtsschutz vor dem BVerfG

I. Die Verfassungsbeschwerde

1. Seit wann gibt es die Verfassungsbeschwerde?

Den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde gibt es erst seit Erlass des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG) im Jahr 1951. Der Parlamentarische Rat hatte ihn nicht von Beginn an in das Grundgesetz aufgenommen, aber durch Art. 93 Abs. 2 GG a.F. ermöglicht. Als Argument für die Einführung der Verfassungsbeschwerde und die Zuständigkeit des BVerfG wurde der Schutz der Bürger:innen vor dem Staat angeführt: 1



Die Verfassungsbeschwerde

> ▶ Die Verfassungsbeschwerde ist die **letzte Zuflucht des Bürgers**, der sich in seinen Grundrechten verletzt fühlt. Ein höchstes Gericht, das zum **Hüter der Verfassung** bestellt ist, soll ihn vor **Übergriffen der Staatgewalt in seinen unverletzlichen Grundrechten schützen**.
>
> **Begründung zu § 84 des Regierungsentwurfs zum BVerfGG** ◀

2. Was sind die Funktionen der Verfassungsbeschwerde?

Waren die Grundrechte in der WRV bloße Programmsätze, wird ihnen unter dem GG subjektive Rechtsqualität beigemessen.[1] Die Verfassungsbeschwerde verleiht den Grundrechten effektive Durchsetzungskraft; eine Grundrechtsverletzung durch den Staat bleibt damit nicht folgenlos. 2

Weil der demokratische Staat durch seine Institutionen strukturell die Mehrheitsgesellschaft repräsentiert, kommt der Verfassungsbeschwerde als **Schutzinstrument der Minderheit** besondere Bedeutung zu: Wer im Rahmen der Gesetzgebung in der Minderheit geblieben ist und eigene Grundrechte durch das von der Mehrheit getragene Gesetz verletzt sieht, kann sich mit der Verfassungsbeschwerde zum Schutz eigener Individualrechte an das BVerfG wenden. Das BVerfG kann in diesem Zusammenhang als **kontra-majoritäres Verfassungsorgan** und die Verfassungsbeschwerde als kontra-majoritäre Verfahrensart interpretiert werden, die im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes den Minderheitenschutz institutionalisieren: Während die unmittelbar demokratisch legitimierten Parlamente den politischen Mehrheitswillen in *Gesetze* gießen, stellt das Bundesverfassungsrecht u.a. mit der *Verfassungsbeschwerde* sicher, dass dabei die Grundrechte der jeweils unterliegenden Minderheit gewahrt bleiben und so eine Tyrannei der Mehrheit unterbunden wird.[2]

1 Siehe *Meyer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 93, Rn. 97 f.

2 Der ursprüngliche Begriff *counter-majoritarian problem* geht zurück auf *Bickel*, The Least Dangerous Branch, 1986 – und er weist zugleich auf ein schwerwiegendes demokratietheoretisches Problem hin: Ein „aktivistisches" Verfassungsgericht kann die Grundrechte möglicherweise nutzen, um sich über den demokratisch legitimierten und parlamentarisch ausgedrückten Mehrheitswillen hinwegzusetzen. Das ist letztlich eines der unlösbaren demokratischen Dilemmata, dem nur die Richter:innen selbst durch die Übung von *judicial self-restraint* (§ 5 Rn. 14 f.) beikommen können.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3 Darüber hinaus wirkt die Verfassungsrechtsprechung auch über den jeweils entschiedenen Einzelfall hinaus und dient der Wahrung, Auslegung und Fortbildung des Verfassungsrechts.[3]

3. Wo ist die Verfassungsbeschwerde geregelt?

4 Gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jede Person das BVerfG mit der Behauptung anrufen, durch die öffentliche Gewalt in einem ihrer Grundrechte oder ihrer grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Seit 1969 ist dieses Recht auch in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a des Grundgesetzes fest verankert. Damit kann die Verfassungsbeschwerde nur noch durch Verfassungsänderung abgeschafft oder grundlegend umgestaltet werden.

4. Wie ist die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zu prüfen?

Damit eine Verfassungsbeschwerde Erfolg hat, muss sie zunächst zulässig sein. Für die Prüfung empfiehlt sich folgender Aufbau:[4]

5 **I. Zuständigkeit des BVerfG**

Die Zuständigkeit des BVerfG ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG, §§ 90 ff. BVerfGG.

6 **II. Beschwerdefähigkeit**

Beschwerdefähig ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG „jedermann", das heißt jede natürliche oder juristische Person, die Träger:in von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten sein kann.[5] Grundrechtsberechtigt sind demnach,

- alle **natürlichen Personen** (auf die Differenzierung zwischen Deutschengrundrechten und Menschenrechten (§ 3 Rn. 10) kommt es an dieser Stelle noch nicht an, da die Verfassungsbeschwerde von jeder Person erhoben werden kann);
- **privatrechtliche inländische juristische Personen**/Personenvereinigungen unter den Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 3 GG (§ 3 Rn. 16 ff.); (zur Behandlung von privatrechtlichen juristischen Personen, die vom Staat beherrscht werden, § 3 Rn. 9; zur Behandlung von EU-ausländischen juristischen Personen, § 3 Rn. 27 f.);
- **öffentlich-rechtliche juristische Personen**/Personenvereinigungen in besonderen Ausnahmefällen (§ 3 Rn. 9);

3 Vgl. BVerfGE 81, 278 (Bundesflagge [1990]).

4 Beim Verfassungsprozessrecht handelt es sich um eine eigenständige, komplexe Rechtsmaterie, der eigene Lehrbücher, Handbücher und Kommentare gewidmet sind, etwa *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl.; *Lenz/Hansel*, BVerfGG Kommentar, 3. Aufl.; *Burkiczak/Dollinger/Schorkopf*, BVerfGG Kommentar, 2. Aufl. Hier kann nur ein Überblick gegeben werden; zur Erörterung weitergehender Fragen sei der Rückgriff auf ein entsprechendes Werk empfohlen.

5 Vgl. BVerfGE 39, 302, 312 (AOK [1975]); 115, 205, 227 (Betriebs- und Geschäftsgeheimnis [2006]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

- **Abgeordnete**, sofern sie nicht in ihrer spezifischen verfassungsrechtlichen Eigenschaft handeln (bspw. Statusrechte gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG geltend machen) oder ein tauglicher Antragsgegner für einen Organstreit fehlt und
- **politische Parteien**, sofern sie in ihrer Eigenschaft als bürgerlich-rechtliche Vereinigung auftreten (nicht um Parteienrechte aus Art. 21 Abs. 1 GG geltend zu machen) oder ein tauglicher Antragsgegner für einen Organstreit fehlt.

III. Prozessfähigkeit

7

Prozessfähigkeit beschreibt die rechtliche Fähigkeit, selbst oder durch eine oder einen Bevollmächtigte:n prozessuale Handlungen vorzunehmen. Grundsätzlich sind alle nach den Vorschriften des BGB (§§ 104 ff. BGB) voll Geschäftsfähigen prozessfähig. Minderjährige sind prozessfähig, wenn sie im konkreten Fall hinreichend einsichtsfähig sind (Grundrechtsmündigkeit, § 3 Rn. 14).[6] Prozessunfähige und juristische Personen müssen sich vertreten lassen. In der Prüfung sollte der Punkt der Prozessfähigkeit nur problematisiert werden, wenn der Sachverhalt entsprechende Hinweise enthält.

IV. Beschwerdegegenstand

8

Tauglicher Beschwerdegegenstand einer Verfassungsbeschwerde kann **jeder Akt der öffentlichen Gewalt** gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG sein. Erfasst sind alle Handlungen oder Unterlassungen (vgl. § 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) aller drei Staatsgewalten,

- der **Legislative** (z.B. formelle Gesetze, Untätigkeit des Gesetzgebers),
- der **Exekutive** (z.B. Verwaltungsakte, Rechtsverordnungen, Satzungen) und
- der **Judikative** (Urteile und sonstige gerichtliche Entscheidungen).

Angriffsgegenstand der Verfassungsbeschwerde kann grds. nur öffentlich-rechtliches, nicht aber privatrechtliches Handeln des Staates (z.B. **Fiskalverwaltung, Verwaltungsprivatrecht**) sein. Hier kann sich eine Verfassungsbeschwerde nur gegen etwaige abweisende Entscheidungen richten. Aufgrund des Gebots der Rechtswegerschöpfung (§ 27 Rn. 10) wird vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde regelmäßig der einschlägige Instanzenzug durchlaufen. Daraus ergeben sich mehrere mögliche Angriffsgegenstände für die Verfassungsbeschwerde: der ursprüngliche Hoheitsakt sowie die Entscheidungen aller Instanzen.

Das BVerfG räumt eine Wahlmöglichkeit ein, ob nur gegen die letztinstanzliche Entscheidung vorgegangen werden soll oder *auch* gegen die vorangegangenen Entscheidungen bzw. den ursprünglichen Exekutivakt.[7] Eine Beschwerde *nur* gegen die erstinstanzliche Entscheidung oder *nur* gegen den Exekutivakt ist hingegen nicht möglich.

Grundsätzlich waren nur Akte der *deutschen* öffentlichen Gewalt taugliche Beschwerdegegenstände und in Bezug auf Rechtsakte der EU entschied das BVerfG nur über die Grenzen der unmittelbaren Anwendbarkeit und der Wirkung von

6 Vgl. BVerfGE 28, 243, 254 f. (Dienstpflichtverweigerung [1970]); 72, 122, 132 f. (Pflegeperson [1987]).
7 BVerfGE 54, 53, 64 ff. (Ausbürgerung II [1980]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

EU-Rechtsakten in Deutschland (vgl. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG), nicht aber über deren Gültigkeit „an sich".[8] Dies hat sich mit den Entscheidungen zu Recht auf Vergessen I und II (§ 2 Rn. 18 ff.) maßgeblich geändert: EU-Rechtsakte können unter bestimmten Voraussetzungen durch das BVerfG überprüft werden.

9 V. Beschwerdebefugnis

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG setzt die Zulässigkeit zunächst die **Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung** voraus.[9] Diese ist zu bejahen, wenn ein einschlägiges Grundrecht existiert, in das der Staat *möglicherweise* verfassungswidrig eingegriffen hat. Die Möglichkeit der Verletzung ist erst dann nicht mehr anzunehmen, wenn eine Grundrechtsverletzung von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.[10]

Beispielsweise lehnte das BVerfG die Annahme der Verfassungsbeschwerde eines Aktionskünstlers ab, der das Grab eines NS-Kriegsverbrechers beschädigt hatte und erklärte die Beschädigung des Grabes als nicht vom Schutzbereich der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. Var. 1 GG (§ 11 Rn. 8 ff.) umfasst.[11]

Einen Sonderfall stellt die Urteilsverfassungsbeschwerde (§ 27 Rn. 15) dar. Ließe man hier bereits die Behauptung ausreichen, ein für den oder die Beschwerdeführer:in ungünstiges Urteil sei mit einfachem Gesetzesrecht nicht vereinbar, so wäre die Beschwerdebefugnis stets anzunehmen. Das BVerfG fordert daher das Vorliegen eines Verstoßes gegen spezifisches Verfassungsrecht.

Bei **Sachverhalten mit unionsrechtlichem Bezug** sind mit den Entscheidungen zu Recht auf Vergessen I und II (§ 2 Rn. 18 ff.) Modifikationen des Prüfungsmaßstabs zu berücksichtigen:

- wenn es um eine Maßnahme im **gestaltungsoffenen Bereich** geht, dann sind (allein) die Grundrechte des Grundgesetzes einschlägig – es sei denn, das Schutzniveau der EU-GRCh ist höher
- wenn es sich um eine **vollständig unionsrechtlich determinierte Materie** handelt, dann ist in der Folge die EU-GRCh der (alleinige) Prüfungsmaßstab; Ausnahme: Menschenwürde (Identitätskontrolle, § 2 Rn. 14)

Hinweis: Da zur Bejahung der Beschwerdebefugnis schon die *Möglichkeit* einer Grundrechtsverletzung ausreicht, genügt es in der Zulässigkeit an dieser Stelle festzustellen, ob überhaupt Grundrechte verletzt sein könnten. Die Prüfung, ob eine vollständig unionsrechtlich determinierte Materie vorliegt und ob daher eine Anpassung des Prüfungsmaßstabs vorzunehmen ist, ist der Begründetheit (§ 27 Rn. 16) vorbehalten.

8 BVerfGE 89, 155, 175 (Maastricht [1993]).
9 Dazu *Hartmann*, JuS 2003, 897.
10 Siehe *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 93, Rn. 75.
11 BVerfG NJW 2021, 1939.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In einem nächsten Schritt ist festzustellen, ob der oder die Beschwerdeführer:in durch den Beschwerdegegenstand **selbst, gegenwärtig und unmittelbar** betroffen ist.[12]

- **Selbst** betroffen ist ein oder eine Beschwerdeführer:in, wenn die mögliche Verletzung *eigener* Grundrechte geltend gemacht wird; sie fehlt umgekehrt, wenn nur Grundrechte Dritter betroffen sind. Dadurch sollen **Popularverfassungsbeschwerden** ausgeschlossen werden. Eine Ausnahme stellt die Geltendmachung des postmortalen Persönlichkeitsrechts (§ 7 Rn. 4) im Namen Verstorbener dar. Jedenfalls selbst betroffen sind Adressat:innen der angegriffenen belastenden Maßnahme. Aber auch Nichtadressat:innen können selbst betroffenen sein, wenn sich der angegriffene Rechtsakt auf ihre Rechte auswirkt und die Beschwer nicht bloß Reflexwirkung hat. So ist der bzw. die Pächter:in eines Grundstücks durch den gegen den bzw. die Grundstückseigentümer:in gerichteten Bescheid, die auf dem Pachtgrundstück stehenden Obstbäume zu fällen, selbst betroffen.
- **Gegenwärtig** ist eine Beschwer, wenn sie sich *schon* oder *noch* auswirkt. Daran fehlt es, wenn eine Regelung außer Kraft getreten ist oder sich die Verwaltungsmaßnahme erledigt hat – es sei denn es besteht Wiederholungsgefahr.[13] Auch wenn eine Vorschrift zwar noch nicht in Kraft getreten, aber bereits klar abzusehen ist, dass und wie der oder die Beschwerdeführer:in zukünftig beeinträchtigt sein wird, ist eine gegenwärtige Betroffenheit anzunehmen.[14]
- **Unmittelbar** ist der bzw. die Beschwerdeführer:in betroffen, wenn sich der Beschwerdegegenstand direkt, das heißt ohne weitere Ausführungsakte, auf die geltend gemachten Rechte auswirkt (bei Gesetzen sog. *self-executing norm*).[15] Sind Ausführungsakte (bspw. Verwaltungsakte, Rechtsverordnungen, Satzungen, behördliche Realakte) gesetzlich vorgesehen oder möglich, dann ist das ein Indiz dafür, dass keine unmittelbare Betroffenheit vorliegt. Erst wenn der Ausführungsakt vollzogen ist, kann folglich eine unmittelbare Betroffenheit angenommen werden. Zwei Ausnahmen sind hiervon zu beachten:
  (1) Ein Gesetz zwingt schon vor Ergehen des Ausführungsakts zu rechtlichen oder wirtschaftlichen Dispositionen, die später nicht oder nur schwer zu korrigieren sind oder eine Verweisung auf den fachgerichtlichen Rechtsschutz ist aus anderen Gründen unzumutbar. Das ist etwa der Fall, wenn ein Bußgeld oder Strafverfolgung droht.[16]
  (2) Zudem können Tatbestand und Rechtsfolge eines Gesetzes so determiniert sein, dass einer ausführenden Behörde keine eigenständige Entscheidung mehr zukommt.

12 Siehe *Meyer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 93, Rn. 110 ff.
13 BVerfGE 116, 69, 79 (Jugendstrafvollzug [2006]).
14 BVerfGE 75, 78, 95 (Haushaltsbegleitgesetz [1987]); 114 258, 277 (Versorgungsänderungsgesetz [2005]).
15 Vgl. BVerfGE 90, 128, Rn. 45 (Förderung privater Ersatzschulen [1994]).
16 Vgl. BVerfGE 46, 246, 256 (Halbfettmargarine [1977]); 81, 70, 82 f. (Rückkehrgebot für Mietwagen [1989]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In beiden Fällen geht bereits von der gesetzlichen Grundlage, auf die sich ein potenzieller Ausführungsakt stützen würde, eine unmittelbare Belastung aus. Diese Gedanken werden auch im Zusammenhang mit den Geboten der Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität aufgegriffen.

10 **VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität**

1. Rechtswegerschöpfung

Besteht die Möglichkeit, fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen die angegriffene Maßnahme zu erlangen, kann die Verfassungsbeschwerde gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Alle zur Verfügung stehenden Möglichkeiten fachgerichtlichen Rechtsschutzes müssen damit vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde erfolglos ausgeschöpft worden sein. Ist dies nicht geschehen, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig. Gleiches gilt, wenn die Möglichkeit fachgerichtlichen Rechtsschutzes bestand, diese aber nicht genutzt wurde bzw. nicht mehr genutzt werden kann, etwa wegen Fristablaufs.

Gegen Verwaltungsakte und untergesetzliche Rechtsnormen (Rechtsverordnungen, Satzungen) ist also zunächst der Verwaltungsrechtsweg zu bestreiten. Gegen formelle Gesetze existiert kein Rechtsweg (vgl. § 93 Abs. 3 BVerfGG), so dass die Verfassungsbeschwerde bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen unmittelbar zulässig ist.

Das Verfahren vor Landesverfassungsgerichten gehört nicht zum Rechtsweg. Vielmehr ermöglicht § 90 Abs. 3 BVerfGG eine parallele Erhebung einer Bundes- und Landesverfassungsbeschwerde. Zu beachten sind allerdings landesspezifische Subsidiaritätsklauseln. So kann bspw. in Hessen grundsätzlich keine Grundrechtsklage nach Art. 131 Abs. 1 HV vor dem Hessischen Staatsgerichtshof erhoben werden, sofern in derselben Sache bereits eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG anhängig gemacht wurde (vgl. § 43 Abs. 1 StGHG).

Ausnahmen vom Gebot der Rechtswegerschöpfung normiert § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG: Die Verfassungsbeschwerde ist danach schon *vor* Rechtswegerschöpfung zulässig, wenn die Verfassungsbeschwerde von allgemeiner Bedeutung ist oder dem oder der Beschwerdeführer:in im Falle der Verweisung auf fachgerichtlichen Rechtsschutz ein schwerer und unabwendbarer Nachteil droht. Diese Ausnahmevorschrift wird restriktiv ausgelegt. Eine ungeschriebene Ausnahme nimmt das BVerfG zudem an, wenn eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt und das Beschreiten des Rechtswegs daher unzumutbar wäre.[17]

2. Subsidiarität

Der Subsidiaritätsgrundsatz ist eine ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung (analog § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG), deren Einhaltung das BVerfG in ständiger Rechtsprechung verlangt.[18] Danach muss der oder die Beschwerdeführer:in sich auch jenseits fachgerichtlichen Rechtsschutzes um zumutbare anderweitige Abhilfe bemühen. Auch wenn etwa *unmittelbar* gegen den Beschwerdegegenstand

17 BVerfGE 84, 59, 72 (Multiple-Choice-Verfahren [1991]).
18 Siehe etwa BVerfG NJW 2021, 2877; NJW 2021, 3590; ausführlich *Peters/Markus*, JuS 2013, 887.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kein fachgerichtlicher Rechtsschutz gegeben ist, müssen Beschwerdeführer:innen ihre Interessen durch die Inanspruchnahme *mittelbarer* Rechtschutzmöglichkeiten durchzusetzen versuchen:

- Gegen gerichtliche Entscheidungen kann etwa vorläufiger Rechtsschutz beantragt werden, der neben dem Hauptsacheverfahren als eigenständiger Rechtsweg steht.[19]
- Rechtsnormen können vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde durch eine inzidente Normenkontrolle vor den Fachgerichten überprüft werden. Die Verfassungskonformität der Rechtsnorm ist dann als Vorfrage mit Blick auf die Rechtmäßigkeit des Ausführungsaktes zu beurteilen.

Sinn und Zweck des Subsidiaritätsgrundsatzes ist – neben der Entlastung des BVerfG – die eingehende fachgerichtliche Vorprüfung und Aufbereitung des Prozessstoffs. Die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde bleibt so *ultima ratio*.

Ausnahmen vom Subsidiaritätsgrundsatz können sich entsprechend zu jenen bei § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG ergeben.[20]

VII. Form und Frist

11

Die Verfassungsbeschwerde ist schriftlich (§ 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) und mit Begründung (§ 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG, § 92 BVerfGG) einzureichen. Das Schriftformerfordernis soll gewährleisten, dass der Beschwerde der Inhalt der Erklärung sowie die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können. Eine eigenhändige Namensunterschrift (wie sie etwa § 126 Abs. 1 BGB vorschreibt), ist nicht erforderlich. Ein Telefax wahrt das Schriftformerfordernis des BVerfGG, eine E-Mail hingegen nicht (vgl. dazu auch die Webseite des BVerfG).

Die Dauer der Frist richtet sich nach dem Beschwerdegegenstand. Gegen Verwaltungsakte und gerichtliche Entscheidungen gilt eine Monatsfrist, § 93 Abs. 1 BVerfGG. Werden mehrere Akte angegriffen, beginnt die Frist ab Zustellung der letzten Entscheidung (§ 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG) zu laufen. Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz, gilt nach § 93 Abs. 3 BVerfGG eine Jahresfrist.

VIII. Prozessvertretung

12

Gem. § 22 Abs. 1 S. 1 BVerfGG muss sich der oder die Beschwerdeführer:in in der mündlichen Verhandlung vertreten lassen. In der Prüfung sollte auch dieser Punkt freilich nur problematisiert werden, wenn der Sachverhalt entsprechende Hinweise aufwirft.

IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

13

Grundsätzlich indiziert das Vorliegen der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis; eine eingehende Prüfung erübrigt sich

19 BVerfGE 75, 318, 325 (Sachverständiger [1987]).
20 BVerfGE 93, 319, 338 (Wasserpfennig [1995]).

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann. Das allgemeine Rechtschutzbedürfnis fehlt aber bspw., wenn die Verfassungsbeschwerde nicht mehr erforderlich ist, etwa weil sich der Sachverhalt erledigt hat und von dem angegriffenen Hoheitsakt keine Rechtswirkung mehr ausgeht. In der Regel wird man in diesen Fällen aber schon keine gegenwärtige Betroffenheit (§ 27 Rn. 9) mehr annehmen können.

5. Wie ist die Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde zu prüfen?

14 Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der oder die Beschwerdeführer:in durch die staatliche Maßnahme in eigenen Grundrechten verletzt ist (Obersatz). Dies wiederum ist eine Frage des materiellen Rechts. Der Aufbau der Begründetheitsprüfung hängt davon ab, ob die Verletzung von Freiheitsgrundrechten (§ 8 Rn. 2 f.) oder Gleichheitsgrundrechten (§ 22 Rn. 8 ff.) zu prüfen ist.

6. Was ist bei der Begründetheit einer Urteilsverfassungsbeschwerde zu beachten?

15 Das BVerfG ist **keine Superrevisionsinstanz** und prüft deshalb ausschließlich die Verletzung **spezifischen Verfassungsrechts**.[21] Hintergrund ist das Verhältnis des BVerfG zu den Fachgerichten: Das BVerfG ist keine weitere Instanz über den Fachgerichten, sondern überprüft lediglich die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Regeln. Nicht von der Prüfung des BVerfG erfasst ist damit ein möglicher Verstoß gegen einfaches Gesetzrecht. Allerdings ist die Abgrenzung zwischen nicht überprüfbaren Anwendungsfehlern einfachen Rechts und der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts nicht immer einfach.[22] Zu Beginn der Prüfung der Begründetheit einer Urteilsverfassungsbeschwerde empfiehlt es sich daher, den Prüfungsmaß darzulegen:

> ▶ Das BVerfG ist keine **Superrevisionsinstanz,** es überprüft gerichtliche Entscheidungen daher nur darauf, ob sie **spezifisches Verfassungsrecht** verletzen. Das ist der Fall, wenn eine Gerichtsentscheidung
>
> (1) auf einer **verfassungswidrigen Rechtsgrundlage** beruht,
>
> (2) verfassungs- und insbesondere **grundrechtliche Wertungen** bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts **außer Acht lässt** oder unter **Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte** zustande kommt, oder
>
> (3) wenn die Entscheidung **willkürlich** ist. ◀

7. Welche Auswirkung hat die Anwendbarkeit von Unionsgrundrechten auf die Begründetheitsprüfung?

16 Der Obersatz ist außerdem anzupassen, wenn der Sachverhalt **unionsrechtliche Bezüge** aufweist (Recht auf Vergessen I und II, § 2 Rn. 18 ff.):

21 St. Rsp. BVerfGE 1, 418, 420 (Ahndungsgesetz [1952]); 18, 85, 92 (Spezifisches Verfassungsrecht [1964]); ferner *Meyer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 93, Rn. 119 ff.; *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 93, Rn. 54 ff.

22 Siehe *v. Coelln*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 93, Rn. 85.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

▶ Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der oder die Beschwerdeführer:in durch die angegriffene staatliche Maßnahme in seinen oder ihren Grundrechten verletzt ist. Neben den Grundrechten des Grundgesetzes können nach der Rechtsprechung des BVerfG auch die Grundrechte der EU-GRCh Prüfungsmaßstab sein. Liegt eine **vollständig unionsrechtlich determinierte Rechtsmaterie** vor, nimmt das BVerfG eine Prüfung (allein) am Maßstab der Grundrechte der EU-GRCh vor. In **gestaltungsoffenen Rechtsbereichen** bilden die Grundrechte des Grundgesetzes den Maßstab, es sei denn das Schutzniveau der EU-GRCh ist höher als das des Grundgesetzes. ◀

7. Wrap-Up: Prüfungsschema

17



Jurafuchs

Obersatz: Die Verfassungsbeschwerde wird Erfolg haben, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG
II. Beschwerdefähigkeit
III. Prozessfähigkeit
IV. Beschwerdegegenstand
V. Beschwerdebefugnis
  1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung
  2. Betroffenheit
VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität
VII. Form und Frist
VIII. Prozessvertretung
IX. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

B. Begründetheit

Obersatz:

bei Urteilsverfassungsbeschwerden: Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz, es überprüft gerichtliche Entscheidungen daher nur darauf, ob sie spezifisches Verfassungsrecht verletzen. Das ist der Fall, wenn eine Gerichtsentscheidung

(1) auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruht,

(2) verfassungs- und insbesondere grundrechtliche Wertungen bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts außer Acht lässt oder unter Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte zustande kommt, oder

(3) wenn die Entscheidung willkürlich ist.

Bei Fällen im Bereich der Grundrechte des Unionsrechts: Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der oder die Beschwerdeführer:in durch die angegriffene staatliche Maßnahme in seinen oder ihren Grundrechten verletzt ist. Neben den

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundrechten des Grundgesetzes können nach der Rechtsprechung des BVerfG auch die Grundrechte der EU-GRCh Prüfungsmaßstab sein. Liegt eine vollständig unionsrechtlich determinierte Rechtsmaterie vor, nimmt das BVerfG eine Prüfung (allein) am Maßstab der Grundrechte der EU-GRCh vor. In gestaltungsoffenen Rechtsbereichen bilden die Grundrechte des Grundgesetzes den Maßstab, es sei denn das Schutzniveau der EU-GRCh ist höher als das des Grundgesetzes.

In allen anderen Fällen: Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der oder die Beschwerdeführer:in durch die staatliche Maßnahme in eigenen Grundrechten verletzt ist.

C. Ergebnis

Weiterführende Hinweise

Geis/Thirmeyer, Grundfälle zur Verfassungsbeschwerde, Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG, JuS 2012, 316
Krüger, Die Anfängerklausur im Öffentlichen Recht. Beispiel: Verfassungsbeschwerde, JuS 2014, 790
Ebert, Grundwissen: Verfassungsbeschwerde, ZJS 2015, 485
Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 5. Auflage, 2020

II. Einstweiliger Rechtsschutz

18 Rechtsschutz kann nur dann effektiv sein, wenn er rechtzeitig gewährt wird. Oftmals ist es den Gerichten nicht möglich, vor Eintritt eines potenziell irreversiblen Zustands eine rechtskräftige Entscheidung zu treffen, etwa weil ein komplexer Sachverhalt zu ermitteln, Zeugen zu vernehmen und Sachverständige zu hören sind. Diesem Problem begegnet das Prozessrecht im Allgemeinen (etwa §§ 47 Abs. 6 VwGO, §§ 80 ff. VwGO und § 123 VwGO für den Verwaltungsprozess; §§ 920 ff. ZPO, § 935 ZPO und § 940 ZPO für den Zivilprozess) und auch das Verfassungsprozessrecht im Besonderen durch das Instrument des **einstweiligen Rechtsschutz**es.

19 Auf verfassungsprozessualer Ebene normiert § 32 Abs. 1 BVerfGG die Möglichkeit zum **Erlass einer einstweiligen Anordnung** durch das BVerfG. In der Ausbildung führt § 32 Abs. 1 BVerfGG ein Schattendasein – er ist nur selten Gegenstand einer Prüfung. In der Praxis hingegen kommt der verfassungsprozessualen einstweiligen Anordnung eine kaum zu überschätzende Bedeutung zu.[23] Gerade bei dynamischen Gefahrenlagen mit drohenden irreversiblen Folgen ist ein Antrag nach § 32 Abs. 1 BVerfGG die einzige Möglichkeit, um effektiven Rechtsschutz zu erlangen.

Besonders in der Corona-Pandemie musste der Staat auf das dynamische Infektionsgeschehen reagieren und erließ beinahe wöchentlich neue Regelungen. Ent-

23 So *Bäcker*, JuS 2013, 119.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprechend viele Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz haben das BVerfG in dieser Zeit erreicht.[24]

Der Prüfungsaufbau des § 32 Abs. 1 BVerfGG orientiert sich am Aufbau des jeweiligen Hauptsacheverfahrens: 20

Obersatz: Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz wird Erfolg haben, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

II. Statthaftigkeit des Antrags

§ 32 BVerfGG setzt einen „Streitfall" voraus. Als solcher kommen alle vor dem Bundesverfassungsgericht zulässigen Verfahrensarten in Betracht. Das Hauptsacheverfahren muss allerdings anhängig oder zumindest möglich sein.

III. Antragsberechtigung

Aus § 32 BVerfGG geht nicht hervor, wer antragsberechtigt ist. Es gilt daher: Wer im Hauptsacheverfahren antragsberechtigt ist, kann auch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stellen.

IV. Antragsbefugnis

Gem. § 32 BVerfGG kann eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund erlassen werden, wenn dies zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

V. Keine Vorwegnahme des Hauptverfahrens

Durch die einstweilige Anordnung dürfen grds. keine unabänderlichen Fakten geschaffen werden, weil dann das Hauptsacheverfahren (u.a. mit einer vollständigen und gründlichen Sachverhaltsermittlung) vorweggenommen und so der Rechtsschutz der Gegenseite verkürzt würde.

Ausnahmen: (1) Die Entscheidung in der Hauptsache würde zu spät ergehen **und** (2) der bzw. die Antragssteller:in kann nicht in anderer Weise ausreichenden Rechtsschutz erlangen **oder** dadurch würde ein irreversibler schwerwiegender Schaden für den bzw. die Antragssteller:in entstehen.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtschutzbedürfnis fehlt, wenn die Entscheidung in der Hauptsache rechtzeitig ergeht oder wenn der bzw. die Antragssteller:in durch andere zumutbare Maßnahmen sein bzw. ihr Ziel erreichen kann.

24 Siehe etwa BVerfG NJW 2020, 1426; BeckRS 2021, 12456.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VII. Form und Frist

Der Antrag muss schriftlich abgefasst und begründet werden, vgl. § 23 Abs. 1 BVerfGG. Eine Frist ist nicht zu wahren.

B. Begründetheit

Obersatz: Der Antrag ist begründet, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.

I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Das Hauptsacheverfahren darf nicht offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet sein.

II. Folgenabwägung (Doppelhypothese)

Die Nachteile des Ausbleibens einer Eilanordnung bei hypothetischem Erfolg in der Hauptsache und die Nachteile des Erlassens einer Eilanordnung bei hypothetischer Erfolglosigkeit in der Hauptsache werden gewichtet und gegeneinander abgewogen.

C. Ergebnis

◆ 21 Die Durchführung der Folgenabwägung im Wege der **Doppelhypothese** stellt eine Besonderheit des Antrags gem. § 32 BVerfGG dar.[25] Dabei geht es nicht um eine Erfolgsprognose des Hauptsacheverfahrens, sondern vielmehr um die Beurteilung der entstehenden Nachteile für den Fall, dass eine bzw. keine einstweilige Anordnung getroffen wird.

25 Ausführlich *Schneider*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG Kommentar, 2. Aufl. § 32, Rn. 70 ff.; ferner *Meickmann*, DÖV 2022, 137.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stichwortverzeichnis

Die Angaben verweisen auf die Pragrafen des Buches (**fette Zahlen**) sowie die Randnummern innerhalb der einzelnen Paragrafen (magere Zahlen).
Beispiel: Abhörvorrichtung **20** 30 = § 20 Rn. 30

Abhörvorrichtung **20** 30
Abschiebung **7** 37
Abstammung **19** 19, **24** 5
Abstandsgebot **17** 7
Abwägung **4** 37
Abwägungslehre **12** 37
Abwehrrecht **1** 28
Achtungsanspruch **7** 9, 21
Ad-Busting **11** 8
Administrativenteignung **15** 18
Adressatentheorie **21** 26
Alexy, Robert **1** 50
Alimentationsprinzip **16** 35
Allgemeine Erklärung der Menschenrechte **6** 5
Allgemeine Grundrechtslehren 1 ff.
Allgemeine Handlungsfreiheit **21** 2 ff.
– Auffanggrundrecht **21** 20
– Schrankentrias **21** 12
– Verfassungsmäßige Ordnung **21** 13
Allgemeiner Gleichheitssatz **23** 1 ff.
Allgemeiner Justizgewährleistungsanspruch **25** 35
Allgemeines Gesetz **12** 37 ff.
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz **22** 21
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) **3** 43
Allgemeines Persönlichkeitsrecht **19** 2 ff.
– Darstellung der Person in der Öffentlichkeit **19** 15
– Recht auf informationelle Selbstbestimmung **19** 23 ff.
– Schutz der engeren Lebensgestaltung **19** 18
– Sphärentheorie **19** 10 ff.
Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis **27** 13
Analogieverbot **25** 24
Anerkennungstheorie **7** 5
Angemessenheit **4** 37 f.
Anknüpfungsverbot **24** 15
Anschauung, politische **24** 10
Anspruch auf rechtliche Gehör **25** 19 ff.
Anstalt **3** 9
Anwendungsvorrang **2** 4
Äquidistanz **10** 46
Arbeit, Recht auf **14** 12
Arbeitgeberverband **16** 20
Arbeitnehmerfreizügigkeit **2** 7
Arbeitsplatz **14** 9
Arbeitszwang **14** 46
Asylrecht **18** 24 ff.
Asylsystem, europäisches **18** 52
Aufenthalt **18** 17
Auffanggrundrecht **21** 20
Aufopferungsanspruch **15** 43
Ausbildungsstätte **14** 9
Ausgangssperre **18** 11
Ausgestaltungsauftrag **1** 31
Auskunftsanspruch, pressespezifischer **12** 20
Auslegung
– europarechtskonform **3** 26
– kunstfreundliche **11** 14
– verfassungskonforme **5** 8
– völkerrechtskonforme **2** 2, **5** 10
Auslieferung **7** 30, **18** 40
Auslieferungsverbot **18** 38
Ausreise **18** 47, **21** 23
Aussperrung **16** 22
Ausstrahlungswirkung **1** 41, **3** 30
Autonome Selbstbestimmung **19** 6

Bahnhofsapotheken-Entscheidung **23** 28 ff.
Begegnungsgemeinschaft **17** 18
Beherrschungskriterium **3** 9
Behinderung **24** 12 ff.
Beitragspflicht **16** 34
Beitritt, Recht zum **16** 8
Bekenntnisfreiheit **10** 8

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beliehene **3** 9
Benachrichtigungspflicht **18** 14
Beruf **14** 3
Berufsausübung **14** 7
Berufsbeamtentum, hergebrachte Grundsätze **16** 35
Berufsfreiheit **14** 2 ff.
– Berufsausübung **14** 7
– Berufsbilder **14** 4, 17 ff.
– Berufswahl **14** 7
– Drei-Stufen-Theorie **14** 15 ff.
– negative **14** 8
– objektiv berufsregelnde Tendenz **14** 13 f.
Berufswahl **14** 7
Beschleunigungsgebot **18** 10, **25** 49
Beschwerdebefugnis **27** 9
Beschwerdefähigkeit **27** 6
Beschwerdegegenstand **27** 8
Besitz **20** 22
Besondere Gleichheitssätze **24** 1
Bestandsgarantie **12** 31
Bestandsschutz **15** 10
Bestenauslese **24** 32
Bestimmtheitsgebot **4** 27, **25** 24
Betriebs- und Geschäftsraum **20** 26
Betriebsverhältnis **3** 15
Beurteilungsspielraum **25** 12
Beweisverwertungsverbot **18** 37, **20** 51
Bierdosen-Flashmob **13** 12
Bild, Recht am eigenen **19** 16
Bildung, Recht auf **14** 49, **21** 30
Bill of Rights **1** 7
BND-Urteil **3** 3 ff.
Böhmermann-Affäre **11** 39
Boykott **3** 31, **12** 7
Bremer Klausel **10** 56
Briefgeheimnis **20** 4
Bundesverfassungsgericht **26** 1 ff.
Bürger(grund)recht **3** 12

Caroline-Entscheidungen **12** 63 ff.
Chancengleichheit **22** 4
Charta der Vereinten Nationen **6** 4
Chilling effect **19** 30
Climate change litigation **9** 24

Computer-Grundrecht **19** 23 ff.
Corona-Pandemie **21** 7
– Ausgangssperre **18** 11
– Einstweiliger Rechtsschutz **27** 19
– Home Office **20** 27
– Impfpflicht **9** 17
– Triage **7** 10

Darstellung der Person in der Öffentlichkeit **19** 15
Daschner, Wolfgang **7** 13
Daten, personenbezogene **19** 29, 43
Datenschutz-Grundverordnung **19** 42
Demokratie, wehrhafte **5** 22, **16** 12
Derogation **1** 21
Deutsche Bundesakte **1** 11
Deutschen(grund)recht **3** 12
Dienstleistungsfreiheit **2** 7
Digitalisierung **12** 58 ff., **19** 24
Digital Services Akt **12** 62
Diskriminierung **24** 2, 43
– Merkmale **24** 2
Diskriminierung, umgekehrte **24** 48
Diskriminierungsverbot **24** 3, 50
Disziplinarkammer **25** 39
Doppelbestrafung, Verbot der **25** 28
Doppelgrundrecht **10** 4, **16** 2, 18
Doppelhypothese **27** 21
Drei-Stufen-Theorie **14** 15 ff.
– Berufsausübungsregelung **14** 16
– Objektive Berufswahlregelung **14** 16
– subjektive Berufswahlregelung **14** 16
Drittwirkung **1** 41, **3** 29
– mittelbar **3** 29 ff.
– unmittelbar **3** 29
– unmittelbare **16** 25
Druckerzeugnis **12** 17
Dualistisches System **12** 31
Dublin-Verfahren **18** 52
Dulde und liquidiere **15** 34
Durchsuchung **20** 34 ff.
Dürig, Günter **7** 9
Déclaration des droit de l'homme et du citoye **1** 10

Effet utile **2** 4, **25** 51
Ehe **17** 4
– gleichgeschlechtliche Ehe **17** 7 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– Strukturprinzipien **17** 5 f.
Ehre, Recht auf persönliche **19** 16
Eigenleistung **15** 7
Eigentum **15** 3
Eigentum, geistiges **15** 46
Eigentumsentziehung **15** 48
Eigentumsfreiheit **15** 2 ff.
– Enteignung **15** 18 ff.
– Inhalts- und Schrankbestimmung **15** 15 ff.
Eilrechtsschutz **25** 5
Eilversammlung **13** 20
Eingriffsbegriff
– klassischer **8** 9
– moderner **8** 10
Einrichtungsgarantie **4** 42 f.
Einschätzungsprärogative **4** 34, **5** 11, **23** 11
Einstweiliger Rechtsschutz **27** 18 ff.
– Doppelhypothese **27** 21
Einzelermächtigung, Prinzip der begrenzten **2** 3
Einzelfallgesetz, Verbot **4** 21 f.
Elfes-Entscheidung **21** 22 ff.
Elfes-Konstruktion **4** 20, **21** 26
Elternrecht **17** 28 ff.
Elternverantwortung **17** 28 f.
Enteignender Eingriff **15** 45
Enteignung **15** 18 ff.
Enteignungsgleicher Eingriff **15** 45
Entschädigungspflicht **15** 26
Erbrecht **15** 8
Erforderlichkeit **4** 35 f.
Ermöglichungsfunktion **1** 32, **4** 42
Erscheinungs- und Anwesenheitspflichten **18** 5
Erwerbsaussicht **15** 10
Erwerbsschutz **15** 10
Erziehungspflicht **17** 28 f.
Esra-Entscheidung **11** 22 ff.
EU-Bürger:in **3** 25 ff.
Europäische Gerichtshof für Menschenrechte **26** 9 ff.
Europäische Grundrechtecharta (EU-GRCh) **1** 19, **2** 1
Europäische Mehrebenensystem **2** 1
Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) **1** 19, **2** 1
Europäischer Haftbefehl **18** 40
Europarat **1** 19
Evidenzprüfung **23** 20
Evidenz- und Vertretbarkeitskontrolle **4** 34
Ewigkeitsklausel **2** 14, **5** 19, **6** 3
Existenzminimum, menschenwürdiges **7** 31 ff.
Existenzminimum, ökologisches **1** 43

Faires Verfahren **18** 45, **25** 19
Fake news **12** 58
Familie **17** 16
Familienleben **17** 38
Fernmeldegeheimnis **20** 6
Fernsehrundfunk **12** 28
Film **12** 34
Filmfreiheit **12** 33 ff.
Filterblasen **12** 60
Fiskalverwaltung **3** 9
Folgerichtigkeit **23** 35
Folterverbot **7** 36
Forderung **15** 4
Formalbeleidigung **12** 47
Forschung **11** 28
Fortbewegungsfreiheit, körperliche **18** 3
Fraport-Entscheidung **13** 23 ff.
Frauenquote **24** 19
Frauenwahlrecht **24** 23
Freie Presse **12** 22
Freiheit der Person **18** 2 ff.
Freiheitlich demokratische Grundordnung **16** 14
Freiheitsbeschränkung **18** 7
Freiheitsentziehung **18** 7
Freiheitsrechte **8** 2 ff.
Freispruch **25** 37
Freizügigkeit **18** 17 ff.
– Einreise **18** 18
– negative **18** 18
Friedlichkeitsvorbehalt **5** 12, **13** 9
Fürsorge **17** 29

G20-Gipfel **13** 33
Gedankenfreiheit **10** 64

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Geeignetheit **4** 33 f.
Gefährderansprache **13** 14
Gefahrenabwehr **20** 42
Gegendarstellung, Recht auf **19** 17
Gegendemonstration **13** 12
Gelebte Gemeinschaft **17** 3
Gemischtwirtschaftliches Unternehmen **3** 9, 19, **13** 24
Generalklausel **1** 41, **3** 33
Generalklausel, polizeiliche **20** 44
Generationengerechtigkeit **1** 48
Genfer Flüchtlingskonvention **18** 25
Gerechtigkeit **22** 19, **25** 37
Gerichtshof der Europäischen Union **26** 6 ff.
Geschlecht **24** 4
Gesetzesvorbehalt **4** 4
– einfacher **4** 6
– qualifizierter **4** 6
Gesinnungsrecht **21** 16
Gestaltungsoffener Bereich **2** 22
Gestaltungsspielraum **2** 19
Gewährleistungsgehalt **25** 3
Gewalt, öffentliche **25** 9
Gewaltverhältnis, besonderes **3** 14
Gewerbebetrieb, eingerichteter und ausgeübter **15** 6
Gewerkschaft **16** 20
Gewinnchance **15** 10
Gewissen **10** 34
Gewissensfreiheit **10** 34 ff.
Glauben **24** 11
Glaubensausübung **10** 8
Glaubensfreiheit **10** 2 ff.
– forum externum **10** 8
– forum internum **10** 8
– negative **10** 11 f.
Glaubensfreiheit, korporative **10** 4
Glaubensgemeinschaft **3** 9, **10** 26 ff.
Gleichberechtigung **24** 23
Gleichgeschlechtliche Ehe
– Ehe **17** 7 ff.
Gleichheit
– absolute **22** 18
– Chancengleichheit **22** 18
– Ergebnisgleichheit **22** 18
– Gleiche Freiheit **22** 4
– relative **22** 18
Gleichheitsrecht **22** 2 ff.
Görgülü-Entscheidung **17** 21 ff.
Grundfreiheiten, europäische **2** 7, **14** 56
Grundrecht
– Adressat **3** 1 ff.
– Berechtigter **3** 10 ff.
– Entwicklung **1** 2 ff.
– Europäische Mehrebenensystem **2** 1 ff.
– Funktionen **1** 23 ff.
– Konkurrenz **5** 1 ff.
– Schranke **4** 1 ff.
– Schranken-Schranke **4** 19 ff.
Grundrechtsadressat **3** 1 ff.
Grundrechtsberechtigter **3** 10 ff.
Grundrechtseingriff **4** 2
Grundrechtsfunktion **1** 23
– Abwehrrecht **1** 28
– Ausgestaltungsauftrag **1** 31
– Ausstrahlungswirkung **1** 41
– Leistungsrecht **1** 29 f.
– Organisation und Verfahren **1** 38 ff.
– Schutzpflicht **1** 35
Grundrechtsgehalt
– objektiv-rechtlich **1** 24 ff.
– subjektiv-rechtlich **1** 24 ff.
Grundrechtsgleiches Recht **18** 36, **25** 3
Grundrechtskatalog
– EMRK **1** 19
– EU-GRCh **1** 19
– GG **1** 19
Grundrechtskonkurrenz **5** 1 ff.
Grundrechtsmündigkeit **3** 14, **10** 3
Grundrechtstypische Gefährdungslage **3** 22
Grundrechtsverletzung **4** 2
Grundrechtsverwirkung **5** 24
Grundrechtsverzicht **5** 6, **7** 21
Gründungsfreiheit **16** 8
Grundverhältnis **3** 15
Güterbeschaffungsvorgang **15** 18

Habeas Corpus Akt **1** 7, **18** 3
Haftbedingung **7** 37
Hambacher Forst **13** 35
Hamburger Deichordnungsgesetz-Entscheidung **15** 35 ff.
Handwerkskammer **16** 20

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Härtefallklausel **23** 27
Hartz IV **7** 31
Hate speech **12** 58
Hausgemeinschaft **17** 18
Hausrecht **13** 23
Heileingriff **9** 7
Heimat **24** 8
Heimat, Recht auf **18** 18
Heimatrecht **24** 30
Herkunft **24** 9
Hertel-Entscheidung **11** 51
Hesse, Konrad **4** 15
Hirntod **9** 6
Hochschulautonomie **1** 40, **11** 29
Hoheitsgewalt **3** 9
Hörfalle **20** 10
Hörfunk **12** 28

Idealkonkurrenz **5** 3
Identität **23** 7
Identitätskontrolle **2** 14
Impfpflicht **9** 7, 17
Indigenat **24** 30
Individualkommunikation **12** 17
Industrie- und Handelskammer **16** 32
Information, Anspruch auf **12** 14
Informationsbeschaffung durch technische Hilfsmittel **20** 37 ff.
Informationsfreiheit **12** 12 ff.
Informationshandeln, staatliches **14** 28
Informationsquelle **12** 13
Inhalts- und Schrankbestimmung **15** 15 ff.
Inhalts- und Schrankenbestimmung, ausgleichspflichtig **15** 23
Inkommensurabilität **4** 38
Inländerdiskriminierung **14** 57, **24** 48
Institutionelle Garantie **1** 40, **4** 42
Institutsgarantie **4** 42
Integrationsprozess **2** 12
Integrationsverantwortung **2** 23
Intertemporale Freiheitssicherung **1** 45 f.
Intimsphäre **19** 11

Jellinek, Georg **1** 23
Judicial (self-)restraint **5** 14
Junktimklausel **15** 26
Juristische Person **3** 16 ff.
– EU-ausländische **3** 27 f.
Justizgrundrecht **25** 2
Justizreform **25** 39

Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit **2** 7
Kennzeichenkontrolle, automatisierte **19** 29
Kinderrecht **17** 30, 45
Klassischer Eingriffsbegriff **8** 9
Klassismus **24** 9
Klimaschutzgesetz-Entscheidung **1** 42 ff.
Klimaschutzklagen **9** 24
Koalitionsfreiheit **16** 18 ff.
– Gegnerfreiheit **16** 21
– Gegnerunabhängigkeit **16** 21
– kollektive **16** 18
– negative **16** 23
– Tariffähigkeit **16** 21
Kollektivausweisung **18** 50
Kollektivbeleidigung **12** 48
Kollidierendes Verfassungsrecht **4** 10
Kombinationslehre **12** 37
Kommunikation, individuelle **20** 3
Kommunikationsdaten **20** 9
Kommunikationsgrundrecht **12** 2 ff.
Kompetenzausübungsschranke **2** 3
Konfusionsargument **3** 18, 29
Konkurrentenklage **25** 34
Kontraktionszwang **3** 39
Kooperationsverhältnis **2** 1
Kopftuch-Entscheidungen **10** 47 ff.
Körperliche Unversehrtheit **9** 7
Körperschaft **3** 9, **10** 5
Körperschaftsstatus **10** 30 ff.
Korrespondenz **20** 57 ff.
Kriegsdienstverweigerung **10** 37
Kruzifix-Entscheidung **10** 20 ff.
Kulturstaatlichkeit **11** 11
Künast, Renate **12** 46
Kündigungsfrist **23** 10
Kunst **11** 2
Kunstbegriff
– formaler **11** 5
– materieller **11** 5

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– offener **11** 5
Kunstfreiheit **11** 2 ff.
Kunstrichtertum, staatliches **11** 11

Landeskinderbonus **24** 30
Landesverfassung **1** 21
Laserdrome **7** 21
Lauschangriff, großer **20** 39 ff.
Lauschangriff, kleiner **20** 43
Laïcité **10** 42
Leben **9** 4
Lebensgestaltung, Schutz der engeren **19** 18
Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde (LER) **10** 56
Lebenslange Freiheitsstrafe **7** 28, **18** 8
Lebenspartnerschaft, eingetragene **17** 6
Lebens- und Erziehungsgemeinschaft **17** 15
Legalenteignung **15** 18
Lehre **11** 28
Leistungsrecht, derivatives **1** 29
Leistungsrecht, originäres **1** 30
Leistungstheorie **7** 5
Lissabon-Entscheidung **2** 14
Luftsicherheitsgesetz **7** 13
Lüth-Entscheidung **3** 31

Magna Carta Libertatum **1** 7
Margin of appreciation **5** 15
Masernimpfpflicht **9** 17
Massenkommunikation **12** 13, **20** 6
Maßnahmegesetz **4** 21
Mauerschützenprozess **25** 27
Medienfreiheit **12** 74
Medienprivileg **2** 17
Mehrehe **17** 4
Meinung **12** 5
Meinungsfreiheit **12** 3 ff.
– negative **12** 8
Menschenrecht **3** 11
Menschenwürde **6** 2
Mephisto-Entscheidung **11** 16 ff.
Mietpreisbindung **15** 49
Minderheitenschutz **27** 2
Mindestlohn **16** 26, 28
Misshandlungsverbot **18** 37
Mitgifttheorie **7** 5
Mittelbar-faktische Beeinträchtigung **8** 10, **14** 31
Moderner Eingriffsbegriff **8** 10
Mutterschutz **17** 33 ff.

Nachrichtendienst **20** 7
Namen, Recht am eigenen **19** 18
Nasciturus **3** 14, **9** 6
Nassauskiesungs-Entscheidung **15** 31 ff.
Nationalsozialismus **1** 15
Ne bis in idem **25** 28 ff.
Netzwerkdurchsetzungsgesetz **12** 60
neue Formel **23** 22
neuste Formel **23** 24
Neutralität **10** 44
Neutralitätspflicht **12** 23, 29, 34
Nidation **7** 3, **9** 6
Niederlassungsfreiheit **2** 7, **3** 28
Normgeprägtes Grundrecht **4** 44 ff.
Normklarheit **4** 27
Normprägung **4** 42
Notstandsverfassung **1** 18
Notstandsvorbehalt **18** 20
Nulla poena sine lege **25** 23 ff.
Nürnberger Gesetze **1** 15

Objektformel **7** 9
Online-Durchsuchung **19** 24, **20** 48 ff.
Optimierungsgebot **1** 50
Organisation **1** 39
Overblocking **12** 60

Pareto-Maßstab **4** 35
Parität **10** 45
Parlamentarische Rat **1** 17
Parlamentsgesetz **4** 11
Parlamentsvorbehalt **4** 26
Partei **16** 4, 41
Parteienprivileg **5** 23
Parteiverbot **5** 23, **16** 40
Patchwork-Familie **17** 17
Paulskirchenverfassung **1** 12
Peepshow **7** 21
Person
– natürliche **3** 10

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Personales Substrat **3** 23
Personenverkehrsfreiheit **2** 7
Persönlichkeitsschutz
– postmortaler **7** 4
Petitionsrecht **25** 41 ff.
Pfandrecht **15** 4
Pflege **17** 29
Pflichtmitgliedschaft **16** 32
Podcast **12** 28
Polizeigewalt **7** 37
Popper, Karl **5** 21
Postgeheimnis **20** 5
Postmortaler Persönlichkeitsschutz **7** 4, **19** 4
Potentialität **16** 15
Präklusionsvorschrift **25** 22
Praktische Konkordanz **4** 10, 15
Prangerwirkung **14** 30
Pressefreiheit **12** 16 ff.
– Freie Presse **12** 22
– negative **12** 19
Prinzipientheorie **1** 50
Privatautonomie **21** 27
Privatleben **19** 34
Privatsphäre **19** 12
Privatsphäre, Schutz der **20** 2 ff.
Privatwohnung **20** 25
Protestcamp **13** 32 ff.
Prozessfähigkeit **27** 7
Prozesskostenhilfe **25** 51
Prozessvertretung **27** 12
Prüfungsmaßstab
– gestaltungsoffener Bereich **2** 19
– volldeterminierter Bereich **2** 19
Psychische Integrität **9** 8
Puigdemont, Carles **18** 39

Quellen-Telekommunikationsüberwachung **20** 48

Racial profiling **22** 20
Radbruch'sche Formel **25** 27
Rasse **24** 6
Recht
– absolutes **7** 11 f.
– grundrechtsgleiches **18** 36, **25** 3
– individuelles **1** 2
– relatives **15** 4
– subjektives **4** 1, **6** 6
– subjektiv-öffentliches **25** 7
Recht auf den gesetzlichen Richter **25** 15 ff.
Recht auf Vergessen-Entscheidungen **2** 15 ff.
Rechtliche Relevanz **23** 15 ff.
Rechtsanwendungsgleichheit **23** 34
Rechtsdurchsetzung 1 ff.
Rechtsschutz **25** 5
– Einstweiliger Rechtsschutz **27** 18 ff.
Rechtsschutzgarantie **25** 4 ff.
Rechtssetzungsgleichheit **23** 35
Rechtsstaatlichkeit **25** 38
Rechtswegerschöpfung **27** 10
Reichsverfassung **1** 13
Religion **10** 6
Religionsunterricht **10** 54 ff.
Reproduktive Autonomie **19** 18
Reservekontrolle **2** 9
Resozialisierung **7** 28
Resozialisierungsgebot **19** 20
Rettungsfolter 7 14 ff.
Rettungsschuss, finaler **9** 11
Richtervorbehalt **18** 13, **20** 13, 35
Rubrum **26** 3
Rücklieferung **18** 40
Rückwirkung **4** 28 f.
Rückwirkungsverbot **25** 24
Rundfunk **12** 28
Rundfunkanstalt **12** 27
Rundfunkfreiheit **12** 27 ff.

Sacheigentum **15** 4
Sampling **11** 10, 48
Satire **11** 40 ff.
Scalia, Antonin **4** 38
Schächten **10** 62
Scheinehe **17** 4
Schlink, Bernhard **4** 38
Schmähkritik **11** 39, **12** 47
Schockwerbung **7** 23 f.
Schranke **4** 3
Schrankenleihe **4** 17, **10** 15
Schranken-Schranke **4** 3, 19 ff.
Schulaufsicht **10** 54

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schuldprinzip, strafrechtliches **7** 27
Schutzbereich **8** 4 ff.
Schutzbereichsbegrenzung **16** 13, **18** 25
Schutzbereichsverstärkung **5** 4
Schutznormlehre **25** 7
Schutzpflicht **1** 35
Schwangerschaftsabbruch **1** 36, **7** 3, 22
Selbert, Elisabeth **24** 24
Selbstbestimmung, Recht auf informationelle **19** 23 ff.
Selbstbestimmung, sexuelle **19** 18
Selbstbezichtigung, Schutz vor **19** 5
Selbstbindung, staatliche **23** 34
Self-serving bias **22** 19
Sexuelle Identität **24** 4
Sexuelle Orientierung **19** 18, **24** 4
Sicherer Drittstaat **18** 25
Sicherer Herkunftsstaat **18** 30
Sicherungsverwahrung **7** 29
Sicherungsverwahrung, nachträgliche **18** 9
Sippenhaft **24** 5
Sittengesetz **21** 15
Sitz **3** 20
Sklaverei **7** 38
Solange I-Beschluss **2** 10
Solange II-Beschluss **2** 12
Solange-Vorbehalt **2** 10 ff.
Sonderopfertheorie **15** 32
Sonderrechtslehre **12** 37
Sonderstatusverhältnis **3** 15
Sondervotum **1** 39, **11** 21
Soziale Netzwerke **12** 59
Sozialisierung **15** 41
Sozialpflichtigkeit **15** 20
Sozialsphäre **19** 12
Sozialversicherungssystem **1** 49
Spezialität **5** 3
Spezifische Konstellation **3** 40
Sphärentheorie **19** 10 ff.
– Intimsphäre **19** 11
– Privatsphäre **19** 12
– Sozialsphäre **19** 12
Spontanversammlung **13** 20
Sprache **24** 7
Staatenlose:r **18** 24
Staatsangehörigkeit **3** 11
Staatsbürgerschaft **18** 38
Staatsgewalt, deutsche **3** 1
Staatshaftungsrecht **15** 43
Staatsleitung **14** 32
Staatsunternehmen **3** 19
Staatsverschuldung **1** 49
Staatsverwaltung, mittelbar **3** 9
Stadionverbots-Entscheidung **3** 37
Statuslehre
– status activus **1** 23
– status negativus **1** 23
– status positivus **1** 23
Sterbehilfe, geschäftsmäßige **7** 35
Sterbehilfe, gewerbsmäßige **9** 15, **19** 22
Sterben, Recht auf **19** 21
Sterben, selbstbestimmtes **7** 35, **9** 5
Steuerpflicht **15** 5
Stiftung **3** 9
Stilleschutz **10** 42
Strafbarkeit **25** 25
Strafklageverbrauch **25** 29
Strafprozessrecht **20** 51
Strafverfolgung **20** 39
Streik **16** 22
Streikverbot **16** 35
Subsidiarität **5** 3
Subsidiaritätsgrundsatz **27** 10
Suizid **9** 15
Sukzessivadoption **17** 8
Superrevisionsinstanz **27** 15
Supranationale Grundrechtsgewährleistung **1** 20
Systemgerechtigkeit **23** 35

Tarifautonomie **16** 26
Tarifvertragsgesetz **16** 31
Tatsachenbehauptung **12** 6
Teilhaberecht **1** 29
Telekommunikationsüberwachung, strategische **3** 3
Tendenzschutz **12** 19, 29, 34
Tenor **26** 3
Territorialitätsprinzip **3** 4
Testierfreiheit **15** 8

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Todesstrafe **9** 10
Toleranz, Paradox der **5** 21
Trennungsthese **2** 18
Treueklausel **11** 31
Treuepflicht **16** 35
Triage **7** 10
Typisierung **23** 27

Übermaßverbot **4** 30
Überwachungsmaßnahme, heimliche **19** 32
Ultra-vires-Kontrolle **2** 9
Unabhängigkeit, richterliche **25** 38
UN-Antifolterkonvention **7** 36
Unfriedliche Grundrechtswahrnehmung **5** 11
Unfriedliche Kunst **11** 8 ff.
Ungleichbehandlung **24** 3
Unrecht, legislatives **25** 9
Unschuldsvermutung **18** 10, **25** 49
Unterhaltungsjournalismus **12** 17
Unterhaltungsveranstaltung **13** 8
Unternehmen, Recht am **15** 6
Untersuchungshaft **18** 10
Urheberrecht **15** 4
Urteilsverfassungsbeschwerde **27** 15

Vaterschaftsfeststellungsverfahren **19** 19
Verbraucherwarnung **14** 29
Verdienstmöglichkeit **15** 10
Verdrängungswettbewerb **14** 45
Vereinigung **16** 5
Vereinigungsfreiheit **16** 2 ff.
– kollektive **16** 8
– negative **16** 9
Vereinigungsverbot **16** 10
Verfahren **1** 38
Verfahrenshindernis **25** 29
Verfassungsbeschwerde **27** 1 ff.
– Begründetheit **27** 14 ff.
– Urteilsverfassungsbeschwerde **27** 15
– Zulässigkeit **27** 5 ff.
Verfassungsimmanente Schranke **4** 4, 10
Verfassungskonforme Auslegung **5** 8
Verfassungsschutz, präventiver **5** 22
Verfassungswandel, Lehre vom **1** 6, **12** 18
Verfassungswidriges Verfassungsrecht **5** 16 ff.
Verfolgung **18** 27
Vergesellschaftung **15** 41
Vergessen, Recht auf **19** 26
Vergleich **23** 7
Vergleichsgruppenbildung **23** 4
– Ausgangsgruppe **23** 9
– gemeinsamer Oberbegriff **23** 8, 10
– Referenzgruppe **23** 9
Verhältnismäßigkeit, Grundsatz **4** 30 ff.
Vermögen **15** 5
Versammlung **13** 4 ff.
Versammlungsauflösung **13** 12
Versammlungsfreiheit **13** 2 ff.
– Anmelde- und Erlaubnispflicht **13** 13
– Dauerkundgebung **13** 32
– negative **13** 10
– Vorbereitungsmaßnahme **13** 11
Versammlungsgesetz **13** 19
Versammlungsverbot **13** 12
Vertragsfreiheit **21** 27 ff.
Vertrauensschutz **4** 28, **15** 22, **25** 37
Virginia Bill of Rights **1** 8
Völkerrechtskonforme (völkerrechtsfreundliche) Auslegung **5** 10
Völkerrechtskonforme Auslegung **2** 2
Volkszählung **19** 23
Volldeterminierter Bereich **2** 21
Vorbehalt des Gesetzes **4** 5, 26, **12** 41, **25** 24
Vorbehaltloses Grundrecht **4** 7
Vorkaufsrecht **15** 4
Vorlagepflicht, unionsrechtliche **25** 18
Vorratsdatenspeicherung **20** 52 ff.
Vulnerable Gruppe **24** 21

Wächteramt, staatliches **17** 28
Waffengleichheit, prozessuale **25** 19
Warenverkehrsfreiheit **2** 7
Wechselwirkungslehre **3** 36, **12** 43 f.
Wehrhafte Demokratie **5** 21
Wehrpflicht **10** 2, **14** 48
Weimarer Kirchenartikel **10** 17 ff.
Weimarer Rechtsverfassung **1** 14
Weltanschauung **10** 6
Werkbereich **11** 7

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wertordnung, objektive **1** 24 f., **3** 32
Werturteil **12** 6
Wesensgehaltsgarantie **4** 25
Wesensgemäße Anwendbarkeit **3** 22
Wesentlichkeitstheorie **4** 26, **10** 48
Wettbewerbsfreiheit **14** 44
Widerstandsrecht **5** 25
Wiederaufnahme **25** 36
Willkürformel **23** 20
Willkürverbot, objektives **23** 3
Wirkbereich **11** 7
Wirtschaftsordnung, freiheitliche **14** 39, **15** 40
Wirtschaftswerbung **14** 43
Wissenschaft **11** 27
Wissenschaftsfreiheit **11** 26 ff.
Wohnsitz **18** 17
Wohnung
– Betriebs- und Geschäftsraum **20** 26
– Privatwohnung **20** 25
Wort, Recht am eigenen **19** 16
Wunsiedel-Beschluss **12** 38 ff.
Würde **6** 2 ff.

Zensurverbot **12** 51 f.
Zitiergebot **4** 23 f.
Zivilklausel **11** 44
Zwangsarbeit **14** 46
Zwangsbehandlung. medizinische **9** 13 ff.
Zwangsehe **17** 4
Zwangsprostitution **7** 38
Zwangsvereinigung **16** 32
Zweck, legitimer **4** 32
Zweck-Mittel-Relation **4** 37
Zwergenweitwurf **7** 21

https://doi.org/10.5771/9783748911197 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -