

# Grundrechte



# **Grundrechte**

**sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde**

**von**

**Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt**

**Hochschule für Angewandte Wissenschaften  
Hamburg**

**13. Auflage 2011**

Schmidt, Rolf: Grundrechte (sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde)  
Am Aufbau von Klausuren orientierte Studienliteratur im Öffentlichen Recht  
13. völlig neu bearbeitete und aktualisierte Auflage – Grasberg bei Bremen 2011  
ISBN 978-3-86651-088-3; Preis 21,50 EUR

© Copyright 2011: Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen und Prüfungsschemata, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur partieller Verwertung, dem Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH vorbehalten. Zuwiderhandlungen sind strafbar.

Autor: Prof. Dr. Rolf Schmidt c/o Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH

Druck: Druckhaus Pinkvoss GmbH, 30519 Hannover

Verlag: Dr. Rolf Schmidt GmbH, Wörpedorfer Ring 40, 28879 Grasberg bei Bremen  
Tel. (04208) 895 299; Fax (04208) 895 308; [www.verlag-rolf-schmidt.de](http://www.verlag-rolf-schmidt.de)  
E-Mail: [info@verlag-rolf-schmidt.de](mailto:info@verlag-rolf-schmidt.de)

Für Verbraucher erfolgt der deutschlandweite Bezug über den Verlag versandkostenfrei.

## Vorwort

Die stetige Nachfrage nach dem Lehrbuch zu den Grundrechten und den Grundzügen der Verfassungsbeschwerde ist eine erfreuliche Bestätigung dafür, dass die vom Autor vorgenommene Kombination von deduktiver und induktiver Lernmethode den Bedürfnissen der Studierenden gerecht wird. Zahlreiche Rückmeldungen aus dem Leserkreis haben dies bestätigt.

Die konzeptionelle Besonderheit des Buches besteht darin, dass in den jeweiligen Abschnitten der Stoff zunächst abstrakt erläutert und danach anhand von Beispielfällen konkretisiert wird. Dadurch erhält der Leser nicht nur das notwendige materiell-rechtliche Wissen, sondern auch die Befähigung, das Erlernte im Rahmen einer Prüfungsarbeit gutachterlich umzusetzen. Weiteres Merkmal der Darstellung ist, dass komplexe Rechtsfragen nicht auf ein unzulässiges Maß reduziert oder gar übergangen werden, nur um eine (nicht gegebene) Einfachheit zu suggerieren, sondern dass der Stoff mit Bezug auf den Aufbau von Klausuren so aufbereitet wird, dass der Leser einen Einblick in die tatsächlichen Erwartungen bei Prüfungsarbeiten erhält.

Dem entspricht der Umfang des dargebotenen Stoffes, der sich aus der Kombination von lehrbuchartiger Darstellung, zahlreichen Beispiels- und Übungsfällen sowie Zusammenfassungen, Prüfungsschemata, hervorgehobenen Lerndefinitionen und Klausurhinweisen ergibt. Dadurch werden sowohl das Lernen im Grundstudium als auch die Examensvorbereitung deutlich erleichtert.

Mein Mitarbeiter, Herr Marc Bieber, hat zuverlässig Korrektur gelesen. Dafür danke ich ihm sehr herzlich.

Kritik und Verbesserungsvorschläge sind weiterhin willkommen und werden unter *rs@jura-institut.de* erbeten.

Hamburg, im August 2011

*Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt*

# Inhaltsverzeichnis

|  |          |
|--|----------|
| <b>1. Teil – Allgemeine Grundrechtslehren</b> .....                          | <b>1</b> |
| <b>A. Menschenrechte, Bürgerrechte, Grundrechte</b> .....                    | <b>3</b> |
| <b>B. Stellung der Grundrechte in der Rechtsordnung</b> .....                | <b>3</b> |
| I. Verhältnis zu den Grundrechten der Landesverfassungen .....               | 3        |
| II. Verhältnis zum Völkerrecht/zur EMRK .....                                | 3        |
| III. Verhältnis zum Recht der Europäischen Union.....                        | 5        |
| <b>C. Allgemeine Grundrechtslehren (Grundrechtsfunktionen)</b> .....         | <b>7</b> |
| I. Die subjektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte .....                | 7        |
| 1. Grundrechte als Abwehrrechte ( <i>status negativus</i> ).....             | 7        |
| 2. Grundrechte als Leistungsrechte ( <i>status positivus</i> ) .....         | 8        |
| 3. Grundrechte als Gleichheitsrechte.....                                    | 12       |
| 4. Grundrechte als Mitwirkungsrechte ( <i>status activus</i> ) .....         | 13       |
| II. Die objektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte .....                | 13       |
| 1. Staatliche Schutzpflicht (insb. Schutz vor dem Verhalten Dritter) .....   | 14       |
| 2. Ausstrahlungswirkung (Drittwirkung) .....                                 | 14       |
| 3. Verwaltungsprivatrecht und Fiskalverwaltung .....                         | 15       |
| 4. Einrichtungsgarantien .....   | 16       |
| III. Grundrechte als Maßstab für Auslegung und Gestaltung des Rechts .....   | 17       |
| IV. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren .....                 | 18       |
| V. Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsmündigkeit .....                      | 20       |
| 1. Grundrechtsfähigkeit natürlicher Personen .....                           | 20       |
| 2. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts.....          | 25       |
| 3. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentl. Rechts.....       | 29       |
| 4. Sonderfall gemischtwirtschaftliche Unternehmen .....                      | 33       |
| 5. Grundrechtsmündigkeit.....  | 34       |
| VI. Grundrechtsbindung.....  | 36       |
| 1. Grundrechtsbindung der Legislative.....                                   | 36       |
| 2. Grundrechtsbindung der Exekutive.....                                     | 36       |
| a. Verwaltungsprivatrecht.....   | 36       |
| b. Fiskalverwaltung.....   | 38       |
| 3. Grundrechtsbindung zwischen Privaten (Drittwirkung der Grundrechte) ..... | 40       |
| 4. Grundrechtsbindung der Judikative .....                                   | 42       |
| 5. Grundsatzentscheidung Fall Lüth – BVerfGE 7, 198 ff.....                  | 43       |
| VII. Grundrechtsprüfung.....   | 47       |

|  |    |
|--|----|
| 1. Eröffnung des Schutzbereichs .....  | 48 |
| a. Rechtsdogmatische Hintergründe für die allgemein vorgenommene Unterscheidung von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung ..... | 48 |
| b. Bestimmung des Schutzbereichs durch Auslegung .....   | 49 |
| c. Unterscheidung von Regelungs- und Schutzbereich .....   | 51 |
| d. Begrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche durch Elemente auch außerhalb des Grundrechtstatbestands?.....                         | 52 |
| e. Bedeutung des bisher Gesagten für Art. 2 I GG.....  | 55 |
| f. Grundrechtskonkurrenz .....   | 56 |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....   | 60 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs (Grundrechtsschranke).....   | 65 |
| a. Allgemeines .....   | 65 |
| b. Rechtfertigung aufgrund eines Gesetzesvorbehalts.....   | 69 |
| aa. Insbesondere: Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung .....  | 71 |
| bb. Zusammenfassung.....   | 75 |
| cc. Rechtmäßigkeit des Einzelakts.....   | 76 |
| dd. Verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes.....  | 77 |
| ee. Grundrechtseingriff und Rechtsverordnung .....   | 78 |
| ff. Grundrechtseingriff und Satzung .....  | 80 |
| c. Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht.....   | 82 |
| VIII. Grundrechtsprüfung und staatliches Informationshandeln.....  | 89 |
| IX. Grundrechte im (abzulehnenden) Sonderrechtsverhältnis.....   | 92 |
| 1. Frühere Annahme eines Sonderrechtsverhältnisses .....   | 92 |
| 2. Heutige Lösung .....  | 93 |
| X. Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG.....   | 96 |
| XI. Abschaffung einzelner Grundrechte.....   | 97 |
| XII. Verwirkung von Grundrechten.....  | 97 |

## **2. Teil – Die einzelnen Grundrechte..... 98**

### **A. Schutz der Menschenwürde – Art. 1 I GG..... 98**

|  |     |
|--|-----|
| I. Schutzbereich.....  | 100 |
| II. Eingriff in den Schutzbereich und Verletzung des Art. 1 I GG ..... | 104 |
| III. Verhältnis zu (anderen) Grundrechten .....                        | 105 |

### **B. Freie Entfaltung der Persönlichkeit – Art. 2 I GG ..... 106**

|  |     |
|--|-----|
| I. Die allgemeine Handlungsfreiheit..... | 107 |
| 1. Schutzbereich .....                   | 107 |
| a. Sachlicher Schutzbereich .....        | 107 |

|   |     |
|---|-----|
| aa. Weite Auslegung des Schutzbereichs .....                            | 107 |
| a.) Subsidiarität gegenüber speziellen Freiheitsgrundrechten .....      | 107 |
| b.) Weit reichender Zugriff auf die Verfassungsbeschwerde .....         | 109 |
| bb. Art. 2 I GG und wirtschaftliche Handlungsfreiheit .....             | 110 |
| b. Persönlicher Schutzbereich .....                                     | 110 |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....                                  | 112 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranke) .....     | 112 |
| a. Verfassungsmäßige Ordnung .....                                      | 113 |
| b. Rechte anderer und Sittengesetz .....                                | 114 |
| II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ..... | 115 |
| 1. Schutzbereich .....  | 116 |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....                                  | 121 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....                           | 123 |
| 4. Konkurrenz zu anderen Grundrechten .....                             | 129 |

## **C. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit**

|  |            |
|--|------------|
| – <b>Art. 2 II S. 1 GG</b> .....                           | <b>131</b> |
| I. Abwehrrechte des Art. 2 II S. 1 GG .....                | 132        |
| 1. Schutzbereich .....                                     | 132        |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....                     | 133        |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....              | 134        |
| II. Schutzpflicht des Staates gem. Art. 2 II S. 1 GG ..... | 136        |

## **D. Freiheit der Person – Art. 2 II S. 2, Art. 104 GG .....**

|   |     |
|---|-----|
| I. Schutzbereich .....                          | 141 |
| II. Eingriff in den Schutzbereich .....         | 142 |
| III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung ..... | 144 |

## **E. Das Gleichheitsgebot – Art. 3, 6 V, 33 I-III GG .....**

|  |     |
|--|-----|
| I. Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) .....                        | 146 |
| 1. Allgemeines .....   | 146 |
| 2. Prüfungsaufbau .....  | 146 |
| 3. Gleich- bzw. Ungleichbehandlung .....                                     | 147 |
| 4. Rechtfertigung von Ungleich- bzw. Gleichbehandlungen .....                | 150 |
| II. Spezielle Gleichheitsrechte .....  | 153 |
| 1. Gleichberechtigung v. Mann und Frau (Art. 3 II, III S. 1 Var. 1 GG) ..... | 153 |
| 2. (Sonstige) Diskriminierungsverbote des Art. 3 III GG .....                | 154 |
| 3. Das Verbot der Diskriminierung Behinderter (Art. 3 III S. 2 GG) .....     | 155 |
| 4. Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 33 II GG) .....              | 158 |

|   |     |
|---|-----|
| 5. Chancengleichheit politischer Parteien ..... | 159 |
|---|-----|

**F. Religions-, Weltanschauungs- und Gewissensfreiheit – Art. 4,  
140 GG i.V.m. Art. 136 I, III, IV, Art. 137 II, III und VII WRV..... 160**

|  |     |
|--|-----|
| I. Individuelle Glaubensfreiheit .....                                       | 161 |
| 1. Schutzbereich .....   | 161 |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....                                       | 163 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranken).....          | 164 |
| a. Rechtsgrundlage für den Eingriff .....                                    | 164 |
| b. Praktische Konkordanz .....   | 166 |
| c. Keine Anwendung der allg. Gesetze als Schranke der Religionsfreiheit..... | 166 |
| 4. Übungsfall .....  | 167 |
| II. Kollektive Glaubensfreiheit.....   | 167 |
| 1. Schutzbereich .....   | 169 |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....                                       | 171 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranke) .....          | 172 |
| 4. Übungsfall .....  | 173 |
| III. Konkurrenzen.....   | 174 |
| IV. Gewissensfreiheit, Art. 4 I und III GG .....                             | 174 |
| 1. Schutzbereich .....   | 174 |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....                                       | 175 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranke) .....          | 175 |
| V. Recht der Kriegsdienstverweigerung .....                                  | 176 |
| 1. Schutzbereich .....   | 176 |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....                                       | 177 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranke) .....          | 177 |
| 4. Konkurrenzen.....   | 177 |

**G. Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit  
– Art. 5 I GG ..... 178**

|  |     |
|--|-----|
| I. Grundrechtstatbestände (Schutzbereiche) und Eingriffe ..... | 178 |
| 1. Meinungsäußerungsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG .....   | 178 |
| 2. Informationsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG .....        | 188 |
| 3. Pressefreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG .....              | 190 |
| 4. Rundfunkfreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 2 GG.....             | 197 |
| 5. Filmfreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 3 GG.....                 | 201 |
| II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen .....  | 202 |
| 1. Schranken der Grundrechte aus Art. 5 I GG .....             | 202 |
| 2. Die qualifizierten Gesetzesvorbehalte des Art. 5 II GG..... | 202 |

|  |            |
|--|------------|
| a. Die Vorschriften der allgemeinen Gesetze.....   | 202        |
| b. Die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und dem Recht der<br>persönlichen Ehre..... | 207        |
| 3. Sonstige Grundrechtsschranken .....   | 208        |
| 4. Insbesondere: Grundrechtskollision .....  | 208        |
| 5. Zensurverbot .....  | 213        |
| III. Konkurrenzen .....  | 214        |
| <b>H. Kunst- und Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III GG .....</b>                                   | <b>215</b> |
| I. Kunstfreiheit – Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG .....   | 215        |
| 1. Schutzbereich .....   | 216        |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....   | 220        |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen (Grundrechtsschranken) .                    | 221        |
| II. Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III S. 1 Var. 2 GG .....  | 225        |
| 1. Schutzbereich .....   | 226        |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....   | 229        |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen .....                                       | 231        |
| <b>I. Schutz von Ehe und Familie – Art. 6 GG .....</b>   | <b>234</b> |
| I. Schutzbereich der Abwehrrechte .....  | 235        |
| 1. Grundrechtsträgereigenschaft sowie Begriffe Ehe und Familie.....                                | 235        |
| 2. Das Elternrecht .....   | 239        |
| II. Eingriff in den Schutzbereich .....  | 240        |
| III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen .....                                     | 241        |
| IV. Konkurrenzen .....   | 243        |
| <b>J. Schulbezogene Grundrechte – Art. 7 GG .....</b>  | <b>244</b> |
| I. Staatliche Schulaufsicht – Art. 7 I GG .....  | 244        |
| II. Religionsunterricht – Art. 7 II und III GG.....  | 245        |
| III. Privatschulfreiheit – Art. 7 IV und V GG.....   | 247        |
| 1. Schutzbereich .....   | 247        |
| 2. Eingriffe .....   | 250        |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....  | 250        |
| <b>K. Versammlungsfreiheit – Art. 8 GG .....</b>   | <b>251</b> |
| I. Schutzbereich (Vorliegen einer Versammlung) .....   | 252        |
| 1. Begriff der Versammlung.....  | 252        |
| a. Gemeinsamer Zweck: Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung .....                           | 252        |
| b. Mindestteilnehmerzahl .....   | 256        |

|   |            |
|---|------------|
| c. Eil- und Spontanversammlungen .....  | 256        |
| d. Geschütztes Verhalten .....  | 258        |
| e. Schutzbereichsbegrenzung auf Friedlichkeit und Waffenlosigkeit .....       | 260        |
| f. Persönlicher Schutzbereich .....   | 262        |
| 2. Ergebnis zur Herleitung des Versammlungsbegriffs .....                     | 262        |
| II. Eingriffe in den Schutzbereich .....                                      | 262        |
| III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....                               | 264        |
| 1. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG .....                               | 264        |
| 2. Das Versammlungsgesetz .....   | 265        |
| a. Öffentliche Versammlungen .....  | 267        |
| b. Nichtöffentliche Versammlungen .....                                       | 274        |
| IV. Konkurrenzen .....  | 276        |
| <b>L. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit – Art. 9 GG .....</b>              | <b>278</b> |
| I. Vereinigungsfreiheit – Art. 9 I und II GG .....                            | 278        |
| 1. Schutzbereich .....  | 279        |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....  | 283        |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....                                 | 284        |
| a. Das Verbot von bestimmten Vereinigungen .....                              | 284        |
| b. Voraussetzungen für ein Vereinigungsverbot und Ausspruch des Verbots ..... | 286        |
| c. Kollidierendes Verfassungsrecht .....                                      | 287        |
| 4. Grundrechtskonkurrenzen .....  | 287        |
| II. Koalitionsfreiheit – Art. 9 III GG .....                                  | 288        |
| 1. Bedeutung des Art. 9 III GG .....  | 288        |
| 2. Schutzbereich .....  | 289        |
| 3. Eingriff in den Schutzbereich .....  | 292        |
| 4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....                                 | 293        |
| 5. Grundrechtskonkurrenzen .....  | 294        |
| <b>M. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis – Art. 10 GG .....</b>             | <b>295</b> |
| I. Allgemeine Bedeutung .....   | 295        |
| II. Schutzbereich(e) .....  | 297        |
| 1. Briefgeheimnis .....   | 297        |
| 2. Postgeheimnis .....  | 298        |
| 3. Fernmeldegeheimnis .....   | 298        |
| 4. Träger des Grundrechts .....   | 301        |
| III. Eingriff in den Schutzbereich .....                                      | 301        |
| IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....                                | 303        |
| 1. Der einfache Gesetzesvorbehalt des Art. 10 II S. 1 GG .....                | 303        |

|   |            |
|---|------------|
| 2. Der erweiterte Gesetzesvorbehalt gem. Art. 10 II S. 2 GG .....                               | 305        |
| V. Konkurrenzen .....   | 307        |
| <b>N. Freizügigkeit – Art. 11 GG .....</b>  | <b>308</b> |
| I. Schutzbereich.....   | 308        |
| II. Eingriff in den Schutzbereich .....   | 311        |
| III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....   | 311        |
| IV. Konkurrenzen .....  | 313        |
| <b>O. Berufsfreiheit – Art. 12 GG.....</b>  | <b>314</b> |
| I. Das Abwehrrecht des Art. 12 I GG.....  | 314        |
| 1. Schutzbereich .....  | 315        |
| a. Schutz berufsbezogenen Verhaltens (sachlicher Schutzbereich).....                            | 315        |
| aa. Begriff des Berufs, des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte .....                      | 315        |
| bb. Wettbewerbsfreiheit, insbesondere Konkurrenzschutz .....                                    | 321        |
| cc. Berufswahl und Berufsausübung .....   | 324        |
| b. Träger des Grundrechts (personaler Schutzbereich) .....                                      | 324        |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....  | 325        |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....   | 330        |
| II. Schutzgewähr- und Teilhaberecht des Art. 12 I GG .....                                      | 339        |
| III. Konkurrenzen .....   | 340        |
| <b>P. Unverletzlichkeit der Wohnung – Art. 13 GG.....</b>                                       | <b>342</b> |
| I. Schutzbereich.....   | 342        |
| II. Eingriff in den Schutzbereich .....   | 345        |
| III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....   | 346        |
| 1. Durchsuchungen, Art. 13 II GG.....   | 347        |
| 2. Wohnungsüberwachung zum Zweck der Strafverfolgung, Art. 13 III GG.....                       | 354        |
| 3. Abhören zur (präventiven) Gefahrenabwehr, Art. 13 IV GG.....                                 | 355        |
| 4. Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung von ermittelnden Beamten,<br>Art. 13 V GG..... | 355        |
| 5. Parlamentarische Kontrolle, Art. 13 VI GG.....   | 356        |
| 6. (Sonstige) Eingriffe und Beschränkungen, Art. 13 VII GG .....                                | 356        |
| <b>Q. Eigentumsgarantie – Art. 14 GG .....</b>  | <b>362</b> |
| I. Einführung .....   | 362        |
| II. Grundrechtsprüfung.....   | 364        |
| 1. Eröffnung des Schutzbereichs.....  | 364        |
| a. Schutzgegenstand: Eigentum .....   | 364        |

|  |     |
|--|-----|
| b. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb .....             | 365 |
| c. Nutzungsrecht und Anliegerrecht.....                                    | 366 |
| d. Öffentlich-rechtliche Vermögenspositionen .....                         | 367 |
| e. Verfahrensgarantie des Art. 14 GG .....                                 | 368 |
| f. Geschützter Personenkreis.....  | 369 |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....                                     | 369 |
| a. Abgrenzung Enteignung/Inhalts- und Schrankenbestimmung.....             | 370 |
| b. Zusammenfassung.....  | 372 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Enteignung.....                | 374 |
| a. Formellgesetzliche Grundlage für die Enteignung .....                   | 374 |
| b. Rechtmäßigkeit des Einzelakts (Administrativenteignung).....            | 380 |
| c. Rechtsfolge: Entschädigung .....  | 381 |
| d. Rechtsweg .....   | 381 |
| 4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung d. Inhalts- u. Schrankenbestimmung | 382 |
| 5. Enteignungsgleicher und enteignender Eingriff.....                      | 386 |

## **R. Schutz vor Ausbürgerung und Auslieferung; Asylrecht**

|   |            |
|---|------------|
| <b>– Art. 16, 16a GG.....</b>   | <b>390</b> |
| I. Allgemeines.....   | 390        |
| II. Schutz vor Ausbürgerung, Art. 16 I GG .....                               | 391        |
| 1. Schutzbereich .....  | 391        |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....  | 392        |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....                                  | 392        |
| III. Verbot der Auslieferung, Art. 16 II S. 1 GG .....                        | 395        |
| 1. Schutzzumfang .....  | 395        |
| 2. Eingriffe in den Schutzbereich .....                                       | 395        |
| IV. Asylrecht, Art. 16a GG.....   | 397        |
| 1. Schutzbereich .....  | 397        |
| 2. Eingriff in den Schutzbereich .....  | 400        |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....                                  | 400        |
| a. Sichere Herkunftsstaaten, Art. 16a III GG .....                            | 400        |
| b. Beschränkungen des gerichtlichen Rechtsschutzes, Art. 16a II S. 3, IV GG.. | 401        |

## **S. Grundrechtsgleiche Rechte/Justizgrundrechte ..... 403**

|   |     |
|---|-----|
| I. Recht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 I S. 2 GG ..... | 403 |
| 1. Schutzzumfang .....  | 403 |
| 2. Eingriffe.....   | 404 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....                    | 405 |

|   |     |
|---|-----|
| II. Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG ..... | 406 |
| 1. Schutzzumfang .....                                  | 406 |
| 2. Eingriffe .....                                      | 407 |
| 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....           | 408 |

**3. Teil – Die Verfassungsbeschwerde..... 409**

|   |     |
|---|-----|
| I. Zulässigkeit .....   | 411 |
| 1. Zuständigkeit des BVerfG .....   | 411 |
| 2. Beschwerdeführer .....   | 411 |
| a. Beschwerde- bzw. Beteiligtenfähigkeit.....                               | 411 |
| b. Prozessfähigkeit .....   | 413 |
| 3. Beschwerdegegenstand: Akt der „öffentlichen Gewalt“ .....                | 414 |
| 4. Beschwerdebefugnis.....  | 415 |
| a. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung .....                            | 415 |
| b. Exkurs: Praxis des BVerfG.....   | 416 |
| c. Bei Gesetzen: Betroffenheit des Beschwerdeführers.....                   | 417 |
| aa. Eigene Beschwer.....  | 418 |
| bb. Unmittelbare Beschwer bzw. Betroffenheit.....                           | 419 |
| cc. Gegenwärtige Beschwer bzw. Betroffenheit .....                          | 421 |
| dd. Spezifische Grundrechtsverletzung bei Urteilsverfassungsbeschwerde..... | 422 |
| 5. Form und Frist .....   | 424 |
| 6. Rechtsschutzbedürfnis.....   | 425 |
| a. Grundsatz der Rechtswegerschöpfung .....                                 | 425 |
| b. Grundsatz der Subsidiarität.....   | 426 |
| c. Zwischenzeitliche Erledigung des Rechtsstreites.....                     | 429 |
| d. Ausnahmen von Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität .....               | 429 |
| e. Ausnahmen bei der zwischenzeitlichen Erledigung .....                    | 430 |
| 7. Rücknahme der Verfassungsbeschwerde .....                                | 431 |
| 8. Exkurs: Annahme zur Entscheidung .....                                   | 431 |
| II. Begründetheit .....   | 432 |

## 1. Teil – Allgemeine Grundrechtslehren

Die Prüfung von Grundrechten beinhaltet nicht nur die spezifischen Besonderheiten der einzelnen Grundrechte, sondern auch allgemeine, für alle Grundrechte gleichermaßen geltende Problemkreise. Eine Auseinandersetzung mit den materiellen Problemen der einzelnen Grundrechte ist daher erst dann sinnvoll, wenn die Grundbegriffe und Grundstrukturen der Grundrechte und die Technik der Grundrechtsprüfung sicher beherrscht werden. Die Vermittlung dieses Wissens ist Gegenstand des 1. Teils dieses Buches. Die einzelnen Grundrechte werden im 2. Teil erläutert und die Prüfung der Verfassungsbeschwerde ist Inhalt des 3. Teils.

### A. Menschenrechte, Bürgerrechte, Grundrechte

Als **Menschenrechte** werden subjektive Rechte bezeichnet, die jedem Menschen gleichermaßen zustehen. Die Theorie der Menschenrechte geht davon aus, dass alle Menschen allein aufgrund ihres Menschseins mit gleichen Rechten ausgestattet und dass diese egalitär begründeten Rechte universell, unveräußerlich und unteilbar sind.<sup>1</sup> Menschenrechte finden ihre philosophischen Wurzeln in der Idee des Naturrechts, wonach es „Rechtsgrundsätze gibt, die stärker sind als jedes positive Recht“ (Radbruch). Daher spielt es für ihre Geltung auch keine Rolle, ob sie (in einer Verfassungsurkunde) kodifiziert sind.

**Bürgerrechte** sind alle Grund- und Menschenrechte, die ein Staat den Mitgliedern seines Staatsvolkes (seinen Bürgern) gesetzlich zugesteht. In einer Demokratie gehört auch das Wahlrecht zu den Bürgerrechten.

**Grundrechte** sind wesentliche Rechte, die ein Staat, Staatenbund oder Staatenverbund den Mitgliedern der Gesellschaft gewährt. Wesensmerkmal von Grundrechten ist, dass sie als beständig, dauerhaft und einklagbar garantiert sind und zudem Verfassungsrang haben oder zumindest verbindliche Wirkung entfalten. Grundrechte werden daher i.d.R. in der Verfassung, in Verfassungszusätzen, in Gesetzen oder in völkerrechtlichen Verträgen kodifiziert. Wegen ihrer Bedeutung unterliegen Grundrechte i.d.R. nicht der Disposition des (einfachen) Gesetzgebers. So enthält das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zahlreiche Grundrechte, die Verfassungsrang genießen und die die drei Staatsgewalten unmittelbar binden (Art. 1 III GG). Grundrechte, die durch völkerrechtliche Verträge vereinbart worden sind, finden sich etwa in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, dazu Rn 4 ff.). Auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), welche mit Wirkung zum 1.12.2009 verbindliche Rechtsquelle für Unionsbürger geworden ist (Rn 9), enthält Grundrechte im dargelegten Sinn. Zu den Grundrechtsfunktionen vgl. Rn 10 ff.

**Beispiel:** Obwohl die Überschrift des 1. Abschnitts des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland von „Grundrechten“ spricht, finden sich dort sowohl Menschenrechte als auch Bürgerrechte und Grundrechte.

- ⇒ So stehen die Menschenwürde (Art. 1 I GG), das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II S. 1 GG), die Religionsfreiheit (Art. 4 I GG), die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 I GG) und die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) jedem Menschen zu. Es handelt sich also um im Grundgesetz kodifizierte Menschenrechte.
- ⇒ Demgegenüber stehen die Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG), die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 I, III GG), die Freizügigkeit (Art. 11 I GG) und die Berufsfrei-

---

<sup>1</sup> Koenig, Menschenrechte, 2005, S. 9.

## Allgemeine Grundrechtslehren – Stellung der Grundrechte in der Rechtsordnung

heit (Art. 12 I GG) nach dem Verfassungstext nur Deutschen zu. Es handelt sich also um Bürgerrechte.

⇒ Da alle genannten Menschen- und Bürgerrechte beständig, dauerhaft und einklagbar garantiert sind und zudem Verfassungsrang haben, sind sie gleichzeitig Grundrechte.

Geschichtlich ist die Entwicklung der Grundrechte eng mit der Idee der Menschenrechte verbunden. Ihre Wurzeln finden die Grundrechte der Moderne bereits in der Magna Carta von 1215, die im angelsächsischen Bereich die königliche Macht beschränkte und mit ihren Art. 39 und 40 jedem Freien in England ein gewisses Minimum an Rechtsschutz gegen Willkür garantierte. Weitere Grundrechte wurden im Habeas Corpus Amendment Act von 1679 schriftlich fixiert. Er enthielt einen Schutz vor willkürlicher Verhaftung und das Recht, einem Richter vorgeführt zu werden. Im angloamerikanischen Bereich erklärte 1776 die Virginia Bill of Rights, dass alle Menschen von Natur aus gleich und frei und ihr Leben und Eigentum unverletzlich seien. In der Amerikanischen Unabhängigkeitserklärung (Declaration of Independence) von 1776 wurden das Leben, die Freiheit und das Streben nach Glück zu unveräußerlichen Rechten (Naturrechte) erklärt und das Recht auf Leben garantiert. Die Bill of Rights, also die ersten zehn Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten, gewähren den Einwohnern (also nicht nur den Bürgern) im Rahmen einer freien und demokratischen Gesellschaft – auf der Basis von Werten der Aufklärung – bestimmte unveräußerliche Grundrechte. Die Bill of Rights wurde 1789 vom amerikanischen Kongress beschlossen und bis 1791 von 11 Bundesstaaten ratifiziert. Sie ist noch heute in Kraft. Die Besonderheit der Bill of Rights liegt v.a. im Grundsatz der Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h., die Rechte sind für jeden Bürger am Obersten Gerichtshof einklagbar.

Die ersten 10 Zusatzartikel der Verfassung der Vereinigten Staaten lauten: 1. Trennung von Staat und Kirche, Gewährung von Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit; 2. Recht zum Tragen von Waffen durch das Volk; 3. Verbot der Zwangseinquartierung von Soldaten in Privathäusern; 4. Keine Durchsuchung ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss; 5. Verbot des Prozesses ohne ordentliche Anklage, Verbot eines erneuten Prozesses gegen Freigesprochene, Zeugnisverweigerungsrecht, Kompensationsrecht; 6. Recht auf öffentlichen Geschworenenprozess in Strafsachen, Recht auf Hinzuziehung von Entlastungszeugen, Recht auf einen Anwalt; 7. Recht auf ordentlichen Geschworenenprozess in Zivilsachen; 8. Verbot überhöhter Kautions- und besonders grausamer Strafen; 9. Bestehenbleiben von in der Verfassung nicht erwähnten Grundrechten; 10. Gewährung von in der Verfassung nicht genannten Rechten durch die Einzelstaaten

1789 wurden in der Französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte die Freiheit, die Gleichheit, die Meinungs-, Glaubens- und Gedankenfreiheit festgesetzt sowie das Eigentum garantiert. In Deutschland waren im Grundrechteteil der Paulskirchenverfassung von 1848/49 die Freizügigkeit, die Berufsfreiheit, die Auswanderungsfreiheit, das Briefgeheimnis, die Meinungsfreiheit, die Pressefreiheit, die Glaubensfreiheit, die Gewissensfreiheit, die Versammlungsfreiheit und das Recht auf Eigentum gewährleistet. Allerdings trat die Paulskirchenverfassung v.a. wegen des Widerstands des preußischen Königs nie in Kraft. Die Verfassung des Deutschen Reichs von 1871 verbürgte von vornherein keine Grundrechte. Erst die Weimarer Reichsverfassung von 1919 knüpfte bzgl. der Grundrechte wieder an die Paulskirchenverfassung an; sie enthielt nicht nur die gleichen Grundrechte, sondern darüber hinaus auch zusätzliche soziale Grundrechte wie das Grundrecht auf Arbeit (Art. 163 II S. 1 WRV; vgl. auch noch heute Art. 8 I der Verfassung der Freien Hansestadt Bremen).

## B. Stellung der Grundrechte in der Rechtsordnung

Gemäß Art. 1 III GG handelt es sich bei den Grundrechten des Grundgesetzes um unmittelbar geltendes Recht, das alle Staatsgewalten bindet. Die im Grundgesetz enthaltenen Grundrechte bilden also zusammen mit dem übrigen Verfassungsrecht, d.h. dem Staatsorganisationsrecht, die Spitze der (innerstaatlichen) Rechtsordnung; sie sind somit insbesondere gegenüber den einfachen Gesetzen **höherrangiges Recht**. Abzugrenzen sind die Grundrechte des Grundgesetzes zum einen von denen der Landesverfassungen, zum anderen aber auch von den Grund- und Menschenrechten des Völkerrechts, insbesondere von denen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und denen der Europäischen Union (EU). Diese Unterscheidung ist deshalb wichtig, weil nur die Grundrechte des Grundgesetzes, nicht jedoch die internationalen Grund- und Menschenrechte, Maßstab für eine Prüfung durch das BVerfG sein können.

2

### I. Verhältnis zu den Grundrechten der Landesverfassungen

Grundrechte sind nicht nur im Grundgesetz, sondern auch in den Landesverfassungen enthalten. Das führt zu der Frage nach deren Verhältnis zueinander. Soweit bei Grundrechten der Landesverfassungen Beschränkungen vorgesehen sind, die über diejenigen von Grundrechten des Grundgesetzes hinausgehen, sind diese Beschränkungen entgegenstehendes Recht und gem. Art. 31 GG ungültig (vgl. etwa Art. 21 I Hessische Verfassung, wonach die Todesstrafe möglich ist, wohingegen gem. Art. 102 GG die Todesstrafe abgeschafft ist). Inhaltsgleiche und inhaltlich weiter gefasste Grundrechte sind jedoch (ggf. gem. Art. 142 GG) gültig.<sup>2</sup>

3

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Inhaltsgleiche Grundrechtsnormen des Grundgesetzes und von Landesverfassungen schützen jedoch jeweils nur dasselbe Grundrecht.<sup>3</sup> Daraus folgt, dass in der Fallbearbeitung landesrechtliche Grundrechte i.d.R. nicht gesondert zu prüfen sind.

### II. Verhältnis zum Völkerrecht/zur EMRK/zur GRC

Die **allgemeinen Regeln des Völkerrechts** sind gem. Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts, gehen den Gesetzen, d.h. dem einfachen Bundesrecht und dem gesamten Landesrecht einschließlich dessen Verfassungen vor und erzeugen unmittelbar Rechte und Pflichten für die Bewohner des Bundesgebiets.<sup>4</sup> Sie stehen also im Rang unter dem Grundgesetz, aber über den Landesverfassungen und dem einfachen Bundesrecht. Man spricht von **Zwischenrecht**. Unter *allgemeinen Regeln* des Völkerrechts sind solche Regeln zu verstehen, die von einer weitaus größeren Zahl der Staaten – nicht notwendigerweise von der Bundesrepublik Deutschland – anerkannt werden.<sup>5</sup> **Andere Regeln des Völkerrechts** bedürfen dagegen einer speziellen Transformation, um innerstaatliche Geltung zu erlangen. Soweit es sich um völkerrechtliche Verträge handelt, die die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, geschieht dies durch die in Art. 59 II GG vorgeschriebene Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften (Bundestag und Bundesrat).<sup>6</sup> Die **Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)**, die 1950 vom Europarat erarbeitet wurde und den Zweck verfolgt, auf dem Vertragsgebiet die Einhaltung der Menschenrechte zu gewährleisten, ist ein solcher völkerrechtlicher Vertrag.

4

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 96, 345, 364; v. Münch, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 37 ff.

<sup>3</sup> BVerfGE 22, 267, 271.

<sup>4</sup> Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn 101; BFH NJW 2001, 2199.

<sup>5</sup> BVerfGE 46, 342, 367 ff.

<sup>6</sup> Durch das Erfordernis der Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften soll gewährleistet werden, dass die Exekutive die Legislative nicht durch völkerrechtliche Verträge in ihren Zuständigkeiten beschneidet (vgl. dazu BVerfGE 68, 1, 88; 90, 286, 357).

Die EMRK ist in drei Abschnitte gegliedert, die wiederum in Artikel untergliedert sind. Der Abschnitt I (Rechte und Grundfreiheiten) enthält die einzelnen, durch die Konvention geschützten Menschenrechte (Art. 2-18). Der Abschnitt II („Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte“) enthält die Regelungen über die Zusammensetzung und das Verfahren des Gerichtshofs (Art. 19-51). Schließlich enthält der Abschnitt III „Verschiedene Bestimmungen“ (Art. 52-59). Von besonderer Bedeutung ist Art. 53, nach dem die Konvention nicht so ausgelegt werden darf, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer der Vertragsparteien oder in einer anderen Übereinkunft, deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden. Die EMRK gibt damit lediglich einen Mindeststandard des Menschenrechtsschutzes vor, der von Vertragsstaaten überschritten, aber nicht unterschritten werden darf.

- 5 Kraft gesetzlicher Übernahme („Rechtsanwendungsbefehl“) gem. Art. 59 II GG<sup>7</sup> kommt der EMRK der innerstaatliche Rang eines **einfachen Bundesgesetzes** zu.<sup>8</sup> Daraus folgt, dass die EMRK mit ihren Grund- und Menschenrechten in ihrem Rang *unterhalb* der Grundrechte des Grundgesetzes steht. Allerdings ist es ständige Rspr. des BVerfG, dass aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG (Art. 1 II GG) Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK auch bei der **Auslegung des Grundgesetzes** zu berücksichtigen sind.
- 6 Da es sich bei EMRK um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, der zudem nur den innerstaatlichen Rang von Bundesrecht hat, kann zur Durchsetzung der gewährten Rechte nicht etwa das BVerfG angerufen werden, weil dieses lediglich über die Auslegung des Grundgesetzes entscheiden kann (vgl. Art. 93 GG).<sup>9</sup> Vielmehr erfolgt die Auslegung der einzelnen Konventionsrechte durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (**EGMR**) mit Sitz in Straßburg, dessen Urteile gem. Art. 46 I EMRK für alle staatlichen Stellen bindend sind (Zwangsmittel zur Durchsetzung von Urteilen des EGMR sind indes nicht vorgesehen).

Der umfassende Schutz persönlicher Freiheit, den die EMRK gewährleistet, kann von jedem Einzelnen eingeklagt werden: So entscheidet nach Art. 34 EMRK der EGMR über Individualbeschwerden, mit denen jeder Bürger eines Vertragsstaates nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs eine Verletzung der EMRK rügen kann (Art. 35 EMRK). Stellt der EGMR daraufhin einen **Verstoß gegen die EMRK** fest, ist – aus völkerrechtlicher Sicht – der verurteilte Staat **zur Abhilfe** bzw. ggf. zur Entschädigung verpflichtet (Art. 46 I EMRK). Verfassungsrechtlich ist dieser Befund durch Art. 1 II GG abgesichert.

- 7 Das BVerfG ist dem in Art. 46 I EMRK statuierten Postulat zunächst entgegengetreten, hat sich dann aber der Rspr. des EGMR angenähert und steht nunmehr immerhin auf dem Standpunkt, dass auch bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes die Rechtsprechung des EGMR zu beachten sei, auch wenn eine mit § 31 BVerfGG vergleichbare Bestimmung fehle.<sup>10</sup> Allerdings spricht das BVerfG der EMRK und den Urteilen des EGMR eine zwingende Bindungswirkung ab. In seiner Entscheidung über die Sicherungsverwahrung vom 4.5.2011 wird dies überaus deutlich, indem das BVerfG ausdrücklich betont, dass eine Angleichung der Aussagen des GG mit denen der EMRK nicht erforderlich sei; vielmehr erfordere die völkerrechtliche Auslegung des GG ein **Aufnehmen der Wertungen der EMRK nur, soweit dies methodisch vertretbar**

---

<sup>7</sup> Vgl. das Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7.8.1952 (BGBl II 1952, 685; die EMRK ist gem. der Bekanntmachung v. 15.12.1953 (BGBl II 1954, 14) am 3.9.1953 für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten. Vgl. auch die Neubekanntmachung der Konvention i.d.F. des 11. Zusatzprotokolls, BGBl II 2002, 1054.

<sup>8</sup> BVerfG NJW 2011, 1931, 1935; BVerfGE 111, 307, 315 ff.; 82, 106, 120; 74, 358, 370.

<sup>9</sup> Insofern klarstellend BVerfG NJW 2011, 1931, 1935; BVerfGE 111, 307, 317; 74, 102, 128.

<sup>10</sup> Vgl. BVerfG NJW 2011, 1931, 1935 ff.; BVerfGE 111, 307, 317 ff.; 82, 106, 115; 75, 1, 19; 74, 358, 370; 63, 343, 33.

**und mit den Vorgaben des GG vereinbar sei.**<sup>11</sup> Das „letzte Wort“ liege bei der deutschen Verfassung.<sup>12</sup> Daher dürfe die Berücksichtigung der EMRK keinesfalls dazu führen, dass der Grundrechtsschutz des GG eingeschränkt werde.<sup>13</sup> Das schließe aber auch die EMRK selbst aus (Art. 53 EMRK).<sup>14</sup>

Der Standpunkt des BVerfG hinsichtlich der (begrenzten) Bindungswirkung der Urteile des EGMR überzeugt nicht vollends. Mit der Ratifizierung der EMRK hat sich die Bundesrepublik Deutschland dazu verpflichtet, den Urteilen des EGMR Folge zu leisten (Art. 46 I EMRK), und das schließt auch den Gesetzgeber und die Verfassungsgerichtsbarkeit mit ein. Bei einem Konflikt zwischen der nationalen Rechtsordnung und der EMRK muss das nationale (einfache) Recht EMRK-konform ausgelegt werden; ist dies nicht möglich, muss es an das Völkerrecht angepasst, also verändert werden.<sup>15</sup> Jede andere Lösung würde Art. 46 EMRK widersprechen<sup>16</sup> und gäbe den Konventionsstaaten die Möglichkeit, sich den Urteilen des EGMR zu entziehen und sich so hinter ihrer Verfassung zu verstecken, wenn ihnen eine bestimmte Entscheidung nicht zusagt.<sup>17</sup> Schließlich gibt es auch kein praktisches Bedürfnis, der EMRK und den Urteilen des EGMR die umfängliche Bindungswirkung abzuspreehen. Denn ein Fall, in dem ein Verstoß gegen tragende Grundsätze des GG nur durch Nichtbeachtung einer Entscheidung des EGMR vermeidbar ist, ist nicht vorstellbar<sup>18</sup>: Für den Betroffenen greift immer der Rechtskreis, der ihm die weit reichenderen Rechte zubilligt.

Gemäß Art. 6 II S. 1 EUV tritt die **EU** der EMRK bei. Ein solcher Beitritt ist aber noch nicht erfolgt. Sollte ein Beitritt erfolgen, würde die EMRK entgegen dem bei Rn 4 Gesagten zur unmittelbar geltenden Rechtsquelle erhoben (vgl. Art. 216 II AEUV), die normenhierarchisch zwischen dem EU-Primär- und dem Sekundärrecht anzusiedeln wäre.

8

### III. Verhältnis zum Recht der Europäischen Union

Die **EU-Grundrechtecharta** (GRC) wurde zwar bereits auf dem EU-Gipfel von Nizza am 7.12.2000 feierlich proklamiert, jedoch kam ihr eine unmittelbare Rechtswirkung vorerst nicht zu. Erst mit dem Vertrag von Lissabon wurde sie rechtsverbindlich in das europäische Primärrecht integriert. Zwar wurde sie nicht in den Vertragstext des EUV inkorporiert, Art. 6 I Halbs. 2 EUV i.d.F. von Lissabon bestimmt aber die rechtliche Gleichrangigkeit mit den Unionsverträgen; sie ist also trotz unterbliebener Integration in den EUV (n.F.) oder den AEUV integraler Bestandteil des **EU-Primärrechts** und verbindliche Rechtsquelle für Unionsbürger.

9

Die in der GRC kodifizierten Grund- und Menschenrechte sind in sechs große unterteilt: Kapitel I (**Würde**): Würde des Menschen; Recht auf Leben; Recht auf Unversehrtheit; Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung; Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit; Kapitel II (**Freiheiten**): Recht auf Freiheit und Sicherheit; Achtung des Privat- und Familienlebens; Schutz personenbezogener Daten; Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen; Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit; Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit; Freiheit von Kunst und Wissenschaft; Recht auf Bildung; Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten; unternehmerische Freiheit; Eigentumsrecht; Asylrecht; Schutz bei Abschiebung, Ausweisung und Auslieferung; Kapitel III (**Gleichheit**): Gleichheit vor dem Gesetz; Nichtdiskriminierung;

9a

<sup>11</sup> BVerfG NJW 2011, 1931, 1935 f.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2011, 1931, 1935.

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2011, 1931, 1936.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2011, 1931, 1936; BVerfGE 111, 307, 317.

<sup>15</sup> Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 46 Rn 33.

<sup>16</sup> Meyer-Ladewig a.a.O.

<sup>17</sup> Ruffert, EuGRZ 2007, 245, 251.

<sup>18</sup> Meyer-Ladewig a.a.O.

Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen; Gleichheit von Männern und Frauen; Rechte des Kindes; Rechte älterer Menschen; Integration von Menschen mit Behinderung; Kapitel IV (**Solidarität**): Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen; Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen; Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst; Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung; gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen; Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz; Familien- und Berufsleben; soziale Sicherheit und soziale Unterstützung; Gesundheitsschutz; Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse; Umweltschutz; Verbraucherschutz; Kapitel V (**Bürgerrechte**): aktives und passives Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament und bei den Kommunalwahlen; Recht auf eine gute Verwaltung; Recht auf Zugang zu Dokumenten; der Europäische Bürgerbeauftragte; Petitionsrecht; Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit; diplomatischer und konsularischer Schutz; Kapitel VI (**Justizielle Rechte**): Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht; Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte; Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Straftaten und Strafen; Recht, wegen derselben Straftat nicht zweimal strafrechtlich verfolgt oder bestraft zu werden; Kapitel VII (**Allgemeine Bestimmungen**)

- 9b** Die GRC gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Die Charta gilt auch für EU-Mitgliedstaaten, wenn diese das Unionsrecht umsetzen.<sup>19</sup> Keine Anwendung findet die Charta somit auf rein nationale Sachverhalte. Hier sind die mitgliedstaatlichen Grundrechte alleiniger Prüfungsmaßstab. Ist die GRC aber anwendbar, genießt sie wegen ihres Status als Europäisches Primärrecht (im Anwendungsbereich des Unionsrechts) auch **Anwendungsvorrang** vor den Grundrechten des GG (zum Einfluss des EU-Rechts auf die deutsche Rechtsordnung vgl. näher *R. Schmidt*; Staatsorganisationsrecht, Rn 327 ff. und 761 ff.).
- 9c** Art. 6 III EUV (n.F.) bestimmt, dass die Grundrechte, die zum einen nach der EMRK gewährleistet sind und zum anderen aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen hergeleitet werden, als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts gelten. Das entspricht der bisherigen Rechtslage.
- 9d** Sobald also die EU der EMRK beigetreten ist, wird sie künftig an drei verschiedene Kategorien von Unionsgrundrechten gebunden sein:
1. an die Grundrechte der GRC, die gem. Art. 6 I Halbs. 2 EUV den Status von EU-Primärrecht innehaben,
  2. an die Grund- und Menschenrechte der EMRK, die als völkerrechtlicher Vertrag gem. Art. 6 II S. 1, 216 II AEUV unmittelbar in die Unionsrechtsordnung integriert werden wird, allerdings nicht gleichrangig mit den Verträgen, sondern normhierarchisch unterhalb der Verträge und damit auch unterhalb der GRC, jedoch mit Vorrang vor EU-Sekundärrecht („Zwischenrecht“), und
  3. an die Grundrechte, die weiterhin aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen hergeleitet werden und als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts gelten.
- 9e** Da die Garantien der verschiedenen Grundrechtstypen inhaltlich weitestgehend übereinstimmen, ist weder mit einer quantitativen noch mit einer qualitativen Verdreifachung des europäischen Grundrechtsschutzes zu rechnen.<sup>20</sup> Für den EU-Bürger hat dies jedoch den Vorteil, dass er bei einer Grundrechtsverletzung nicht mehr allein auf das Verfassungsgericht seines Landes angewiesen ist.

<sup>19</sup> Zur Anwendung der Unionsgrundrechte vgl. jüngst EuGH EuZW 2011, 137 ff. (mit Bespr. v. *Streinz*, JuS 2011, 568 ff.).

<sup>20</sup> *Pache/Rösch*, EWS 2009, 393, 400.

## C. Allgemeine Grundrechtslehren (Grundrechtsfunktionen)

### I. Die subjektiv-rechtlichen Funktionen der Grundrechte

Historisch gesehen sind die Grundrechte als **Abwehrrechte** des Bürgers gegen den Staat konzipiert. Das hat den Hintergrund, dass der Staat das sog. Gewaltmonopol besitzt. Nur er ist Inhaber legitimer Gewalt. Das bedeutet, dass der Staat auch unter Ausübung körperlicher Gewalt die Einhaltung seiner Anordnungen und Gesetze erzwingen kann. Er ist unter bestimmten Voraussetzungen zum Eingriff in die persönliche Sphäre seiner Bürger befugt, insbesondere in Freiheit und Eigentum. Gleichwohl muss in einem demokratischen Staatswesen die Staatsgewalt rechtlich geordnet sein, kann also nicht willkürlich ausgeübt werden und ist bestimmten staatlichen Institutionen vorbehalten. Die Grenze staatlichen Eingreifens bilden die Grundrechte als Abwehrrechte. In dieser Funktion stellen sie rechtliche Vorkehrungen zum Schutz vor freiheitsverkürzenden staatlichen Maßnahmen dar. Auch schützen sie vor sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlungen.

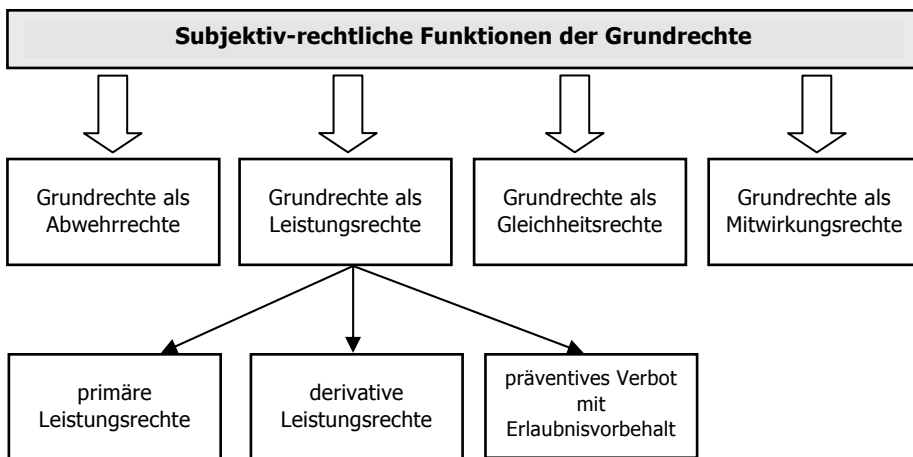
10

Das moderne Verständnis der Grundrechte beschränkt sich aber nicht auf die Abwehr staatlichen Handelns, sondern erstreckt sich, da der Einzelne zunehmend von staatlichen Leistungen abhängig wird, auch auf Leistungsansprüche gegenüber dem Staat. Man spricht in diesem Zusammenhang von Leistungsgrundrechten (Teilhaberechte, soziale Grundrechte).

11

Die Grundrechte lassen sich daher entsprechend ihrer rechtlichen Wirkung in drei Gruppen einteilen, in Abwehr-, Leistungs- und Gleichheitsrechte. Darüber hinaus fungieren sie als Mitwirkungsrechte.

12



#### 1. Grundrechte als Abwehrrechte (*status negativus*)

Sind also die Grundrechte überwiegend als Abwehrrechte (negativer Status<sup>21</sup>) des Bürgers gegenüber dem Staat konzipiert, dienen sie dazu, „die Freiheit des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern“<sup>22</sup>. Daher werden sie üblicherweise als **Freiheits-** bzw. **Abwehrgrundrechte** bezeichnet.

13

<sup>21</sup> Die Statuslehre wurde - wie die Drei-Elemente-Lehre - begründet von *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 44 ff.

<sup>22</sup> BVerfGE 7, 198, 204 (Lüth); 50, 290, 337 (Mitbestimmung); 68, 193, 205 (Innungen).

**Beispiele:** Art. 2 I GG schützt die allgemeine Handlungsfreiheit und (i.V.m. Art. 1 I GG) das allgemeine Persönlichkeitsrecht; Art. 4 GG schützt die Glaubens- und Gewissensfreiheit; Art. 5 I GG schützt die Meinungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit; Art. 5 III GG schützt die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit; Art. 6 GG schützt die Ehe und die Familie; Art. 7 GG enthält schulbezogene Grundrechte; Art. 8 GG schützt die Vereinigungsfreiheit; Art. 9 schützt die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit; Art. 10 GG schützt das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis; Art. 12 GG schützt die Berufswahl und die Berufsausübung; Art. 14 GG schützt das Eigentum.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Abwehr belastenden, d.h. freiheitsverkürzenden staatlichen Handelns ist primär mit verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfen zu erreichen. Besteht das fragliche Handeln in einem Verwaltungsakt, sind Widerspruch und Anfechtungsklage statthaft (vgl. §§ 68 ff. und 42 I Var. 1 VwGO). Besteht das belastende Handeln in einem schlicht-hoheitlichen Handeln, ist die allgemeine Leistungsklage einschlägig. Wird ein generelles Verbot mit einem Genehmigungsvorbehalt verknüpft, kann aus dem Grundrecht ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung folgen. Vgl. dazu ausführlich Rn 17 ff. Schließlich kann die Verletzung eines Grundrechts einen Folgenbeseitigungsanspruch nach sich ziehen. Ist der Rechtsweg erschöpft oder steht ein solcher nicht offen, kommt die Individualverfassungsbeschwerde (Art. 93 I Nr. 4a, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG) in Betracht. Bei der Begründetheit des jeweiligen Rechtsbehelfs ist bei der möglichen Verletzung eines Freiheitsgrundrechts zunächst zu prüfen, ob ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts vorliegt, dann, ob das Grundrecht einschränkbar ist, und schließlich, ob die einschränkende staatliche Maßnahme ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Vgl. dazu ausführlich Rn 112 ff. (allgemeine Grundrechtsprüfung) und die Ausführungen zu den jeweiligen Grundrechten.

**Beispiel:** Die zuständige Ordnungsbehörde ist der Auffassung, dass der gewerbetreibende G aufgrund wiederholten Vorenthaltens und Veruntreuens von Sozialversicherungsbeiträgen (vgl. § 266a StGB) unzuverlässig sei, und untersagt ihm die weitere Ausübung seines Gewerbes.

Durch die Gewerbeuntersagung greift die Behörde in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I S. 1 GG) ein. Dieser Eingriff ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Grundrecht einschränkbar ist und es den konkreten Eingriff zulässt.

Die Einschränkbarkeit des Grundrechts ist Art. 12 I S. 2 GG zu entnehmen. Ob es den Eingriff zulässt, ist eine Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs. Minimalvoraussetzung ist das Vorliegen einer Rechtsgrundlage. Diese ist § 35 I GewO zu entnehmen, der für anzeige-, aber nicht genehmigungspflichtige<sup>23</sup> Gewerbe eine Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit vorsieht. Ob die Gewerbeuntersagung in Anbetracht der Bedeutung des Art. 12 I S. 1 GG rechtmäßig ist, muss unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beantwortet werden. Vgl. dazu Rn 154 ff.

## 2. Grundrechte als Leistungsrechte (*status positivus*)

- 14 In einer modernen Industriegesellschaft beruhen die Lebensbedingungen nicht auf der ausschließlichen Selbstversorgung, sondern auf einem Fremd-versorgt-Werden. Der Einzelne ist in gewissem Maße von staatlichen Leistungen abhängig. Diese Abhängigkeit gilt es durch die Grundrechte abzusichern. Die Grundrechte fungieren daher nicht nur als Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliche Eingriffe (*status negativus*), sondern können auch als Leistungs- bzw. Teilhaberechte (*status positivus*) und Mitwirkungsrechte (*status activus*) fungieren. Man spricht von **Leistungsgrundrechten** bzw. **sozialen Grundrechten**. Zu beachten ist jedoch, dass die Grundrechte unter Berücksichtigung von Wortlaut und Funktion überwiegend nicht als Anspruchsgrundlagen konzipiert sind

<sup>23</sup> Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, BesVerwR II, Rn 1123 ff.

## VII. Grundrechtsprüfung

Zentrales Element der Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde ist die Vereinbarkeit der angegriffenen staatlichen Maßnahme (z.B. ein Gesetz oder ein letztinstanzliches Urteil) mit der Verfassung, d.h. mit den Grundrechten.

112

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Der richtige Einstieg in die Begründetheitsprüfung und der entsprechende Aufbau dieses Teils des Gutachtens sind für das Gelingen der Klausurbearbeitung entscheidend. Bezüglich aller Verfassungsbeschwerden ist zunächst zu beachten, dass sie im Falle einer Grundrechtsverletzung begründet sind. Deshalb sollte im Rahmen der Begründetheitsprüfung einer Verfassungsbeschwerde – anders als im Normenkontrollverfahren – nicht nach formeller und materieller Rechtmäßigkeit (d.h. Verfassungsmäßigkeit) aufgebaut werden, sondern nach den einschlägigen **Grundrechten**, die **hintereinander geprüft** werden sollten. Die **gemeinsame** Prüfung zweier oder mehrere Grundrechte, die sich gelegentlich in den Entscheidungen des BVerfG findet („Schutzbereichsverstärkung“)<sup>195</sup>, sollte in der Falllösung **vermieden** werden, da sie die Grenzen, die die einzelnen Freiheitsrechte auf Schutzbereichsebene grundsätzlich voneinander trennen, aufhebt.<sup>196</sup>

**Begründet** ist die Verfassungsbeschwerde gem. § 95 I BVerfGG, wenn durch die öffentliche Gewalt (Legislative bei der Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde, Exekutive und Judikative bei der Urteils-Verfassungsbeschwerde) ein Grundrecht oder ein grundrechtsgleiches Recht verletzt worden ist. Dabei folgt die Prüfung – von der noch im Einzelnen zu erörternden aktuellen Rechtsprechung des BVerfG<sup>197</sup> einmal abgesehen – nach einem stringenten Schema: Zunächst wird die **Eröffnung des Schutzbereichs** des ersten der als einschlägig befundenen Grundrechte geprüft, dann die Frage untersucht, ob in den Schutzbereich dieses Grundrechts **eingegriffen** worden ist, und zuletzt die Frage erörtert, ob der Eingriff seinerseits im Einklang mit der Verfassung steht, also **verfassungsrechtlich gerechtfertigt** ist. Sodann wird nach diesem Schema die fragliche staatliche Maßnahme am Maßstab der übrigen Grundrechte geprüft.

Im Übrigen sind alle Grundrechte zu prüfen, die durch den Beschwerdegegenstand verletzt sein könnten, auch wenn sie vom Beschwerdeführer nicht explizit als verletzt gerügt werden. Denn auch das BVerfG prüft von Amts wegen umfassend die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde, d.h. alle ernsthaft in Betracht kommenden Grundrechte.<sup>198</sup>

**Beispiel:** Eine Ehefrau erhebt vor dem BVerfG wegen der Abschiebung Ihres Ehemanns in den Sudan Verfassungsbeschwerde. In der Beschwerdeschrift rügt sie allerdings nur eine Verletzung ihres Rechts aus Art. 11 GG, welches tatsächlich aber nicht einschlägig ist. Aus dem Antrag geht aber (indirekt) hervor, dass auch Art. 6 GG verletzt sein könnte. Dies genügt im Rahmen von § 92 BVerfGG.

### Allgemeine Grundrechtsprüfung

113

#### I. Schutzbereich des Grundrechts

Bei der Bestimmung des sachlichen und personalen Schutzbereichs ist zunächst vom **Lebensbereich** auszugehen, in dem das Grundrecht sach- und handlungsbezogen wirkt. Welcher Lebensbereich von dem betreffenden Grundrecht erfasst wird, ist mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden, in erster Linie aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung des Grundrechts, zu ermitteln. Ist der Lebensbereich von dem betreffenden Grundrecht erfasst, führt dies noch nicht notwendig zur Bejahung des Schutzbereichs. Vielmehr müssen weitere

<sup>195</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 ff. (Schächten von Tieren).

<sup>196</sup> Vgl. Spranger, NJW 2002, 2074, 2075.

<sup>197</sup> BVerfGE 105, 252 ff. (Glykolwein) und 279 ff. (Osho).

<sup>198</sup> BVerfGE 42, 237, 240; 57, 220, 241; 53, 366, 390.

Voraussetzungen erfüllt sein. So müssen die im Verfassungstext vorgesehenen **sachlichen** (z.B. Beschränkung auf Friedlichkeit bei Art. 8 I GG) und **personalen Begrenzungen** (z.B. Beschränkung auf Deutsche bei Art. 8 I, 12 I, 9 I oder 11 I GG) berücksichtigt werden. Weiterhin muss die Möglichkeit berücksichtigt werden, extrem sozialschädliche Verhaltensweisen auch dann aus dem Schutzbereich herauszuhalten, wenn der Verfassungstext diesbezüglich keine sachliche Schutzbereichsbegrenzung vornimmt (sog. **verfassungsunmittelbare Schutzbereichsbegrenzung**).

## **II. Eingriff in den Schutzbereich**

Ist der Schutzbereich eröffnet, muss als Nächstes der Eingriff in denselben geprüft werden. Zu beachten ist jedoch, dass nicht jede belastende Maßnahme einen Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts darstellt. So werden sog. **Bagatelleingriffe** nicht erfasst (daher stellt z.B. das bloße Streifengehen von Polizisten auf öffentlichen Verkehrsflächen keinen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG dar). Darüber hinaus ist ein Eingriff zu verneinen, wenn der Betroffene wirksam auf das Grundrecht verzichtet hat. Ein **Grundrechtsverzicht** liegt vor, wenn der Betroffene rechtlich bindend auf den Schutz des betreffenden Grundrechts verzichtet hat. Kommt einer staatlichen Maßnahme aber eine Eingriffsqualität zu, ist ggf. die Art des möglichen Eingriffs (direkter oder indirekter Eingriff) zu untersuchen: Nach dem klassischen Eingriffsbegriff liegt ein Eingriff immer dann vor, wenn ein Rechtsakt final und unmittelbar freiheitsverkürzend in die Rechtssphäre des Bürgers eingreift (sog. **enger Eingriffsbegriff**, der auf die Imperativität des staatlichen Handelns abstellt). Aber auch bei **faktisch-mittelbaren Maßnahmen** kann ein Eingriff vorliegen (sog. **weiter Eingriffsbegriff**). Voraussetzung ist aber wegen der Unüberschaubarkeit und Vielgestaltigkeit von Neben- und Folgewirkungen, dass die Belastung von einiger Intensität ist.

## **III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Ein Grundrecht ist verletzt, wenn der Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist. Dazu muss zunächst einmal die durch das betreffende Grundrecht eröffnete **Einschränkbarkeit** (Ausgestaltungs- bzw. Regelungsvorbehalt; einfacher oder qualifizierter Gesetzesvorbehalt etc.) geklärt werden (vgl. dazu Rn 154 ff.). Ist das Grundrecht einschränkbar und liegt eine entsprechende Grundrechtsschranke vor (z.B. ein förmliches Gesetz), muss diese Schranke ihrerseits **verfassungsmäßig** sein, insb. den formellen Anforderungen (Beachtung von **Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften**) und den materiellen Anforderungen (insb. Beachtung des **Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**) entsprechen (sog. **Schranken-Schranken**). Vgl. dazu das Prüfungsschema bei Rn 168 sowie die Ausführungen bei Rn 169 ff. Ist das Gesetz verfassungsmäßig, folgt die Prüfung des Einzelakts (sofern vorhanden).

## **1. Eröffnung des Schutzbereichs**

- 114 Die allgemeinen Grundrechtslehren sind im Umbruch. Insbesondere das BVerfG hat im Rahmen seiner jüngeren Rechtsprechung zu den mittelbaren Grundrechtsbeeinträchtigungen einen von der bisher allgemein anerkannten Grundrechtsdogmatik abweichenden Weg eingeschlagen. Da sich diese Tendenz aber nur vor dem Hintergrund der bisher allgemein anerkannten Grundrechtslehren verstehen lässt, sollen zunächst auch nur diese erörtert werden. Auf die Besonderheiten der mittelbaren Grundrechtsbeeinträchtigungen wird bei Rn 198 ff. zurückzukommen sein.

### **a. Rechtsdogmatische Hintergründe für die allgemein vorgenommene Unterscheidung von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung**

- 115 Hintergrund der allgemein vorgenommenen dreigliedrigen Prüfung ist die Aussage des Art. 1 III GG, wonach die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung binden. Diese sog. Bindungsklausel verlangt eine Grundrechtsdogmatik, die eine gedanklich nachvollziehbare und berechenbare Reichweite des Grundrechtsschutzes ermöglichen muss. Ein brauchbares und in der deutschen Verfassungsgeschichte bewährtes Instrumentarium, dies zu erreichen, stellt die Unterscheidung von **Schutz-**

**bereich**<sup>199</sup> und **Schranken** der Grundrechte dar, wobei der Begriff „Schranke“ als Synonym des Begriffs „**Eingriff**“ zu verstehen ist.<sup>200</sup> Diese Unterscheidung hat sich bewährt. Denn sie vermeidet es, notwendige, den Gewährleistungsgehalt des betroffenen Grundrechts einschränkende Gemeinwohlbezüge der Freiheit bereits im Grundrechtstatbestand zu erörtern<sup>201</sup> und damit eine einzelfallbezogene und kaum berechenbare Schutzbereichsbestimmung vornehmen zu müssen. Die soeben erwähnte Schutzbegrenzung kommt aber dann in Betracht, wenn das betroffene Grundrecht die Freiheit von vornherein unter Ausschluss gemeinwohlschädlicher Modifikationen gewährt. Allerdings definiert der Verfassungstext nur bei wenigen Grundrechten bestimmte Verhaltensweisen aus dem Schutzbereich (vgl. Art. 8 I GG: „Unfriedlichkeit“) und enthält damit eine verfassungsunmittelbare Beschreibung der Gewährleistungsreichweite („Friedlichkeit“). Vgl. dazu im Einzelnen nebst Beispielen Rn 126 ff.

Folgt man dieser nach bisheriger Grundrechtsdogmatik allgemein anerkannten und auch diesem Buch zugrunde gelegten Unterscheidung von Schutzbereich und Schranken, ist die Grundrechtsprüfung wie folgt prädeterniert: Zunächst ist danach zu fragen, ob das Verhalten des Bürgers in den **Schutzbereich** eines Grundrechts fällt. Ist dies der Fall, muss die den Bürger belastende Maßnahme darauf hin untersucht werden, ob sie in den Schutzbereich des ermittelten Grundrechts **eingreift**. Schließlich ist nach der **verfassungsrechtlichen Rechtfertigung** des Eingriffs zu fragen.

116

## b. Bestimmung des Schutzbereichs durch Auslegung

Der Schutzbereich einer Grundrechtsnorm ist durch **Auslegung** zu ermitteln. Da es sich bei den Grundrechtsnormen um Normen der Verfassung handelt, gelten auch insoweit die allgemeinen Methoden und Prinzipien der **Verfassungsinterpretation**.<sup>202</sup> Maßgebend für die Auslegung einer Verfassungsnorm ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Normgebers, wie er sich aus dem **Wortlaut** und **Sinnzusammenhang** ergibt. Dagegen kommt der **Entstehungsgeschichte** (genetische und historische Auslegung) einer Norm nur subsidiäre Bedeutung zu, nämlich die, dass sie „die Richtigkeit der nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können“<sup>203</sup>.

117

Geht man von der historischen Konzeption der Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Obrigkeitsstaat aus, muss man im Zweifel eine **großzügige Interpretation der Schutzbereiche** vornehmen, d.h. von einer **grundsätzlichen Freiheitsvermutung** ausgehen („in dubio pro libertate“), die nur unter bestimmten Voraussetzungen (gemeinwohlschädliches Verhalten des Grundrechtsträgers) auf der Ebene der Grundrechtsschranken (d.h. des Eingriffs) eingeschränkt werden darf.<sup>204</sup> Eine Einschränkung durch Eingriff ist aber grundrechtsdogmatisch etwas anderes als eine Schutzbereichsverengung.

118

<sup>199</sup> Andere Ausdrücke: Grundrechtstatbestand, Normbereich, Garantiebereich, Geltungsbereich, Gewährleistungsbereich.

<sup>200</sup> So die allgemein anerkannte Konvention, wie sie auch von *Pieroth/Schlink*, Rn 223/263 zugrunde gelegt wird. Anders *Jarass/Pieroth*, GG, die als „Schranken“ die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen verstehen (vgl. stellvertretend für alle Grundrechte ebd. Art. 2 Rn 17). Diese wird nach der Konvention aber als „Schranken-Schranke“ bezeichnet (*Pieroth/Schlink*, Rn 285).

<sup>201</sup> Vgl. auch BVerfGE 32, 54, 72 f.; 85, 386, 397; *Kloepfer*, FG-BVerfG II, 1976, S. 405, 407; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Art. 1 III Rn 228.

<sup>202</sup> Vgl. bereits die 1. Auflage 2000; wie hier nun auch *Volk*, JZ 2005, 261, 267.

<sup>203</sup> BVerfGE 1, 299, 312. Vgl. auch v. *Münch*, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn 50; *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 ff.; *ders.*, NJW 1976, 2089 ff.; *Starck*, in: HdbStR VII, § 164 Rn 39.

<sup>204</sup> Vgl. dazu BVerwG NVwZ 2007, 1431, 1432 f.; BVerfGE 42, 79, 83; v. *Arnald*, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, 272 f.; *Hesse*, VerfR, Rn 72; v. *Münch*, in: v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19, Rn 51; a.A. *P. Schneider*, FS DJT Bd. 2, 1960, S. 263 ff.; *Denninger*, in: AK, vor Art. 1 Rn 13.

**Beispiel:** Art. 4 I GG betrifft (vorbehaltlos) die Glaubensfreiheit. Dazu kann auch das Schächten (d.h. das Ausblutenlassen von lebenden warmblütigen Tieren) gehören. Werden dem Tier dabei aber unnötige Schmerzen zugefügt oder wird es auf andere Weise gequält, muss die Frage erlaubt sein, ob das an sich vorbehaltlos erlaubte Verhalten nicht auch seine Grenzen hat. Diese können sich insbesondere aus der Verfassungsbestimmung *Tierschutz* (Art. 20a GG) ergeben. Rechtsdogmatisch und prüfungstechnisch ist dabei fraglich, inwieweit eine einengende Interpretation des Schutzbereichs möglich ist, mit der Folge, dass bestimmte gemeinwohlschädliche Verhaltensweisen bereits aus dem Schutzbereich herausgenommen werden (vgl. dazu Rn 386) oder erst auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs Beachtung finden können (vgl. dazu Rn 126 ff.).<sup>205</sup>

- 119 Auch das BVerfG hat in zahlreichen Entscheidungen in Zweifelsfällen eine **weite**, nämlich diejenige Auslegung gewählt, **„welche die juristische Wirkungskraft der Grundrechtsnorm am stärksten entfaltet“**<sup>206</sup>. Insbesondere in einem Beschluss zu Art. 13 GG aus dem Jahre 1971 hat das Gericht die Problematik gesehen und mit folgenden Worten umschrieben: „Eine enge Auslegung des Wohnungsbegriffs ist ersichtlich von der Sorge bestimmt, dass anderenfalls viele herkömmliche Betretungs- und Besichtigungsrechte von Verwaltungsbehörden im Rahmen der Wirtschafts-, Arbeits- und Steueraufsicht nicht aufrechterhalten werden könnten, weil sie durch die Schrankenbestimmung des Art. 13 III GG (heute: Art. 13 VII GG) nicht mehr gedeckt sind. Es ist bedenklich, den Wirkungsbereich des Grundrechts vom Schrankenvorbehalt her zu bestimmen und die engere Auslegung zu wählen, weil die weitere Auslegung praktische Schwierigkeiten bereitet. Daher ist zunächst die materielle Substanz des Grundrechts zu ermitteln; erst danach sind unter Beachtung der **grundsätzlichen Freiheitsvermutung** und des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit die rechtsstaatlich vertretbaren Schranken der Grundrechtsausübung zu fixieren.“<sup>207</sup>
- 120 Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das BVerfG in seinem Beschluss zur *Osho-Bewegung* von der großzügigen Interpretation der Schutzbereiche abgewichen ist und bereits die Eröffnung des Schutzbereichs des thematisch einschlägigen Grundrechts des Art. 4 I, II GG verneint hat, obwohl dieser nach dem bisherigen Grundrechtsverständnis des Gerichts ohne weiteres hätte eröffnet sein müssen. Das Gericht meint, dass Äußerungen, soweit mit ihnen die Osho-Bewegung und die zu ihr gehörenden Gemeinschaften als „Sekte“, „Jugendreligion“, „Jugendsekte“ und „Psychosekte“ bezeichnet wurden, schon nicht den Schutzbereich von Art. 4 I und II GG berühre, weil sie keine diffamierenden oder verfälschenden Darstellungen enthielten, sondern sich im Rahmen einer sachlich geführten Informationstätigkeit bewegten.<sup>208</sup> Die Religionsfreiheit sei nur dann berührt, wenn der Staat bei öffentlichen Äußerungen seine aus Art. 4 I und II GG folgende Neutralitätspflicht verletze, indem er die Attribute „destruktiv“ und „pseudoreligiös“ benutze sowie der Gemeinschaft die Manipulation von einzelnen Mitgliedern der Gemeinschaft vorwerfe.<sup>209</sup> Damit stellt das BVerfG bei der Frage nach der Schutzbereichseröffnung nicht wie bisher auf das Verhalten des Grundrechtsträgers ab, sondern auf die Pflichtverletzung des Hoheitsträgers. Das ist mit dem bisherigen Grundrechtsverständnis nicht vereinbar.<sup>210</sup>
- 121 Auf die Frage, ob diese Rechtsprechung (Schutzbereichseröffnung nur dann, wenn eine Pflichtverletzung des Staates bejaht wird) als Präsentation einer neuen Grundrechtsdogmatik

<sup>205</sup> Jede irgendwie einengende Bestimmung des Schutzbereichs hat jedenfalls zur Folge, dass ein Rückgriff auf Art. 2 I GG erfolgt (dazu später).

<sup>206</sup> Vgl. nur BVerfGE 7, 377, 397; 32, 54, 72; 39, 1, 38; 78, 179, 193.

<sup>207</sup> BVerfGE 32, 54, 72 (Schnellreinigung).

<sup>208</sup> BVerfGE 105, 279, 295. Anders *Pieroth/Schlink*, Rn 258, die durch den Verweis auf das Osho-Urteil den Eindruck vermitteln, das Gericht habe den Eingriff bejaht. Tatsächlich hat es im Osho-Fall aber bereits den Schutzbereich verneint und kam somit nicht zur Frage nach dem Eingriff.

<sup>209</sup> BVerfGE 105, 279, 294 und 308.

<sup>210</sup> Vgl. auch die Kritik von *Murswiek*, NVwZ 2003, 1 ff. und *Cremers*, JuS 2003, 747 ff.

(zumindest in Bezug auf staatliches Informationshandeln) verstanden werden kann, soll an dieser Stelle nur hingewiesen werden. Auf sie wird ausführlich bei Rn 126 ff. und 406 eingegangen.

### c. Unterscheidung von Regelungs- und Schutzbereich

Ausgehend von der Prämisse der (bisherigen) Verfassungsinterpretation ist der jeweilige Schutzbereich eines Grundrechts durch Auslegung zu ermitteln. 122

Dabei ist zunächst vom (übergeordneten) **Regelungsbereich** auszugehen. Unter Regelungsbereich wird der (natürliche) **Lebensbereich** verstanden, in dem das Grundrecht gilt und in dem es den (juristischen) Schutzbereich erst bestimmt. Welcher Lebensbereich von dem betreffenden Grundrecht erfasst wird, ist über die genannte Verfassungsinterpretation, in erster Linie aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung des Grundrechts, zu ermitteln.<sup>211</sup> 123

#### Beispiele:

- (1) Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 I GG) ist thematisch einschlägig bei Versammlungen.
- (2) Die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) ist thematisch einschlägig beispielsweise beim Verkauf von Wein zum Zwecke der Gewinnerzielung.
- (3) Die Thematik des Art. 4 I und II GG umfasst neben der Freiheit des Einzelnen zum privaten und öffentlichen Bekenntnis seiner Religion oder Weltanschauung auch die Freiheit, sich mit anderen aus gemeinsamem Glauben oder gemeinsamer weltanschaulicher Überzeugung zusammenzuschließen.<sup>212</sup> Die durch den Zusammenschluss gebildete Vereinigung selbst genießt das Recht zu religiöser oder weltanschaulicher Betätigung, zur Verkündigung des Glaubens, zur Verbreitung der Weltanschauung sowie zur Pflege und Förderung des jeweiligen Bekenntnisses.<sup>213</sup>
- (4) Bei der Frage nach dem von Art. 5 III S. 1 GG erfassten Lebensbereich darf der Kunstbegriff nicht nur auf die künstlerische Betätigung selbst (sog. Werkbereich) beschränkt, sondern muss auch auf die Vermittlung des Kunstwerks an Dritte (sog. Wirkbereich) erstreckt werden.<sup>214</sup>

Ist der Lebensbereich von dem thematisch einschlägigen Grundrecht erfasst, führt dies zwar regelmäßig, aber nicht zwangsläufig zur Bejahung des Schutzbereichs. Vielmehr müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Insbesondere müssen die im Verfassungstext enthaltenen bzw. vorgesehenen **sachlichen und personalen Begrenzungen** (= **grundrechtsimmanente Schutzbereichsbegrenzungen**) berücksichtigt werden. 124

#### Beispiele:

- (1) Art. 8 I GG erstreckt seinen Regelungsbereich auf die Versammlung (s.o.). Sein Schutzbereich ist jedoch auf friedliche und waffenlose Versammlungen beschränkt. Damit sind unfriedliche bzw. gewalttätige Versammlungen zwar vom Regelungs-, nicht aber vom Schutzbereich des Art. 8 I GG erfasst. Eine weitere Schutzbereichsbegrenzung der Versammlungsfreiheit findet sich in der erforderlichen Mitgliederzahl. Dass nämlich eine Versammlung – um von einer solchen überhaupt reden zu können – nicht aus einer einzelnen Person bestehen kann, unterliegt keinem Zweifel (eine Einzelperson kann sich schon begrifflich nicht versammeln). Fraglich ist lediglich, ob zwei Personen ausreichen oder ob mindestens drei Personen erforderlich sind (vgl. zum Meinungsstand Rn 612 ff.). Schwierigkeiten bereitet schließlich die Beantwortung

<sup>211</sup> R. Schmidt, Staatliches Informationshandeln, 2004, S. 12.

<sup>212</sup> BVerfGE 105, 279, 293; 53, 366, 387; 83, 341, 355. Vgl. auch VGH München NVwZ 2003, 998.

<sup>213</sup> BVerfGE 105, 279, 293 unter Berufung auf BVerfGE 19, 129, 132; 24, 236, 246 f.; 53, 366, 387. Vgl. auch VGH München NVwZ 2003, 998.

<sup>214</sup> Vgl. BVerfGE 30, 173, 189 (Mephisto); 67, 213, 224 (Anachronistischer Zug).

## B. Freie Entfaltung der Persönlichkeit – Art. 2 I GG

- 246 Art. 2 I GG wird seit dem Elfes-Urteil des BVerfG<sup>368</sup> denkbar weit verstanden und stellt jegliches menschliches Verhalten unter Schutz, das nicht einem speziellen Freiheitsgrundrecht unterfällt. Es ist **subsidiär** zu allen speziellen Freiheitsgrundrechten. Unabhängig von diesem Befund enthält die Vorschrift zwei Grundrechte, (1) die **allgemeine Handlungsfreiheit** und (2) das **allgemeine Persönlichkeitsrecht**.

### Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG

#### 1. Schutzbereich

Nach heute h.M. erfasst Art. 2 I GG alle **Betätigungen oder Lebensbereiche, die nicht einem speziellen Freiheitsrecht unterfallen**. Durch Art. 2 I GG wird demnach jedes menschliche Tun bzw. Unterlassen geschützt, sofern das Verhalten nicht vom Schutzbereich eines anderen Freiheitsgrundrechts erfasst wird. Große Bedeutung erhält Art. 2 I GG auch im **wirtschaftlichen Bereich**. Nicht nur die Vertragsautonomie fällt in den Schutzbereich dieses Grundrechts, sondern grundsätzlich auch die **Wettbewerbsfreiheit**, die etwa durch die Vergabe von **Subventionen** an Konkurrenten oder durch wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden betroffen wird. Weist der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit allerdings zumindest objektiv eine berufsregelnde Tendenz auf, ist stets Art. 12 I GG vorrangig und abschließend. Bei unmittelbar betriebsbezogenen Eingriffen ist dagegen Art. 14 I GG einschlägig und abschließend.

#### 2. Eingriff in den Schutzbereich

Wegen des weiten Schutzbereichs des Art. 2 I GG wird die allgemeine Handlungsfreiheit durch jede Regelung der öffentlichen Hand berührt, die das geschützte Verhalten beeinträchtigt. Dadurch entsteht das Problem, dass die Möglichkeit, Verfassungsbeschwerde zu erheben, ausufert. Daher ist eine **Beeinträchtigung von erheblichem Gewicht** zu fordern. Auch das BVerfG hat mittelbare Beeinträchtigungen im Bereich des wirtschaftlichen Wettbewerbs, etwa durch die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen oder Subventionen an Konkurrenten, nur dann als Eingriff in Art. 2 I GG qualifiziert, wenn die Beeinträchtigung von erheblichem Gewicht ist.

#### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Sowohl die allgemeine Handlungsfreiheit als auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht stehen unter dem Schrankenvorbehalt des Art. 2 I Halbs. 2 GG. Nach der dort genannten Schrankentrias werden die Grundrechte des Art. 2 I GG nur soweit gewährt, als das Verhalten des Betroffenen nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

##### ⇒ Verfassungsmäßige Ordnung

Unter verfassungsmäßiger Ordnung wird die gesamte verfassungsmäßige Ordnung verstanden. Dazu gehören alle Normen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen. Das ist die Folge der Ausweitung des Schutzbereichs (Kernaussage des Elfes-Urteils).

##### ⇒ Rechte anderer und Sittengesetz

Die beiden anderen Komponenten der Schrankentrias besitzen gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung nahezu keine eigenständige Bedeutung. Denn Vorschriften, die Rechte anderer begründen, gehören schon zu den Gesetzen der verfassungsmäßigen Ordnung. Entsprechendes gilt für das Sittengesetz. Bei dem heutigen Grad der Durchnormiertheit aller erdenklichen Lebenssachverhalte und im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes ist kaum ein Sittengesetz denkbar, das über Vorschriften der verfassungsmäßigen Ordnung hinausgeht.

<sup>368</sup> BVerfGE 6, 32 ff. – ausführlich aufbereitet von *Kube*, JuS 2003, 111 ff.

## I. Die allgemeine Handlungsfreiheit

### 1. Schutzbereich

#### a. Sachlicher Schutzbereich

##### aa. Weite Auslegung des Schutzbereichs

Aufgrund des unklaren Wortlauts des Art. 2 I GG war die Reichweite des Schutzbereichs lange Zeit umstritten. Während nach der sog. Kernbereichstheorie nur der Bereich geschützt wird, den der Mensch benötigt, um seine Wesenslage als geistige Persönlichkeit zu entfalten<sup>369</sup>, und nach einer etwas weiteren Auffassung Schutz vor Eingriffen gewährt wird, die von ihrer Intensität her dem Schutz der benannten Freiheitsrechte (Art. 8 I, 12 I, 14 I GG etc.) vergleichbar sind<sup>370</sup>, erfasst Art. 2 I GG in der Ausformung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach heutigem Verständnis **alle Betätigungen oder Lebensbereiche, die nicht einem speziellen Freiheitsrecht unterfallen**. Es handele sich bei der allgemeinen Handlungsfreiheit um ein „supplementäres Generalfreiheitsrecht, das Betätigungen jedweder Art und Güte schützt, ohne dass diese einen besonders prägenden Bezug zur Entfaltung der Individualpersönlichkeit aufweisen müssten“.<sup>371</sup> Für diese weite Auslegung des Schutzbereichs spricht zum einen die Intention des historischen Grundgesetzgebers, der eine Freiheit verstanden wissen wollte, bei der jeder **„tun und lassen kann, was er will“**<sup>372</sup>, und zum anderen gebietet es schon der sehr umfangreiche Schrankenvorbehalt des Art. 2 I Halbs. 2 GG (*verfassungsmäßige Ordnung, Rechte anderer und Sittengesetz*), dass auch der Schutzbereich weit verstanden wird, da das Grundrecht anderenfalls weitgehend leerliefe.

247

Dieses weite Verständnis hat **zwei Folgen**: Zum einen führt es dazu, dass die allgemeine Handlungsfreiheit als generalklauselartiges Auffanggrundrecht verstanden werden muss, das gegenüber speziellen Grundrechten **subsidiär** ist. Zum anderen eröffnet es gerade in **weitem Umfang** die **Verfassungsbeschwerde** (zu den damit verbundenen Konsequenzen vgl. Rn 252 und 1019 ff.).

248

##### a.) Subsidiarität gegenüber speziellen Freiheitsgrundrechten

Aufgrund des weiten Verständnisses des Schutzbereichs werden begriffslogisch auch alle Handlungen, die in die Schutzbereiche der speziellen Grundrechte fallen, von Art. 2 I GG erfasst. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist daher gegenüber anderen Freiheitsrechten **subsidiär**, wenn ein Eingriff in deren Schutzbereiche vorliegt.

249

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** In der Fallbearbeitung empfiehlt sich folgende Vorgehensweise: Zunächst ist zu prüfen, ob das Verhalten des Betroffenen von einem speziellen Freiheitsgrundrecht geschützt ist. Ist dies der Fall, geht das spezielle Freiheitsgrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit vor. Typische, die allgemeine Handlungsfreiheit verdrängende Freiheitsgrundrechte sind Art. 12 I, 14 I, 8 I und 9 I GG, aber auch Art. 4 I, II, 5 I, III und 6 I, II GG. Ist eines dieser Grundrechte einschlägig, tritt Art. 2 I GG hinter dieses subsidiär zurück. Zu beachten ist aber, dass das verdrängte Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit auch dann nicht anwendbar ist, wenn das spezielle Grundrecht dem Betroffenen nicht weiterhilft (sog.

<sup>369</sup> Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: FS Laun, 1953, S. 669 ff.; vgl. auch BVerfGE 10, 55, 59 (Tierzuchtgesetz).

<sup>370</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 428 („Gewährleistung der engen persönlichen, freilich nicht auf rein geistige und sittliche Entfaltung beschränkten, Lebenssphäre“).

<sup>371</sup> BVerfGE 6, 32, 37 (Elfes); 21, 227, 234 (Heilmittelkosten); 67, 157, 171 (Überwachung des Brief- und Telefonverkehrs); 70, 1, 23 (Steuerberater); 77, 84, 118 (Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe); 80, 137, 157 (Reiten im Wald); Murswiek, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn 10; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 12; Dreier, in: Dreier, GG, Art. 2 Rn 20. Vgl. auch Kube, JuS 2003, 111 ff.

<sup>372</sup> Vgl. Leibholz/v. Mangoldt, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N.F. Band 1, 1951, 54 f.

Sperrwirkung der speziellen Norm). Für das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit verbleibt nur dann Raum, wenn das Verhalten des Betroffenen über den Schutzbereich eines speziellen Freiheitsgrundrechts hinaus geht. Das allgemeine Grundrecht ist in der Fallbearbeitung also immer erst dann zu prüfen, wenn der Schutzbereich des speziellen Grundrechts nicht eröffnet ist oder das spezielle Grundrecht den Sachverhalt nicht abschließend würdigt.

**Beispiele, in denen die allgemeine Handlungsfreiheit Prüfungsmaßstab ist<sup>373</sup>:**

**(1)** Beschränkungen der Vertragsfreiheit, d.h. des Rechts, einen privatrechtlichen Vertrag zu schließen oder nicht (sog. Vertragsautonomie), soweit es nicht speziell um eigentumsrelevante oder berufsbezogene Verträge sowie um Gesellschafts-, Ehe- oder Erbverträge geht<sup>374</sup>; **(2)** Beschränkungen des Führens eines Kraftrads ohne Schutzhelm<sup>375</sup> oder eines Kraftfahrzeugs ohne Sicherheitsgurt<sup>376</sup>; dazu zählt auch die Beschränkung, im Winter mit Sommerbereifung zu fahren; **(3)** Beschränkungen des Genusses von Betätigungsmitteln<sup>377</sup>; **(4)** Verbot, in Gaststätten zu rauchen<sup>378</sup>; **(5)** Verbot, im Wald zu reiten<sup>379</sup>; **(6)** Beschränkungen, Geld- oder Sachspenden zu sammeln<sup>380</sup>; **(7)** Auferlegung von Steuern<sup>381</sup>, eines Konjunkturzuschlags<sup>382</sup>, anderer Abgaben<sup>383</sup> oder einer Geldbuße<sup>384</sup>, da das Vermögen als solches nicht durch Art. 14 I GG geschützt ist; **(8)** Verpflichtung, nach den alten bzw. neuen Rechtschreibregeln zu schreiben<sup>385</sup>; **(9)** Beschränkungen des Gemeingebrauchs von öffentlichen Sachen (z.B. Straßen); **(10)** Uniformverbot gegenüber Soldaten bei politischen Veranstaltungen<sup>386</sup>; **(11)** Anschluss- und Benutzungszwang, soweit nicht ein spezielles Freiheitsgrundrecht greift<sup>387</sup>; **(12)** Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Ahndung ohne Schuld<sup>388</sup>; **(13)** Regelung des BJagdG (§ 15 VII S. 1 i. V. mit § 15 V S. 1), wonach Bewerber um den Falknerjagdschein waffentechnische und waffenrechtliche Kenntnisse nachweisen und eine Schießprüfung ablegen müssen<sup>389</sup>; **(14)** Zwangsgliedschaft in Körperschaften des öffentlichen Rechts (z.B. Industrie- und Handelskammer), da sich Art. 9 I GG nach h.M. nur auf private Verbände bezieht<sup>390</sup>; Versicherungspflicht der Ehegatten von Landwirten<sup>391</sup>

Generell lässt sich sagen, dass die Freiheit, etwas zu unterlassen oder nicht in Anspruch genommen zu werden (negative Freiheit), häufig nicht von speziellen Freiheitsgrundrechten geschützt wird.<sup>392</sup>

<sup>373</sup> Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn 50 ff.; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn 29; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn 4 ff.

<sup>374</sup> Vgl. BVerfGE 95, 267, 303 f. (DDR-Altschulden); 103, 197, 215 (private Pflegeversicherung).

<sup>375</sup> BVerfGE 59, 275, 278 (Schutzhelm). Vgl. dazu §§ 21a, 46 I StVO.

<sup>376</sup> BVerfG NJW 1987, 180 (Gurtanlagepflicht für Kraftfahrzeugführer).

<sup>377</sup> BVerfGE 90, 145, 179 (Cannabis). Wird der Cannabis-Konsum aber als kultische Handlung verstanden, ist Art. 4 I GG einschlägig (vgl. BVerwGE 112, 314, 315 ff.).

<sup>378</sup> Vgl. BVerfGE 121, 317, 345 ff. (Nichtraucherschutzgesetz).

<sup>379</sup> BVerfGE 80, 137, 152 (Reiten im Wald); BVerwG NVwZ 2000, 1296.

<sup>380</sup> BVerfGE 20, 150, 154 (Sammlungsgesetz).

<sup>381</sup> BVerfGE 87, 153, 169 (Grundfreibetrag); BVerfG NJW 1999, 1098, 1100 (Grunderwerbsteuer).

<sup>382</sup> BVerfGE 29, 402, 410 (Konjunkturzuschlag).

<sup>383</sup> BVerfGE 78, 232, 244 f. (Altershilfe der Landwirte).

<sup>384</sup> BVerfGE 92, 191, 196 (Verweigerte Personalien).

<sup>385</sup> BVerfGE 98, 218 ff. (Rechtschreibreform). Vgl. auch die abw. Rspr. des BVerwG (NJW 1999, 3503).

<sup>386</sup> BVerfG NJW 1981, 2112 f. (Uniformverbot und gewerkschaftliche Veranstaltung).

<sup>387</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn 5. Vgl. auch OVG Magdeburg NVwZ-RR 2008, 810 (mit Bespr. v. *Waldhoff*, JuS 2009, 265 ff.).

<sup>388</sup> BVerfGE 20, 323, 331 (Lesering).

<sup>389</sup> BVerfGE 55, 159 f. (Falkner).

<sup>390</sup> BVerfGE 38, 281, 297 f. (Arbeitnehmerkammer); 32, 54, 64 f. (Schnellreinigung); BVerwGE 74, 254, 255; BVerwG NJW 1998, 3510. Vgl. dazu auch den Übungsfall zu Art. 9 I GG bei Rn 699.

<sup>391</sup> BVerfGE 109, 96, 109 (Altersicherungsgesetz).

<sup>392</sup> Vgl. nur BVerfGE 91, 207, 221 (Hafengebührenpflicht); 19, 206, 215 (Kirchensteuerpflicht einer jP); 64, 208, 214 (Unterwerfung von Nichtmitgliedern unter die Normsetzung eines privaten Verbands).

Ein besonderes Problem stellt sich, wenn ein bestimmtes Verhalten zwar in den **Regelungs-, nicht** aber in den **Schutzbereich**<sup>393</sup> eines speziellen Freiheitsgrundrechts fällt. In diesem Fall ist fraglich, ob auf Art. 2 I GG zurückgegriffen werden darf.

250

**Beispiel:** Art. 8 I GG schützt die Versammlungsfreiheit. Das bedeutet, dass sich der *Regelungsbereich* des Grundrechts auf die Versammlung bezieht. Um aber gewaltsame und unfriedliche Versammlungen bereits aus dem Schutzbereich herauszuhalten, begrenzt der Wortlaut des Art. 8 I GG den *Schutzbereich* auf friedliche und waffenlose Versammlungen. Gewaltsame Demonstrationen sind somit zwar vom Regelungs-, nicht aber vom Schutzbereich des Art. 8 I GG umfasst (= grundrechtsimmanente Schutzbereichsbegrenzung).

Geht man von den allgemeinen Grundsätzen der Grundrechtskonkurrenz (Rn 136) aus, bezieht sich die Sperrwirkung nur auf den Schutz-, nicht auch auf den Regelungsbereich. Art. 2 I GG wird also nicht verdrängt, wenn das fragliche Verhalten lediglich in den Regelungsbereich eines speziellen Grundrechts fällt. Erst recht wird Art. 2 I GG nicht verdrängt, wenn das fragliche Verhalten noch nicht einmal vom Regelungsbereich eines speziellen Freiheitsrechts erfasst ist.

251

Demnach fällt im obigen Beispiel die unfriedliche Versammlung in den Schutzbereich des Art. 2 I GG. Aufgrund des weit gefassten Schrankenvorbehalts wäre ein Eingriff (etwa ein Versammlungsverbot oder eine Auflage) aber relativ leicht zu rechtfertigen.

## b.) Weit reichender Zugriff auf die Verfassungsbeschwerde

Weitere Folge des weiten Grundrechtsverständnisses des Art. 2 I GG in Bezug auf die allgemeine Handlungsfreiheit als „Generalfreiheitsrecht“ ist, dass nahezu alle erdenklichen Lebenssachverhalte von dessen Schutzbereich erfasst werden. Dieser Umstand und das in der Bundesrepublik Deutschland stark ausgebaute System des gerichtlichen Rechtsschutzes („Rechtswegestaat“) sowie das gestiegene Selbstbewusstsein der Bürger haben die Neigung verstärkt, sich gegen Akte der öffentlichen Gewalt zur Wehr zu setzen, und zu prozessualen Schritten ermuntert. Sichtbares Zeichen dafür ist die ständig steigende Zahl von Verfassungsbeschwerden, die gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 I BVerfGG mit der Behauptung erhoben werden können, der Beschwerdeführer sei durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder einem grundrechtsgleichen Recht (die in Art. 20 IV, 33, 38, 101, 103 und 104 GG genannten Rechte) verletzt worden. Versuche, die Zahl der zur Entscheidung anzunehmenden Verfassungsbeschwerden<sup>394</sup> „auf ein erträgliches Maß“ zu reduzieren<sup>395</sup>, haben nicht wesentlich zu einer Verringerung der eingehenden Zahl von Verfassungsbeschwerden geführt. Daher sind sowohl die *Kammern* des für Individualverfassungsbeschwerden zuständigen *Zweiten Senats* des BVerfG als auch der *Zweite Senat* selbst dazu übergegangen, der Zulässigkeitsvoraussetzung des „Behauptens“ im Sinne des Art. 93 I Nr. 4a GG ein neues, engeres Verständnis zugrunde zu legen. Das Gericht fordert in einigen Verfahren, dass der Beschwerdeführer den gerügten Verfassungsverstoß hinreichend darlegt und begründet. Im Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit der Gewerbesteuer hatte die *2. Kammer des Zweiten Senats* zwei Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen mit der Begründung, die Beschwerdeführer hätten einen Verfassungsverstoß nicht hinreichend dargelegt.<sup>396</sup> Auch der *Zweite Senat* tendiert in Fällen, in denen er offenbar eine folgenschwere Sachentscheidung vermeiden möchte, dazu, die

252

<sup>393</sup> Zur Unterscheidung von Regelungs- und Schutzbereich vgl. Rn 123 f.

<sup>394</sup> Zum verfassungsrechtlich bedenklichen Annahmeverfahren durch die Kammern vgl. Rn 1079.

<sup>395</sup> In der Zeit von 1951 bis 2008 sind beim BVerfG 169.592 Verfassungsbeschwerden eingegangen. Sie wurden ganz überwiegend nicht zur Entscheidung angenommen. Nur 4.094 Verfassungsbeschwerden waren erfolgreich. Das sind 2,5% (Quelle: Homepage des BVerfG, Download am 10.1.2010).

<sup>396</sup> Vgl. BVerfG-K NJW 2001, 1853 und 1984 mit kritischer Bespr. von *Jachmann*, NJW 2001, 1840.

Beschwerdebefugnis zu verneinen. Beispielsweise betrachtete er eine Vorlage von sekundärem EU-Recht (es ging im konkreten Fall um die Vereinbarkeit der europäischen Bananenmarktordnung mit dem Grundgesetz) gem. Art. 100 I GG oder Art. 93 I Nr. 4a GG zwar grundsätzlich als zulässig, knüpfte die Zulässigkeit aber an eine dezidierte Begründung des Vorlagebeschlusses bzw. der Verfassungsbeschwerde. Das vorliegende Gericht bzw. der Beschwerdeführer müssten substantiiert darlegen, dass eine Kompetenzüberschreitung oder eine evidente und generelle Missachtung der Grundrechte durch die Union vorlägen (= besondere Zulässigkeitsvoraussetzung). Beides hatte der *Zweite Senat* der Begründung des Vorlagebeschlusses hinsichtlich der Bananenmarktordnung nicht entnommen.<sup>397</sup> In die gleiche Richtung gingen auch die in jüngerer Zeit getroffene Kammerentscheidung hinsichtlich der Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV (früher: Art. 234 EGV<sup>398</sup>) und der Senatsbeschluss zur nicht zulässigen Vorlage gem. Art. 100 I GG in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Wehrpflicht<sup>399</sup>.

- 253 Mit Hilfe des Prozessrechts versucht das BVerfG also, die Folgen der von ihm selbst konstatierten weiten Auslegung des Schutzbereichs einzudämmen. Das ist mit der Regelung des Art. 93 I Nr. 4a GG nur schwer vereinbar.

### bb. Art. 2 I GG und wirtschaftliche Handlungsfreiheit

- 254 Große Bedeutung hat Art. 2 I GG auch im **wirtschaftlichen Bereich**. Nicht nur die bereits genannte Vertragsautonomie fällt in den Schutzbereich dieses Grundrechts, sondern grundsätzlich auch die **Wettbewerbsfreiheit**, etwa im Rahmen der Vergabe von **Subventionen** an Konkurrenten oder bei der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden. Weist der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit allerdings subjektiv oder objektiv eine **berufsregelnde Tendenz** auf, ist stets **Art. 12 I GG** vorrangig und abschließend.<sup>400</sup> Bei unmittelbar betriebsbezogenen Eingriffen ist Art. 14 I GG einschlägig und abschließend.

Dagegen kommt ein Schutz der unternehmerischen Dispositionsfreiheit von vornherein nicht in Betracht. Entsprechende Handlungen betreffen die Handlungsfreiheit im Bereich des Berufsrechts, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 GG gefunden hat. Für eine Prüfung am Maßstab von Art. 2 I GG ist insoweit kein Raum.

- 255 **Zusammenfassend** lässt sich sagen, dass durch Art. 2 I GG jedes menschliche Tun bzw. Unterlassen geschützt wird, sofern das geschützte Verhalten nicht vom Schutzbereich eines anderen Freiheitsgrundrechts erfasst wird.

### b. Persönlicher Schutzbereich

- 256 Träger des Grundrechts sind zunächst alle **natürlichen Personen**. Das gilt selbstverständlich auch für Minderjährige, Behinderte und Geisteskranke. Auch auf **juristische Personen** und **Vereinigungen** im Sinne von Art. 19 III GG ist das Grundrecht anwendbar.<sup>401</sup> Bei Wirtschaftsgesellschaften bezieht sich das Grundrecht auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit.<sup>402</sup> **Juristische Personen des öffentlichen Rechts** sind dagegen grundsätzlich **nicht** geschützt (vgl. Rn 66 ff.). Auch der **nasciturus** (der ungeborene Mensch) ist kein Grundrechtsträger der allgemeinen Handlungsfreiheit.

<sup>397</sup> BVerfGE 102, 147 ff. (Vereinbarkeit der Bananenmarktordnung mit dem Grundgesetz) mit Bespr. von *Lecheler*, JuS 2001, 120 ff. und *Odendahl*, JA 2001, 283 ff.

<sup>398</sup> BVerfG NJW 2001, 1267.

<sup>399</sup> BVerfG NVwZ 2002, 922.

<sup>400</sup> BVerfGE 105, 252, 279 (Glykolwein); BVerfGE 82, 209, 223 f. (Krankenhausplan); BVerwGE 71, 183, 191; *Breuer*, HdbStR VI, S. 1002 ff. Generell auf Art. 2 I GG abgestellt wird in BVerwGE 30, 191, 198; 60, 154, 159; 65, 167, 174.

<sup>401</sup> BVerfGE 20, 323, 336 (Lesering); 44, 353, 372 (Suchtkrankenberatungsstelle).

<sup>402</sup> BVerfGE 66, 116, 130 (Springer/Wallraff).

**Toten** steht ebenfalls das Recht **nicht** zu, da es „die Existenz einer wenigstens potentiellen oder zukünftigen Person als unabdingbar“ voraussetzt.<sup>403</sup> Zu den Besonderheiten bei Ausländern und Staatenlosen siehe sogleich.

**Schutz für Ausländer und Staatenlose bei Bürgerrechten:** Ein eigener Anwendungsbereich wird Art. 2 I GG auch dort zugesprochen, wo das spezielle, den Art. 2 I GG an sich verdrängende Grundrecht vom sachlichen Schutzbereich her einschlägig ist, aber vom personalen Schutzbereich her nur Deutschen zukommt.<sup>404</sup>

257

**Beispiele von Deutschengrundrechten bzw. nur deutschen zustehenden grundrechtsgleichen Rechten:** **Art. 8 I** (Versammlungsfreiheit), **Art. 9 I** (Vereinigungsfreiheit), **Art. 11** (Recht auf Freizügigkeit im gesamten Bundesgebiet), **Art. 12 I** (Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen), **Art. 16 I** (Schutz vor Entzug der deutschen Staatsangehörigkeit), **Art. 16 II** (Schutz vor Auslieferung), **Art. 20 IV** (politisches Widerstandsrecht), **Art. 33 I** (gleiche Rechte und Pflichten), **Art. 33 II** (gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern) und **Art. 33 III S. 1** (Unabhängigkeit der Bekleidung öffentlicher Ämter von der Religion). Ein Deutschenrecht ist auch das grundrechtsgleiche Recht der allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahl aus **Art. 38 I S. 1**. Das geht zwar nicht direkt aus dem Wortlaut der Vorschrift hervor, ergibt sich aber aus Art. 20 II: Wahlen sind Ausdruck der Volkssouveränität und ein Recht des Staatsvolkes der Bundesrepublik Deutschland. Und dieses Staatsvolk besteht eben nur aus Deutschen.

Würde man einen Rückgriff auf Art. 2 I GG verwehren, wären Ausländer und Staatenlose ohne Grundrechtsschutz. Nach richtiger Auffassung entfaltet Art. 2 I GG daher eine Schutzwirkung auch zugunsten von Ausländern und Staatenlosen.

258

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Ist in der Fallbearbeitung der Rechtsschutzsuchende ein Ausländer, muss zunächst das sachlich einschlägige spezielle Freiheitsgrundrecht benannt und festgestellt werden, dass es nur Deutsche schützt. Sodann ist auf Art. 2 I GG einzugehen und zu diskutieren, ob er in seiner Funktion als Auffanggrundrecht Schutzwirkung zugunsten Ausländer entfaltet. Wird dies verneint, ist der betreffende Ausländer ohne Schutz. Wird dies dagegen richtigerweise bejaht, muss später bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung festgestellt werden, dass der Schutz des Art. 2 I GG i.d.R. nicht so weit reicht wie bei dem speziellen Freiheitsgrundrecht. So ist z.B. bei einer Versammlung nicht die Versammlungsfreiheit als wichtiges politisches Grundrecht zu gewichten. Das führt zu dem Ergebnis, dass Eingriffe, die bei Einschlägigkeit von speziellen Freiheitsgrundrechten nicht gerechtfertigt sind, bei Art. 2 I GG schon eher rechtmäßig sind, der Schutz durch Art. 2 I GG also i.d.R. geringer sein wird.

Darüber hinaus haben Ausländer über Art. 2 I GG Anspruch darauf, dass ihnen der Staat die Regeln des objektiven Verfassungsrechts zur Verfügung stellt. Ausländer können also die Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips (insbesondere Verhältnismäßigkeit, ermessensfehlerfreie Entscheidung, Vertrauensschutz) einklagen.

259

**Beispiel:** Ist einem Ausländer die Aufenthaltserlaubnis mehrmals verlängert worden (vgl. §§ 6, 7 AufenthG), kann es der Vertrauensschutz erforderlich machen, dass ihm auch weiterhin der Aufenthalt erlaubt wird.<sup>405</sup>

<sup>403</sup> BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto).

<sup>404</sup> BVerfGE 35, 382, 399 (Palästinenser); 78, 179, 196 f. (Heilpraktiker); *Stern*, StaatsR III/1, S. 1040 ff.; *Quaritsch*, HdbStR V, S. 736; *Lerche*, HdbStR V, S. 748 f.; a.A. *Erichsen*, HdbStR VI, S. 1205 ff. und Jura 1987, 367, 370 mit dem Argument, dass die Regelungen durch die speziellen Freiheitsgrundrechte abschließend seien und gerade klargestellt werden sollte, dass für Ausländer hier kein Grundrechtsschutz bestehe. Vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2000, 1281.

<sup>405</sup> Vgl. BVerfGE 49, 168, 185 (Aufenthaltsurlaubnis).

260 Bezüglich der Bürger aus anderen **Mitgliedstaaten der EU** ist umstritten, ob sie sich auf Deutschenrechte berufen können, oder ob ihnen lediglich Art. 2 I GG zur Verfügung steht.<sup>406</sup> Für die Anwendbarkeit der Deutschenrechte auch auf Bürger anderer EU-Staaten spricht das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV. Diese Vorschrift ordnet eine Gleichstellung aller EU-Bürger an und fordert für diese das gleiche Schutzniveau innerhalb der Union. Gegen eine Anwendbarkeit der Deutschenrechte auf Bürger anderer EU-Staaten spricht aber die ausdrückliche verfassungstextliche Begrenzung der betreffenden Grundrechte auf Deutsche. Zumindest hinsichtlich des geforderten gleichen Schutzniveaus ist eine Einbeziehung anderer EU-Bürger in den Schutzbereich der Deutschenrechte nicht erforderlich. Denn die europarechtlichen Vorgaben lassen sich bereits bei der Auslegung des auf Ausländer unstreitig anwendbaren Art. 2 I GG hinreichend berücksichtigen, indem man das jeweilige hohe Schutzniveau des Deutschengrundrechts auf Art. 2 I GG überträgt. Auf jeden Fall ist der verfassungsändernde Gesetzgeber berufen, dem materiellen Gehalt des Art. 18 AEUV etwa dadurch Rechnung zu tragen, dass er den Begriff des „Deutschen“ durch den Begriff „Bürger der Europäischen Union“ ersetzt.

## 2. Eingriff in den Schutzbereich

261 Aufgrund des **weiten Schutzbereichs** des Art. 2 I GG wird die allgemeine Handlungsfreiheit durch **jede belastende Regelung** der öffentlichen Hand (etwa durch Gesetze, Verordnungen, Satzungen oder Verwaltungsakte) beeinträchtigt, vgl. nur die zahlreichen bei Rn 249 genannten Beispiele. Dadurch entsteht das ebenfalls bereits genannte Problem, dass die Möglichkeit, **Verfassungsbeschwerde** zu erheben, **ausufert**. Daher ist man bestrebt, neben dem ebenfalls bereits genannten prozessualen Weg, den Eingriffscharakter einer staatlichen Maßnahme auf finale, d.h. zielgerichtete Beeinträchtigungen zu begrenzen.<sup>407</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch faktische bzw. mittelbare Beeinträchtigungen den Grundrechtsträger ebenso verletzen können wie zielgerichtete. Für den Grundrechtsträger macht es keinen Unterschied, ob er durch gezielte Maßnahmen oder ob er rein faktisch bzw. mittelbar in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit beeinträchtigt wird. Allerdings ist angesichts der Vielzahl und Unübersehbarkeit von Folge- und Nebenwirkungen hoheitlichen Handelns eine Beschränkung auf diejenigen Fälle zu fordern, die in ihrer Intensität einer unmittelbaren Verhaltenssteuerung gleichkommen. Daher ist eine **Zurechnung** in Form einer **Beeinträchtigung von erheblichem Gewicht** zu fordern. Auch das BVerwG hat mittelbare Beeinträchtigungen im Bereich des Wettbewerbs, etwa durch Erteilung von Ausnahmegenehmigungen<sup>408</sup> oder Subventionen<sup>409</sup> an Konkurrenten, nur dann als Eingriff in Art. 2 I GG qualifiziert, wenn die Beeinträchtigung von erheblichem Gewicht sei<sup>410</sup>.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung (Grundrechtsschranke)

262 Sowohl die allgemeine Handlungsfreiheit als auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht stehen unter dem Schrankenvorbehalt des Art. 2 I Halbs. 2 GG.<sup>411</sup> Nach der dort genannten Schrankentrias werden die Grundrechte des Art. 2 I GG nur soweit gewährt, als

<sup>406</sup> Für Anwendbarkeit der Deutschenrechte auf andere EU-Bürger: *Breuer*, in: HdbStR VI, S. 895 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn 10. Dagegen: *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 5; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 97; *Tettinger*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn 19 f.; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 66 mit dem Argument des klaren Wortlauts des Art. 12 I GG.

<sup>407</sup> Vgl. nur BVerfGE 105, 252, 264 ff. (Glykolwein - mit Blick auf Art. 12 I GG).

<sup>408</sup> BVerwGE 65, 167, 174.

<sup>409</sup> BVerwGE 30, 191, 198 f.; 60, 154, 160.

<sup>410</sup> BVerwGE 30, 191, 198; 54, 211, 221 f.; 65, 167, 174; vgl. auch *Erichsen*, HdbStR VI, S. 1218 und *R. Schmidt*, JuS 1999, 1107, 1110 f.

<sup>411</sup> BVerfGE 65, 1, 43 (Volkszählung).

nicht die Rechte anderer verletzt werden und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird.

### a. Verfassungsmäßige Ordnung

Den wichtigsten Gesetzesvorbehalt stellt die verfassungsmäßige Ordnung dar. Darunter wird – anders als in anderen Regelungen des GG, die von freiheitlicher demokratischer Grundordnung sprechen (etwa Art. 18 S. 1 oder Art. 21 II GG) – die gesamte verfassungsmäßige Rechtsordnung verstanden, d.h. alle **Normen** (auch Rechtsverordnungen und Satzungen), die **formell und materiell verfassungsmäßig sind**.<sup>412</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich bei der verfassungsrechtlichen Ordnung um einen einfachen Gesetzesvorbehalt. Nicht erforderlich ist daher, dass das einschränkende Gesetz an bestimmte Situationen anknüpft, bestimmten Zwecken dient oder sich durch bestimmte Mittel kennzeichnet. Es muss überhaupt nur ein Gesetz bestehen, das am Maßstab des Art. 2 I GG zu messen ist.<sup>413</sup>

263

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Diese **weite Grundrechtsschranke** korrespondiert mit der erläuterten **Ausweitung des Schutzbereichs**. Rechtskonstruktiv und rechtstechnisch bedeutet dies, dass die allgemeine Handlungsfreiheit des Einzelnen gegenüber dem Staat nur durch ein formell und materiell **verfassungsmäßiges** Gesetz beschränkt werden kann. Hat der Einzelne Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines (ihn in seiner Freiheit beschränkenden) Gesetzes, kann er im Wege der Verfassungsbeschwerde die Vereinbarkeit des Gesetzes mit der Verfassung überprüfen lassen. Hervorzuheben ist dabei, dass durch Art. 2 I GG indirekt auch die Verletzung von Verfassungsbestimmungen gerügt werden kann, die dem Schutz von Verfassungsorganen und nicht dem Schutz des Einzelnen dienen. Sind beispielsweise im Gesetzgebungsverfahren die Rechte des Bundesrates verletzt oder die Kompetenzen des Bundes überschritten worden, kann der Einzelne diese vor dem BVerfG erfolgreich rügen, weil er sich in seiner grundrechtlich geschützten Freiheit nicht durch ein Gesetz einschränken lassen muss, das (formell) verfassungswidrig ist.<sup>414</sup> Bei Eingriffen in die allgemeine Handlungsfreiheit ist also zu prüfen, ob das belastende staatliche Verhalten formell und materiell der verfassungsmäßigen Ordnung entspricht. Jeder Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung stellt auch einen Verstoß gegen Art. 2 I GG dar. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt dabei in der Schranken-Schranke, also in der Verhältnismäßigkeit der einschränkenden Maßnahme. Wird durch Gesetz eingegriffen, muss dieses abstrakt-generell **geeignet, erforderlich und angemessen** sein. Wird aufgrund eines Gesetzes, d.h. durch eine Einzelmaßnahme, in den Schutzbereich des Art. 2 I GG eingegriffen, ist zunächst das Gesetz zu prüfen, aufgrund dessen die Einzelmaßnahme erlassen wurde, und erst in einem zweiten Schritt ist die Einzelmaßnahme darauf hin zu untersuchen, ob sie konkret-individuell dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Das BVerfG hat dabei folgende Direktive aufgestellt: „Je mehr dabei der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, umso sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers abgewogen werden“<sup>415</sup>. Zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vgl. Rn 169 ff.

<sup>412</sup> BVerfGE 6, 32, 37 f. (Elfes); 63, 88, 108 (Altershilfe für Landwirte); 80, 137, 163 (Reiten im Wald); 90, 145, 172 (Cannabis); BVerfG-K NJW 2000, 649 (Verfassungsmäßigkeit der Rundfunkgebührenpflicht); BVerwG NVwZ 2000, 1296, 1297 (Reitverbot im Landschaftsschutzgebiet).

<sup>413</sup> Nicht überzeugend die „Musterlösung“ von *Langenfeld/von Barger/Müller*, JuS 2008, 795, 800, die aufbauend auf einem von ihnen selbst für verfassungswidrig erklärten Nichtraucherschutzgesetz das Rauchverbot in Gaststätten allein am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prüfen und sogar noch für verfassungsgemäß halten.

<sup>414</sup> *Wahl*, JuS 2001, 1041, 1044.

<sup>415</sup> BVerfGE 17, 306, 314 (Mitfahrerzentralen); 20, 150, 159 (Sammlungsgesetz); vgl. dazu auch BVerwG NVwZ 2000, 1296, 1297 (Reitverbot im Landschaftsschutzgebiet).

## **b. Rechte anderer und Sittengesetz**

- 264 Die beiden anderen Komponenten der Schrankentrias besitzen gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung nahezu keine eigenständige Bedeutung, da Vorschriften, die Rechte anderer begründen, schon zu den Normen der verfassungsmäßigen Ordnung gehören. Entsprechendes gilt für das Sittengesetz. Darunter ist ein Verweis auf sozial-ethische, also außerrechtliche Vorstellungen zu verstehen. Ein Verweis auf Sozialnormen ist aus rechtsstaatlicher Sicht aber sehr bedenklich. Insbesondere scheint sich eine Unvereinbarkeit mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes aufzudrängen, was vorliegend zu der Frage nach verfassungswidrigem Verfassungsrecht führt. Die gerichtliche Praxis einschließlich der des BVerfG tendiert in derartigen Fällen aber – um die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit nicht mehr nachgehen zu müssen – eher dazu, aufgrund des heutigen Grades der Durchnormiertheit aller erdenklichen Lebenssachverhalte dem Tatbestandsmerkmal des „Sittengesetzes“ keine eigenständige Bedeutung mehr beizumessen.<sup>416</sup>

## **4. Übungsfall**

- 265 Der folgende Übungsfall soll die bisherigen Ausführungen zu Art. 2 I GG konkretisieren. Die ausformulierte Lösung steht auf der Internetseite des Verlags Rubrik Falllösungen und Ergänzungen zum kostenlosen Download zur Verfügung.

**Reiten im Wald:** In dem Bundesland X ist durch Landschaftsgesetz das Reiten im Wald auf öffentlichen Wegen nur dann zulässig, wenn die Waldwege entsprechend ausgewiesen und gekennzeichnet sind. Y betreibt Pferdesport. Sie ist Eigentümerin mehrerer Pferde, die sie zur Ausübung des Reitsports und zu Zuchtzwecken hält. Darüber hinaus ist sie Inhaberin eines gewerblichen Reiterhofs mit Gaststätten- und Beherbergungsbetrieb; sie bietet auch kommerzielle Kremserfahrten an. Y meint, durch die genannte Beschränkung in ihren Rechten verletzt zu sein. Zu Recht?

---

<sup>416</sup> Vgl. BVerfG NJW 2001, 1048 ff. mit Bespr. von *W. Schmidt*, NJW 2001, 1035 f.

## II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

### Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V.m. 1 I GG

#### 1. Schutzbereich

Zweites Grundrecht des Art. 2 I GG ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Das Grundrecht schützt vor Eingriffen, die geeignet sind, die enge Persönlichkeitssphäre zu beeinträchtigen. Es lassen sich verschiedene Aspekte des Schutzbereichs ausmachen:

- ⇒ Zunächst schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht die **enge persönliche Lebenssphäre**. Es verleiht die Befugnis, sich zurückziehen, abzuschirmen, für sich und allein zu bleiben.
- ⇒ Des Weiteren ist das **Recht auf Selbstbestimmung** umfasst. Damit ist das Recht gemeint, die eigene Abstammung zu kennen. Dem Betroffenen darf die Kenntnis der eigenen Abstammung nicht vorenthalten werden. Auch das Recht eines Straftäters auf Resozialisierung gehört hierher. Weiterhin sind die **Ehre** und der **soziale Geltungsanspruch** geschützt. Das Grundrecht schützt daher auch vor Äußerungen, die geeignet sind, sich abträglich auf das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit auszuwirken.
- ⇒ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch das Recht auf **informationelle Selbstbestimmung**. Der Einzelne soll grundsätzlich selbst entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Daraus folgt die Befugnis, sich herabsetzender, fälschlicher und unerbetener öffentlicher Darstellungen, aber auch unerbetener heimlicher Wahrnehmungen seiner Person erwehren zu können.
- ⇒ In der modernen Kommunikationsgesellschaft kann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung jedoch nicht stets dem gesteigerten Drang des Staates auf Erhebung und Verarbeitung persönlicher Informationen gerecht werden. Daher schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die **Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme**.
- ⇒ Es gibt ein **Recht am eigenen Bild**. Die ganz h.M. versteht darunter das Recht, die Darstellung der eigenen Person anderen gegenüber grundsätzlich selbst zu bestimmen. Dem korrespondiert das **Recht am eigenen Wort**, also die Befugnis, selbst und allein zu bestimmen, wer das Wort aufnehmen soll, sowie ob und von wem die auf einem Tonträger aufgenommene Stimme wieder abgespielt werden darf.
- ⇒ Schließlich umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch den Schutz vor **Fragen im Berufsleben** (z.B. im Bewerbungs- oder im Kündigungsverfahren) über persönliche Lebensumstände (etwa nach einer bestehenden HIV-Infektion, einer Schwangerschaft oder nach bestimmten sexuellen Vorlieben).

#### 2. Eingriff in den Schutzbereich

In das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird zumeist durch faktische Maßnahmen eingegriffen. Das können Erhebung, Speicherung und Weitergabe von personenbezogenen Daten, aber auch heimliche Sprachaufnahmen oder das Verlesen von tagebuchähnlichen Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung eines Strafprozesses sein. Wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch private Dritte (etwa Zeitungsreporter) berührt, ist zunächst der Zivilrechtsweg einzuschlagen. Das Zivilgericht nimmt dann eine Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und den Rechten des Dritten (etwa der Pressefreiheit) vor. Sollte das Zivilgericht dabei spezifisches Verfassungsrecht verletzen (etwa bei der Abwägung der gegenläufigen Belange die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verkennen), kann (nach Erschöpfung des Rechtswegs) Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

#### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedürfen zunächst einer **formellen gesetzlichen Grundlage**. Insoweit zieht die Rspr. die Schrankentrias des Art. 2 I GG entsprechend heran. Das Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG gilt nicht. Im Rahmen der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** ist wegen der Hocharrangigkeit und Absolutheit des Würdeschutzes ein strengerer Maßstab anzulegen als bei der allg. Handlungsfreiheit: Je schwerer ein Eingriff ist, desto gewichtiger müssen die gegenläufigen Interessen sein, die den Eingriff rechtfertigen sollen. Eingriffe in die Intimsphäre, d.h. in den letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung (Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts), sind grds. unzulässig. Würde von privaten Dritten in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen, ist regelmäßig (im Rahmen einer praktischen Konkordanz) eine Abwägung zwischen den Grundrechten des Eingreifenden (etwa Pressefreiheit, Art. 5 I S. 2 GG) und dem allg. Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vorzunehmen.

**266** Das Grundgesetz kennt zwar die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG), jedoch kein geschriebenes Grundrecht, das allgemein die Persönlichkeit schützt. Das BVerfG hat mit Blick auf die Menschenwürde (Art. 1 I GG) aber schon frühzeitig die Notwendigkeit erkannt, dass dem Einzelnen ein verfassungsrechtlich verankertes Recht auf **Achtung und Entfaltung seiner Persönlichkeit** zustehen muss. Dem Einzelnen muss das Recht zustehen, sich herabsetzender, fälschlicher und unerbetener öffentlicher Darstellungen, aber auch unerbetener (heimlicher) Wahrnehmungen seiner Person bzw. seiner persönlichen Daten erwehren zu können.<sup>417</sup> Daher hat das BVerfG aus einer wertenden Zusammenschau des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG heraus ein umfassendes (ideelles und kommerzielles) allgemeines Persönlichkeitsrecht (APR) entwickelt, das Elemente der Persönlichkeit schützt, die nicht Gegenstand besonderer Freiheitsgarantien sind.<sup>418</sup>

**Beispiel 1<sup>419</sup>:** Die bekannte Fernsehjournalistin, Moderatorin und Buchautorin F besitzt ein abgelegenes, in hügeliger Landschaft befindliches Domizil auf Mallorca, auf dem sie ungestört ihr Privatleben genießen möchte. Der Pressefotograf P wittert eine Chance, diesen Umstand zu „vermarkten“. Er chartert ein Kleinflugzeug und fertigt Luftaufnahmen von der ganz privaten F an. Später veröffentlicht er in einem Boulevard-Blatt die Fotos und auch eine Wegbeschreibung zum Domizil der F.

Hier ist es nachvollziehbar, wenn F sich in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt sieht und gegen P bzw. den Verlag des Boulevard-Blattes gerichtlich vorgeht (⇒ vgl. Rn 283 Bsp. 8 und Rn 287 Fall 2).

**Beispiel 2<sup>420</sup>:** Richterin R wird verdächtigt, Dienstgeheimnisse verraten zu haben. Daher durchsucht die Polizei die Wohnung der R und stellt einen Computer und ein Mobiltelefon sicher. Nach Auswertung der auf diesen Geräten gespeicherten Daten wird der Verdacht jedoch nicht bestätigt.

Hier ist es erst recht nachvollziehbar, wenn R sich in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt sieht und gegen die Maßnahmen gerichtlich vorgeht (⇒ vgl. Rn 283, 286).

**267** Legt man die ständige Rechtsprechung (des BVerfG) zugrunde, lassen sich verschiedene Aspekte des Schutzbereichs ausmachen:

### 1. Schutzbereich

**268** Zunächst schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht die **enge persönliche Lebenssphäre**. Es verleiht dem Einzelnen die Befugnis, sich zurückzuziehen, abzuschirmen, für sich und allein zu bleiben. Dieses Recht endet auch nicht an der Haustür, wenn es auch zunächst den räumlich inneren Hausbereich umfasst. Eine schützenswerte Privatsphäre besteht außerhalb des häuslichen Bereichs in gleicher Weise beispielsweise auch dann, wenn sich jemand in eine örtliche Abgeschiedenheit zurückgezogen hat, in der er objektiv erkennbar für sich allein sein will.<sup>421</sup> Danach sind ein umfriedetes Grundstück, und selbst ein öffentlicher Ort, jedenfalls dann der Privatsphäre zuzurechnen, wenn dem Betroffenen die Möglichkeit offensteht, frei von öffentlicher Beobachtung zu sein. Denn die freie Entfaltung der Persönlichkeit wäre erheblich behindert, wenn der Einzelne nur im eigenen Haus der öffentlichen Neugier entgehen könnte.<sup>422</sup> Daher sind der Rückzug

<sup>417</sup> Vgl. BVerfGE 82, 236, 269 (Schubart); 99, 185, 193 f. (Scientology); 101, 361 ff. (Caroline von Hannover); 114, 339, 346 (Mehrdeutige Meinungsäußerungen); BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 (Marlene Dietrich); NJW 2006, 2836, 2837 u. 2838 (Veröffentlichung von Luftbildaufnahmen von Feriendomizilen Prominenter); NJW 2011, 511 (Bundeszentrale für politische Bildung); BGH NJW 2002, 2317, 2318; 2004, 762 f.

<sup>418</sup> Damit gehört das APR den unbenannten Freiheitsrechten (sog. Innominatfreiheitsrechte) an, vgl. BVerfG NJW 2001, 594 (Willy-Brandt-Gedenkmünze); BVerfGE 101, 361 ff.; BVerfG NJW 2000, 2734 (Werbung für Zahnklinik) und grundlegend BVerfGE 30, 174 ff. (Mephisto) und BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählung). Vgl. auch *Meinke*, JA 2009, 6 ff.

<sup>419</sup> Vgl. BVerfG NJW 2006, 2836, 2837; NJW 2006, 2838; BGH NJW 2004, 762 ff.

<sup>420</sup> BVerfGE 115, 166, 183 ff.

<sup>421</sup> BVerfGE 101, 361, 382 ff.; BGHZ 131, 332, 338 ff.

<sup>422</sup> BVerfGE 101, 361, 383.

und die Abschirmung i.S. dieses Rechts sozial zu verstehen. Aus diesem Grund sind auch der vertrauliche Kontakt zwischen Arzt und Patient<sup>423</sup>, sonstige Befunde über Gesundheitszustand, seelische Verfassung und Charakter<sup>424</sup> und die Vertraulichkeit des Tagebuchs<sup>425</sup> vom Schutzbereich erfasst.

Des Weiteren ist das **Recht auf Selbstbestimmung** umfasst. Damit ist zunächst das Recht gemeint, die eigene Abstammung zu kennen. Dem Betroffenen darf die Kenntnis der eigenen Abstammung nicht vorenthalten werden.<sup>426</sup> Auch hat er ein Recht der freien Vornamenwahl<sup>427</sup> und ihm darf das Recht nicht verwehrt werden, seinen Namen zu behalten<sup>428</sup> und den entsprechenden Personenstand und die eigene Fortpflanzung<sup>429</sup> zu bestimmen. Auch das Recht eines Straftäters auf Resozialisierung<sup>430</sup> gehört hierher. Generell sind die **sexuelle Selbstbestimmung** (und damit auch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht)<sup>431</sup>, die **Ehre** und der **soziale Geltungsanspruch** geschützt. Das Grundrecht schützt daher auch vor Äußerungen, die geeignet sind, sich abträglich auf das Ansehen des Betroffenen in der Öffentlichkeit auszuwirken.<sup>432</sup>

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst auch das Recht auf **informationelle Selbstbestimmung**.<sup>433</sup> Der Einzelne soll grundsätzlich selbst entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Daraus folgt die Befugnis, sich herabsetzender, fälschlicher und unerbetener öffentlicher Darstellungen, aber auch unerbetener heimlicher Wahrnehmungen seiner Person erwehren zu können.

Mit dem Volkszählungsurteil<sup>434</sup> hat das BVerfG dieses Recht nicht nur näher konkretisiert, sondern auch verfahrensrechtlich ausgestaltet und Grundsätze für den Umgang mit persönlichen Daten aufgestellt. So setze der Zwang zur Abgabe personenbezogener Daten eine spezifische und präzise Rechtsgrundlage voraus. Diese spezielle Rechtsgrundlage müsse auch die Verwendung von Daten und deren Verarbeitung auf bestimmte Zwecke beschränken (sog. bereichsspezifische Befugnisnorm). Auch sei eine Sammlung nicht-anonymer Daten auf Vorrat oder ohne konkrete Zweckbindung unzulässig. Schließlich seien unabhängige Datenschutzbeauftragte zu beteiligen. In dem Volkszählungsurteil hat das BVerfG auch Grundsätze für die Datenerhebung zu statistischen Zwecken aufgestellt. Es dürfe keine enge und konkrete Zweckbindung vorliegen, da dies dem Wesen einer Statistik fremd sei. Eine Sammlung personenbezogener Daten

<sup>423</sup> BVerfGE 32, 373, 379 (Krankenakte).

<sup>424</sup> BVerfGE 89, 69, 82 f. (Haschischkonsum).

<sup>425</sup> BVerfGE 80, 367, 373 ff. (Verwertung tagebuchähnlicher Aufzeichnungen).

<sup>426</sup> BVerfGE 90, 263, 270 f. (Anfechtung der Ehelichkeit); 96, 56, 63 (Recht auf Kenntnis des Vaters).

<sup>427</sup> BVerfG NJW 2009, 663 ff. (Schutz der freien Wahl des Vornamens jedenfalls, soweit keine Kindeswohlgefährdung vorliegt). Ist der Betroffene (altersbedingt) noch prozessunfähig, wird er von den gesetzlichen Vertretern vertreten.

<sup>428</sup> BVerfGE 78, 38, 49 (Gemeinsamer Familienname).

<sup>429</sup> Zur Schwangerschaft vgl. BVerfGE 88, 203, 254 (Schwangerschaftsabbruch II); zur Sterilisation BGH NJW 1995, 2407, 2409.

<sup>430</sup> BVerfGE 35, 202, 235 f. (Soldatenmord von Lebach – vgl. jetzt dazu BVerfG NJW 2000, 1859); vgl. auch BVerfGE 45, 187, 239 (Lebenslange Freiheitsstrafe) und BVerfGE 64, 261, 276 f. (Hafturlaub bei lebenslanger Freiheitsstrafe).

<sup>431</sup> BVerfGE 47, 46, 73 (Sexualkundeunterricht); BVerfG NJW 2011, 909 (Transsexueller).

<sup>432</sup> BVerfGE 99, 185, 193 f. (Scientology); 114, 339, 346 (Mehrdeutige Meinungsäußerungen); BVerfG NJW 2011, 511 (Bundeszentrale für politische Bildung).

<sup>433</sup> Vgl. dazu aus neuerer Zeit BVerfG NVwZ 2011, 94, 100 (Gentechnikgesetz); NJW 2011, 740 ff. (Caroline von Hannover); NJW 2009, 3293 f. (Video-Verkehrskontrollen); BVerfGE 119, 1, 29 ff. (Esra); NJW 2006, 2836, 2837 und 2838 (Veröffentlichung von Luftbilddaufnahmen von Feriendomizilen Prominenter); BVerfGE 115, 320, 341 f. (Rasterfahndung); 115, 166, 183 ff. (Auswertung von Daten aus PC und Handy); BVerfG NJW 2001, 2320 ff. (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz – „genetischer Fingerabdruck“); BVerfGE 101, 361, 383 (Caroline von Hannover); 99, 185, 193 (Rufschädigende Behauptung einer Scientology-Mitgliedschaft); 63, 131, 142 (Gegendarstellung); 54, 148, 155 (Eppler); 35, 202, 220 (Soldatenmord von Lebach – vgl. dazu auch BVerfG NJW 2000, 1859) sowie BVerfGE 113, 29, 46; 96, 171, 181; 84, 192, 194; 78, 77, 84; OLG Bamberg NJW 2010, 100 f. - allesamt bezugnehmend auf BVerfGE 65 1, 43 (Volkszählung).

<sup>434</sup> BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählung).

sei nur dann zulässig, wenn die Geheimhaltung gesichert sei. Im Übrigen seien statistische Daten frühzeitig zu anonymisieren. Schließlich seien die Verarbeitungsvoraussetzungen gesetzlich klar zu formulieren, es seien besondere Vorkehrungen zur Durchführung und Organisation der Datenverarbeitung und -erhebung zu treffen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat aktuell wieder hinsichtlich der **Videüberwachung öffentlicher Orte**, des **Straßenverkehrs** und von **Versammlungen**, der Abfrage von **Kontostammdaten**, der DNA-Identitätsfeststellung („**genetischer Fingerabdruck**“), der **Rasterfahndung**, des Abrufs von **Verkehrsdaten** (Vorratsdatenspeicherung), der Ermittlung des **Standorts eines Mobiltelefons**, der **automatischen Erfassung von Kfz-Kennzeichen** sowie der **Onlinedurchsuchung von Computern** zur Terrorismusbekämpfung an Bedeutung gewonnen (vgl. dazu sogleich sowie die Beispiele bei Rn 273). Zur Frage nach der Grundrechtsbeeinträchtigung durch Private vgl. Rn 283 Bsp. 8 und Rn 287 Fall 2.

**270a** Im Jahre 2008 hat das BVerfG entschieden, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die **Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme** schütze. In der modernen Kommunikationsgesellschaft bestehe ein besonderes Bedürfnis, dass auf Speichermedien befindliche Daten nicht unkontrolliert vom Staat eingesehen und abgerufen werden dürfen. Denn eine Überwachung der Nutzung solcher Systeme und eine Auswertung der Daten könnten weit reichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Nutzers bis hin zu einer Profilbildung ermöglichen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze daher davor, dass der Staat die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten könne, dass er einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit erhalten könne.<sup>435</sup>

Die Entscheidung betraf u.a. das heimliche Durchsuchen von Computern via Internet (sog. **Onlinedurchsuchung**), bei dem ein Spähprogramm auf dem Zielrechner installiert wird, um dort gespeicherte Daten auszuforschen. Vgl. dazu näher Rn 864 ff.

**271** Einen weiteren Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stellt das **Recht am eigenen Bild** dar.<sup>436</sup> Die Rspr. versteht darunter das Recht, die bildliche Darstellung der eigenen Person anderen gegenüber grundsätzlich selbst zu bestimmen.<sup>437</sup> Zwar hat der Träger des Persönlichkeitsrechts kein Recht darauf, von Dritten nur so wahrgenommen zu werden, wie er sich selbst gerne sehen möchte, er kann wohl aber erwarten, dass sein fotografisch erstelltes Bild nicht manipulativ (etwa durch eine Fotomontage oder digitale Veränderung) erstellt und veröffentlicht wird. Lediglich, wenn die Abwägung mit Grundrechten (i.d.R. die Kunstfreiheit) des Beeinträchtigenden oder Allgemeininteressen ergibt, dass diese Interessen höher wiegen, ist die Veröffentlichung zu dulden (vgl. dazu Rn 278, 283, 536 und 537).

**272** Mit dem Recht am eigenen Bild korrespondiert das **Recht am eigenen Wort**, also die Befugnis, selbst und allein zu bestimmen, wer das Wort aufnehmen soll, sowie ob und

<sup>435</sup> BVerfGE 120, 274, 302 (Onlinedurchsuchung von Computern).

<sup>436</sup> BVerfGE 35, 202, 224 (Lebach); 54, 148, 154 f. (Eppler); 101, 361, 380 f. (Caroline von Hannover); BVerfG NJW 2005, 3271, 3272 f. (Vorstandsvorsitzender der Deutschen Telekom); 2001, 594, 595 (Willy-Brandt-Gedenkmünze); BGH NJW 2000, 2195, 2196 f. (Marlene Dietrich I) und Parallelprozess BGH NJW 2000, 2201 („Der Blaue Engel“ – Marlene Dietrich II); BGH NJW 2004, 596 f. (Vorstandsvorsitzender der Telekom AG; aufgehoben von BVerfG NJW 2005, 3271 ff.); LG München I NJW 2004, 617, 618 (Ungenehmigte Veröffentlichung von Nacktaufnahmen im Fernsehen); OLG Jena OLG-NL 2005, 171 ff. (Recht auf ungestörte Trauer); BGH NJW 2008, 3134, 3135 f. (Heide Simonis beim Einkaufen).

<sup>437</sup> BVerfGE 101, 361, 381; 97, 228, 268 f.; BVerfG JZ 2001, 203; BGH NJW 1995, 861, 852 f.; BGH NJW 2004, 596 f. (Vorstandsvorsitzender der Telekom AG; aufgehoben von BVerfG NJW 2005, 3271). Mit der Aufnahme des neuen § 201a in das StGB stellt der Gesetzgeber die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen sogar unter Strafe. § 33 KUG bleibt hiervon unberührt.

von wem die auf einem Tonträger aufgenommene Stimme wieder abgespielt werden darf.<sup>438</sup> So hat der Einzelne ein Recht darauf, dass ihm nicht die Mitgliedschaft in einer Organisation oder Vereinigung zugeschrieben wird, wenn diese Zuschreibung Bedeutung für die Persönlichkeit und deren Bild in der Öffentlichkeit hat.<sup>439</sup> Die Rechte am eigenen Bild und am eigenen Wort beinhalten das **Recht auf Gegendarstellung**.<sup>440</sup> So ist z.B. dem Betroffenen, über den rechtswidrig (d.h. ehrverletzend) in einer Fernsehsendung oder einem Zeitschriftenartikel berichtet wird, das Recht zu gewähren, die Veröffentlichung einer Gegendarstellung in demselben Medium zu verlangen.<sup>441</sup> Allerdings ist dabei auch zu beachten, dass die Verpflichtung zur Veröffentlichung der Gegendarstellung in das Grundrecht der Rundfunk- bzw. Pressefreiheit (Art. 5 I S. 2 GG) eingreift, denn sehr leicht kann ein Imageschaden bzw. ein Glaubwürdigkeitsverlust für die betroffene Rundfunkanstalt/das betroffene Presseunternehmen entstehen, wenn durch die Gegendarstellung der Eindruck erweckt wird, die Redaktion habe unzutreffend oder oberflächlich recherchiert. Das grundsätzliche Recht, die Veröffentlichung einer Gegendarstellung verlangen zu können, kann daher versagt werden, wenn gewichtige Belange der Rundfunk- bzw. Pressefreiheit entgegenstehen. Als solch einen gewichtigen Belang hat es das BVerfG angesehen, wenn der ursprüngliche Bericht, auf den sich der Gegendarstellungsanspruch bezieht, mehrdeutig war bzw. lediglich versteckte Aussagen enthielt. In diesem Fall sei nicht bewiesen, dass sich ein ehrwürdiger Inhalt als unabweisliche Schlussfolgerung aus der offenen Aussage ergebe.<sup>442</sup>

**(Weitere) Beispiele:**

273

- (1) § 24c KWG verpflichtet die Kreditinstitute, **Kontostammdaten** ihrer Kunden (Nummer der Konten, Tag der Einrichtung und ggf. Tag der Auflösung) zu speichern, damit die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und – mit ihrer Genehmigung – auch Strafverfolgungsbehörden darauf zurückgreifen können. Außerdem erlaubt § 93 VII AO den Finanzämtern Kontoabfragen, wenn diese zur Festsetzung oder Erhebung von Steuern erforderlich sind und ein Auskunftersuchen an den Steuerpflichtigen gescheitert ist oder keinen Erfolg verspricht. ⇨ Da die Kontostammdaten zu den persönlichen Informationen gehören, über deren Kenntnisnahme der Betroffene grds. selbst frei entscheiden können soll, greifen § 24c KWG und § 93 VII AO in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG ein.<sup>443</sup>
- (2) Die Feststellung, Speicherung und (künftige) Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters („**genetischer Fingerabdruck**“) greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein.<sup>444</sup> Wenn die Strafverfolgungsbehörde auf der Grundlage des § 100g StPO **Verkehrsdaten**<sup>445</sup> bei den Erbringern von Telekommunikationsleistungen<sup>446</sup>, die diese gem. § 113a TKG sechs Monate lang speichern müssen (sog. **Vorratsdatenspeicherung**), abrufen, liegt sogar ein Eingriff in Art. 10 I GG vor.<sup>447</sup>
- (3) Art. 2 I i.V.m. 1 I GG ist einschlägig bei der automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen durch **Kennzeichnensysteme** und deren Abgleich mit dem Fahndungsbestand durch die Polizei,<sup>448</sup> der **Video-Verkehrsüberwachung**<sup>449</sup>, der polizeili-

<sup>438</sup> BVerfGE 34, 238, 246 (Heimliche Tonbandaufnahme); 54, 208, 217 (Fernsehkommentar Böll).

<sup>439</sup> BVerfGE 99, 185 ff. (Angebliche Mitgliedschaft in der Scientology-Organisation).

<sup>440</sup> BVerfGE 97, 125, 146 f.; BVerfG NJW 2008, 1654, 1655 f. (jeweils Berichtigung durch Gegendarstellung). Vgl. auch *Dörr*, JuS 2008, 927 f.; *Seitz*, NJW 2001, 579; LG München I NJW 2004, 606 ff.

<sup>441</sup> BVerfGE 63, 131, 142 f. (Gegendarstellung).

<sup>442</sup> BVerfG NJW 2008, 1654, 1655 f. Das Recht der Gegendarstellung ist einfachgesetzlich in den Landespressgesetzen normiert (vgl. etwa Art. 10 BayPresseG; § 11 HbgPresseG).

<sup>443</sup> BVerfGE 118, 168, 185 ff. Vgl. auch *Kahl/Ohlendorf*, JuS 2008, 682, 684 f.

<sup>444</sup> BVerfG NJW 2001, 2320, 2321. Vgl. auch *Satzger*, JZ 2001, 639 und LG Hamburg NJW 2001, 2563.

<sup>445</sup> Das sind Informationen, wer wann mit wem von welchem Ort aus per Telefon, Mobiltelefon, Internet oder E-Mail kommuniziert hat, § 3 Nr. 30, § 96, § 113a TKG.

<sup>446</sup> Z.B. Dt. Telekom, Vodafone u.a., vgl. § 3 Nr. 6, § 10, § 24 TKG.

<sup>447</sup> Vgl. dazu Rn 734g, Rn 738 (Bsp. 4) und Rn 747 (Bsp. 4).

<sup>448</sup> BVerfG NJW 2008, 1505 ff.; ausführlich *Roßnagel*, NJW 2008, 2547 ff., *Breyer*, NVwZ 2008, 824 ff., *Muckel*, JA 2009, 77 ff., *Bodenbrenner/Heinemann*, NVwZ 2010, 679 ff und *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 174 ff.

chen Übermittlung von personenbezogenen Daten zum Zwecke des Abgleichs mit anderen Datenbeständen (**Rasterfahndung**)<sup>450</sup> sowie der (längerfristigen) **Observation** eines aus der Haft entlassenen (Sexual-)Straftäters.<sup>451</sup>

- (4) Werden in der Hauptverhandlung eines Mordprozesses **tagebuchähnliche Aufzeichnungen** des Täters verlesen, ist ebenfalls der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eröffnet.<sup>452</sup>
- (5) Auch die Herausgabe von **Stasi-Akten** nach dem Stasi-Unterlagengesetz greift jedenfalls dann, wenn personenbezogene Daten in den Akten vermerkt sind, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen ein. Das gilt auch für Personen der Zeitgeschichte.<sup>453</sup>
- (6) Wenn Aktivmeldungen, d.h. die Signale, mit denen ein eingeschaltetes Mobiltelefon („Handy“) in regelmäßigen Abständen seine Kennung an die nächste Funkvermittlungsstation sendet<sup>454</sup>, abgefragt werden, um den **Standort des Mobiltelefons** (und damit i.d.R. auch den Aufenthaltsort des Besitzers) zu ermitteln (vgl. § 100i StPO), liegt ein Grundrechtseingriff vor. Zwar erfasst eine reine Standortermittlung lediglich die technische Kommunikation zwischen Geräten und nicht den durch Art. 10 I GG geschützten Austausch von vertraulichen, persönlichen und individuellen Informationen<sup>455</sup>, betroffen ist aber das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung.
- (7) Nicht ganz unproblematisch ist auch die polizeiliche Datenerhebung durch offenen Einsatz optisch-technischer Mittel (sog. **Videoüberwachung**) an öffentlichen Orten, an denen vermehrt Straftaten begangen werden oder bei denen aufgrund der örtlichen Verhältnisse die Begehung von Straftaten besonders zu erwarten ist (etwa Bahnhofsvorplätze, U-Bahnhöfe, Parks, Fußgängerunterführungen etc.). Zwar wird – mit dem Argument, dass wer sich der Öffentlichkeit aussetze und andere beobachte, auch mit der Beobachtung anderer rechnen müsse – teilweise die Grundrechtsrelevanz derartiger Maßnahmen in Frage gestellt.<sup>456</sup> Gegen eine solche Bagatellisierung des Persönlichkeitsrechts spricht aber schon, dass allenfalls mit der Beobachtung durch private Dritte gerechnet werden muss, nicht aber mit der (ständigen bzw. uneingeschränkten) Beobachtung durch die Obrigkeit, die sich noch dazu technischer und elektronischer Mittel bedient, mit deren Hilfe Informationen erlangt werden können, deren Verarbeitung für den Bürger nicht ersichtlich ist. Darüber hinaus besteht die latente Gefahr der Aushöhlung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Bürger, sofern eine flächendeckende Überwachung stattfindet.<sup>457</sup> Da-

---

<sup>449</sup> BVerfG NJW 2009, 3293 (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2010, 74); BVerfG NJW 2010, 2717 f. (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2010, 835); OLG Stuttgart DAR 2010, 148 f.; OLG Bamberg NJW 2010, 100 f.; OLG Jena NJW 2010, 1093; OLG Koblenz NSTz 2010, 589; *ausf. Arzt/Eier*, NZV 2010, 113 ff.; *Roggan*, NJW 2010, 1042 ff.

<sup>450</sup> Vgl. BVerfGE 115, 320, 341 f.; OLG Frankfurt a.M. NVwZ 2002, 626, 623; OLG Düsseldorf NVwZ 2002, 629; *ausführlich R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 376 ff.

<sup>451</sup> VG Aachen 24.1.2011 – 6 K 140/10 (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2011, 394).

<sup>452</sup> BVerfGE 80, 367 ff. (Verwertung tagebuchähnlicher Aufzeichnungen).

<sup>453</sup> Vgl. dazu BVerwG NJW 2002, 1815 und – nach der Änderung des Stasi-Unterlagengesetzes – BVerwG NJW 2004, 2462, 2463 (Herausgabe von Stasi-Akten über Helmut Kohl).

<sup>454</sup> Zu den technischen Grundlagen: Die über Funk übermittelte Kommunikation wird durch eine sog. IMEI-Gerätenummer (International Mobile Equipment Identity) und eine sog. IMSI-Kartenummer (International Mobile Subscriber Identity) einzelnen Mobiltelefonen bzw. Teilnehmern zugeordnet. Die IMSI- (auch SIM-) Nummer wird weltweit nur einmal vergeben und einer bestimmten Person, die sich bei Erwerb des Mobiltelefons ausweisen muss, zugewiesen. Sobald das Mobiltelefon eingeschaltet ist, tauscht es mit der Send- und Empfangsstation (Basisstation) der jeweiligen Funkzelle automatisch diese Identifizierungsmerkmale aus. Der „IMSI-Catcher“ simuliert eine Basisstation, sodass sich alle Mobilfunkgeräte im Sendebereich einer Funkzelle in den IMSI-Catcher einbuchen und die Mobiltelefone auf diese Weise geortet und ihre Inhaber bestimmt werden können. Vgl. nunmehr auch *Jochum*, JuS 2010, 719 ff.

<sup>455</sup> BVerfG NJW 2007, 351, 353 f.

<sup>456</sup> VG Karlsruhe NVwZ 2002, 117.

<sup>457</sup> Vgl. zur Kritik *Zöller*, NVwZ 2005, 1235 ff.; *Göddeke*, NVwZ 2002, 181, 182; *Roggan*, NVwZ 2001, 134 ff.; *Vahle*, NVwZ 2001, 165 f.; *Dolderer*, NVwZ 2001, 130 ff.; *Maske*, NVwZ 2001, 1248 ff. Das VG Karlsruhe NVwZ 2002, 117, 118 (aufgehoben von VGH Mannheim NVwZ 2004, 498 ff.) erhebt keine Bedenken gegenüber der Verfassungsmäßigkeit des § 21 III BWPöG.

her ist ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung selbst bei bloßer Beobachtung mittels Bildübertragung ohne Bildaufzeichnung (sog. Kamera-Monitor-Prinzip) zu bejahren.<sup>458</sup> Es besteht also die Notwendigkeit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch ein verfassungsmäßiges Gesetz, das in verfassungskonformer Weise angewendet wird. Das gilt auch hinsichtlich des Einsatzes sog. **Video-Drohnen**<sup>459</sup>, unabhängig davon, ob eine Speicherung der Aufnahmen stattfindet, oder ob der Einsatz von den Betroffenen bemerkt wird.<sup>460</sup> Ob die Zwecktauglichkeit einer **Onlinedurchsuchung** von Computern oder einer offen durchgeführten Videoüberwachung zur **Terrorismusbekämpfung** gegeben ist, kann nicht ohne weiteres beantwortet werden. Hinsichtlich der Onlinedurchsuchung wird der betreffende Personenkreis wohl seltener brisante Informationen auf der heimischen Computerfestplatte gespeichert haben, nachdem die Onlinedurchsuchung nunmehr in der Öffentlichkeit breit diskutiert worden ist. Auch die offene Videoüberwachung dürfte zur Terrorismusbekämpfung nicht ohne weiteres zwecktauglich sein, weil der betreffende Personenkreis nach Möglichkeit vermeiden wird, sich in den Kamerabereich zu begeben bzw. sich dort auffällig zu verhalten. Vgl. auch Rn 287 (Fall 3) sowie R. *Schmidt*, BesVerwR II, Rn 153 ff.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Da nach ganz h.M. Private keine Grundrechtsadressaten sind, können sie auch unmittelbar keine Grundrechte verletzen. Die Grundrechte gelten aber mittelbar, d.h. sie müssen im Rahmen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, insbesondere bei zivilrechtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen, berücksichtigt werden. Daher ist es in Bsp. (1) von Rn 266 möglich, dass F aus § 823 I BGB auf Schadensersatz oder aus § 1004 I BGB auf Unterlassung oder Beseitigung klagt. Aufgabe des Trichters ist es dann, das allgemeine Persönlichkeitsrecht als geschütztes Rechtsgut im Rahmen der Tatbestandsauslegung der Anspruchsnorm zu berücksichtigen. Vgl. dazu auch Rn 275b, 276, 278a und 287 (Fall 1).

Schließlich umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch den Schutz vor **Fragen im Berufsleben** (z.B. in einem Bewerbungsgespräch oder in einem Kündigungsverfahren) über persönliche Lebensumstände (etwa nach einer bestehenden HIV-Infektion, einer Schwangerschaft oder nach bestimmten sexuellen Vorlieben). Allerdings ist es mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der aus dem öffentlichen Dienst der DDR übernommenen Arbeitnehmer grundsätzlich vereinbar, dass die Arbeitgeber von ihnen vor der Entscheidung über eine Kündigung nach den Vorschriften des Einigungsvertrags verlangen, Fragen über frühere Parteifunktionen in der SED und Tätigkeiten für das Ministerium für Staatssicherheit zu beantworten. Fragen nach Vorgängen, die vor dem Jahre 1970 abgeschlossen waren, verletzen jedoch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten. Wurden sie unzutreffend beantwortet, dürfen daraus keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen gezogen werden.<sup>461</sup>

274

Bezüglich des **persönlichen** Schutzbereichs kann auf die Ausführungen bei Rn 57 ff. (insb. Rn 60) verwiesen werden.

274a

## 2. Eingriff in den Schutzbereich

Wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht **durch staatliche Stellen** beeinträchtigt, geschieht dies meist durch faktische Maßnahmen. Das können die **Kundgabe abfälliger Äußerungen**, aber auch die **Erhebung, Speicherung, Verwendung** bzw. **Wei-**

275

<sup>458</sup> Wie hier nun auch BVerfG NJW 2009, 3293 f. (Video-Verkehrsüberwachung); NVwZ 2007, 688, 690; VGH Mannheim NVwZ 2004, 498, 499 ff. Vgl. auch OVG Hamburg NordÖR 2010, 498 ff.; *Bull*, NJW 2009, 3279 ff.; *Schnabel*, NVwZ 2010, 1457 ff.

<sup>459</sup> Hierbei handelt es sich um unbemannte Flugkörper, die mit Foto- oder Videotechnik ausgestattet sind.

<sup>460</sup> Vgl. dazu ausführlich *Roggan*, NVwZ 2011, 590 ff. und unten Rn 659, 660.

<sup>461</sup> BVerfGE 96, 171, 181 (Ordentliche Kündigung wegen Funktionen in SED und Tätigkeiten für Stasi).

**tergabe** von **personenbezogenen Daten** (Beispiele: automatisierter Konto-Abruf, Video-Verkehrsüberwachung, automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen, Lesen von Daten aus PC oder Handy bzw. Onlinedurchsuchung von Computern, Erstellen eines „genetischen Fingerabdrucks“; „Rasterfahndung“; Herausgabe von Stasi-Akten, Observation, Videoüberwachung öffentlicher Orte, Vorratsdatenspeicherung etc.) sowie heimliche Sprachaufnahmen sein. Vgl. dazu die bei Rn 273 angeführten Beispiele. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Staat Daten erstmalig erhebt oder auf bereits zuvor erhobene Daten erneut zugreift (wie das etwa beim Datenabgleich bzw. bei der Rasterfahndung der Fall ist). Nicht weniger relevant sind Eingriffe durch Verwaltungsakt, etwa die Anordnung und Durchführung eines DNA-Tests im Rahmen der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung.

**275a** Da sich in derartigen Fällen der Betroffene grundsätzlich zunächst an die Fachgerichtsbarkeit wenden muss (er also nicht gleich Verfassungsbeschwerde erheben kann, vgl. Rn 1061 ff.), kommt eine Verfassungsbeschwerde i.d.R. nur nach Erschöpfung des Rechtswegs, d.h. gegen das letztinstanzliche Gerichtsurteil in Betracht. **Dieses Urteil** (ggf. zusammen mit der dem Urteil zugrunde liegenden staatlichen Maßnahme) ist dann **Gegenstand der Verfassungsbeschwerde**.<sup>462</sup> Freilich ändert dies nichts daran, dass bei der Überprüfung des Urteils die ihm zugrunde liegende staatliche Maßnahme eigentlicher Prüfungsgegenstand der Verfassungsbeschwerde ist. Lediglich der „Einstieg“ in die Prüfung erfolgt über das Fachgerichtsurteil. Nur, wenn der Betroffene durch die gesetzliche Regelung selbst, unmittelbar und gegenwärtig beschwert ist, kann er sofort Verfassungsbeschwerde erheben (Rn 1042 ff.).

**275b** Wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch **private Dritte** (etwa durch Romanstreiber, Zeitungsreporter, Journalisten, Fotografen, Rundfunkveranstalter oder Vertreter der Werbewirtschaft) beeinträchtigt, ist zunächst zu beachten, dass Private grundsätzlich nicht grundrechtsverpflichtet sind und daher auch nicht – zumindest nicht unmittelbar – Grundrechte anderer Privater verletzen können. Dies kann nur der Staat.<sup>463</sup> Da andererseits die Grundrechte aber auch eine objektive Wertordnung darstellen, können sie ihre Wirkung zumindest mittelbar über die zwischen Privaten geltenden Zivilrechtsnormen entfalten.<sup>464</sup> Das ändert aber nichts daran, dass auf beiden Seiten ein Privatrechtssubjekt steht und daher eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegt, für die der **Zivilrechtsweg** einzuschlagen ist.<sup>465</sup> Das Zivilgericht nimmt dann eine Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und den Rechten des Dritten (etwa der Meinungsäußerungs- oder Pressefreiheit) vor. Sollte das Zivilgericht bei dieser Abwägung der gegenläufigen Belange die Bedeutung eines Grundrechts verkennen, verletzt es spezifisches Verfassungsrecht. Dann kann (nach Erschöpfung des Rechtswegs) der Betroffene **Verfassungsbeschwerde gegen das Gerichtsurteil** erheben. Dabei gilt es für den Klausurbearbeiter auch, lediglich den „Einstieg“ über das Zivilgerichtsurteil zu wählen und sodann zu prüfen, ob die Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen rechtsfehlerfrei (d.h. grundrechtskonform) vorgenommen wurde. Vgl. zu dieser Vorgehensweise auch Rn 111 und 517 ff.

<sup>462</sup> Vgl. exemplarisch den Fall BVerfG NJW 2010, 1587 f. (dazu Rn 517d).

<sup>463</sup> Zur Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung vgl. Rn 39 ff.

<sup>464</sup> Zur Grundrechtsbindung zwischen Privaten vgl. Rn 105.

<sup>465</sup> Die Klage ist hier – sofern sie auf Unterlassung gerichtet ist – auf § 1004 I S. 2 BGB ggf. i.V.m. den Vorschriften des UrhG und des KUG zu stützen; vgl. dazu aus jüngerer Zeit BVerfG NJW 2010, 1587 f. (Veröffentlichung eines nicht für die Allgemeinheit bestimmten Briefes); BGH NJW 2009, 1502 ff. (Sabine Christiansen); NJW 2009, 1499 ff. (Fürst Rainer von Monaco); NJW 2009, 757 ff. (Karsten Speck); NJW 2005, 2844, 2845 ff. (Roman „Esra“ – teilweise erfolgreich angegriffen vor dem BVerfG, vgl. E 119, 1, 29 ff., und nunmehr BGH NJW 2008, 2587 ff.); BGH NJW 2005, 497, 498 (Heimlich eingeholter DNA-Vaterschaftstest); NJW 2005, 592 (Bekanntgabe der Abtreibungspraxis eines Gynäkologen); NJW 2004, 596 f. (Vorstandsvorsitzender der Telekom AG; aufgehoben von BVerfG NJW 2005, 3271 ff.); NJW 2007, 1977 ff. und NJW 2007, 1981 (Caroline und Ernst August von Hannover). Zur zivilrechtlichen Komponente des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. ausführlich R. Schmidt, SchuldR BT II, 6. Aufl. 2009, Rn 655, 1120, 1159, 1160 und 1163.

Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Erscheinungsformen wie das Recht am eigenen Bild und das Namensrecht nicht nur dem Schutz ideeller, sondern auch kommerzieller Interessen der Persönlichkeit dienen, stehen dem Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht nur der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gem. § 1004 BGB, sondern auch hinsichtlich der kommerziellen Verwertung Schmerzensgeld bzw. Schadensersatz (vgl. § 823 I BGB, ggf. i.V.m. § 253 II BGB) zu, wenn diese vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts durch eine unbefugte Verwendung des Bildnisses, des Namens oder andere kennzeichnende Persönlichkeitsmerkmale *schuldhaft* und in *schwerwiegender* Weise verletzt werden.<sup>466</sup> Diese Ansprüche gehen nach dem Tod auf die Erben über (Rn 56 und 230). Diese können Schadensersatz verlangen, solange die ideellen Interessen noch geschützt sind.<sup>467</sup>

276

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Staatliche Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sind trotz der Bezugnahme auf Art. 1 I GG rechtfertigungsfähig. Denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist dogmatisch dem Art. 2 I GG zugeordnet, dessen Schutzniveau lediglich durch Art. 1 I GG verstärkt wird. Insoweit zieht die Rspr. auch die Schrankentrias des Art. 2 I GG heran.<sup>468</sup> Eingriffe bedürfen daher zunächst einer **formellen gesetzlichen Grundlage** (die selbstverständlich auch die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen wie das Bestimmtheitsgebot, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz etc. beachten muss). Gerade aufgrund der dogmatischen Zuordnung zu Art. 2 I GG gilt aber das Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG nicht.

277

**Beispiele:** Gesetze i.S. dieses Schrankenvorbehalts sind § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz i.V.m. § 81g StPO hinsichtlich Feststellung, Speicherung und (künftiger) Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters („genetischer Fingerabdruck“)<sup>469</sup> oder die Vorschriften des Stasi-Unterlagengesetzes hinsichtlich der Herausgabe von Stasi-Unterlagen<sup>470</sup>; §§ 22 f. KUG hinsichtlich Eingriffe in das Recht am eigenen Bild; strafprozessuale Standardmaßnahmen nach §§ 94 ff. StPO (insb. §§ 100a ff. StPO); präventivpolizeigetzliche Befugnisse zur Rasterfahndung oder Videoüberwachung öffentlicher Plätze (s.o.) etc. Vgl. auch die Beispiele bei Rn 273.

Dagegen ist fraglich, ob für die **Video-Verkehrsüberwachung** eine Rechtsgrundlage vorhanden ist. Jedenfalls kann als Rechtsgrundlage § 100h I S. 1 Nr. 1 StPO, der über § 46 OWiG auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren Anwendung findet, herangezogen werden, wenn die Erstellung von Beweisfotos nicht automatisch, sondern aufgrund des Einsatzes eines Messbeamten erfolgt, der eine Messeinrichtung bedient und dann individuell eine Identifizierungskamera auslöst. Denn durch die Beobachtung des Messbeamten und die anschließende Informationsbewertung kann der Anfangsverdacht einer Ordnungswidrigkeit hergeleitet werden, sodass dann § 100h I S. 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 OWiG greift.<sup>471</sup> Ob § 100h I S. 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 OWiG aber auch bei einer *automatischen* Erfassung des Verkehrsteilnehmers als Rechtsgrundlage greift, ist fraglich. Zunächst war das BVerfG der Auffassung, dass dies nicht der Fall sei, sodass es eine ent-

<sup>466</sup> Vgl. OLG Hamm NJW-RR 2001, 1622; OLG Jena OLG-NL 2005, 171 ff.

<sup>467</sup> BGH NJW 2000, 2195, 2196 f. (Marlene Dietrich I) und Parallelprozess BGH NJW 2000, 2201 („Der Blaue Engel“ – Marlene Dietrich II). Vgl. auch BVerfG NJW 2001, 594, 595 (Willy-Brandt-Gedenkmünze).

<sup>468</sup> Vgl. nur BVerfG NJW 2001, 594, 595 (Willy Brandt); BVerfGE 101, 361, 387 (Caroline von Hannover); BVerfG NJW 2001, 2320, 2321 (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz); BVerfGE 97, 391, 401. Zu beachten ist jedoch, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz nach der (zweifelhaften) Rspr. des BVerfG allein auf Art. 1 I GG fußt (Rn 56 und 230) und dass Eingriffe in Art. 1 I GG keiner Abwägung zugänglich sind. Steht also fest, dass eine Handlung das postmortale Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, ist zugleich ihre Rechtswidrigkeit gegeben, vgl. BVerfG NVwZ 2008, 549, 550 (Theaterstück „Ehrensache“); NJW 2006, 3409, 3410 f.; NJW 2001, 2957; allesamt zurückgehend auf BVerfGE 30, 173, 194 (Mephisto).

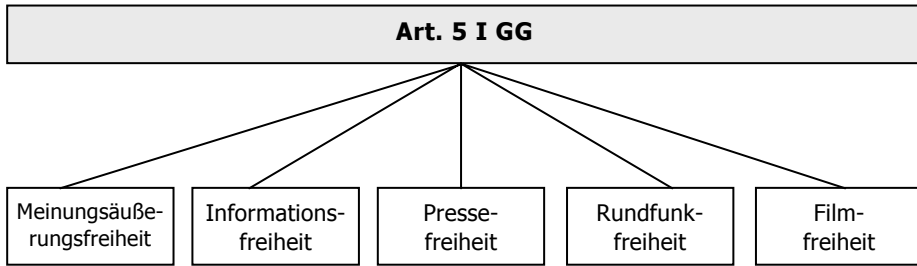
<sup>469</sup> BVerfG NJW 2001, 2320, 2321. Die nach § 3 S. 2 DNA-IFG zu treffende Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 81g I StPO unterliegt keinem Richtervorbehalt (LG Hamburg NJW 2001, 2563).

<sup>470</sup> Vgl. dazu BVerfG NJW 2004, 2462, 2463 (Herausgabe von Stasi-Akten über Helmut Kohl).

<sup>471</sup> Vgl. dazu auch OLG Bamberg NJW 2010, 100 f.

## G. Meinungsäußerungs-, Informations-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit – Art. 5 I GG

427



Wie der Übersicht zu entnehmen ist, enthält Art. 5 I GG insgesamt fünf Grundrechte:

- Die **Meinungsäußerungsfreiheit**<sup>757</sup> (Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG) ist das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten.
- Die **Informationsfreiheit** (Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG) ist das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.
- Die **Pressefreiheit** (Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG) ist das Recht, alle an die Allgemeinheit bestimmten Druckerzeugnisse zu verbreiten.
- Die **Freiheit der Rundfunkberichterstattung** (Art. 5 I S. 2 Var. 2 GG) ist das Recht, Darbietungen aller Art für die Allgemeinheit mit Hilfe elektrischer Schwingungen zu verbreiten. Lediglich der technische Verbreitungsweg unterscheidet den Rundfunk von der Presse.
- Die **Freiheit der Filmberichterstattung** (Art. 5 I S. 2 Var. 3 GG) ist das Recht, Filme herzustellen und zu verbreiten.<sup>758</sup>

## I. Grundrechtstatbestände (Schutzbereiche) und Eingriffe

### 1. Meinungsäußerungsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG

**Meinungsäußerungsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG**

**I. Schutzbereich**

Der Begriff der Meinung ist weit zu verstehen. Jedenfalls umfasst er *Werturteile*, gleichgültig auf welchen Gegenstand sie sich beziehen und welchen Inhalt sie haben. Sie können politisch oder unpolitisch, wertvoll oder wertlos, vernünftig oder unvernünftig sein; sogar Beleidigungen sind erfasst, wie sich aus dem Rückschluss aus Art. 5 II GG ergibt. Es bietet sich folgende Definition an:

Ein **Werturteil** ist anzunehmen, wenn die Äußerung durch Elemente der subjektiven Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, wenn die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Behauptung eine Sache der persönlichen Überzeugung bleibt.

Nach zutreffender Auffassung des BVerfG werden grds. auch *Tatsachenbehauptungen* erfasst.

Eine **Tatsachenbehauptung** beschreibt wirklich geschene oder existierende, dem Beweis zugängliche Umstände.

<sup>757</sup> Gelegentlich wird schlicht von „Meinungsfreiheit“ gesprochen (so etwa bei *Pieroth/Schlink*, Rn 594). Diese Bezeichnung greift zu kurz, da auch die anderen Grundrechte aus Art. 5 I GG letztlich der Freiheit der Meinung dienen. Daher wird im Folgenden hinsichtlich des in Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG genannten Rechts der präzisere Begriff der „Meinungsäußerungsfreiheit“ verwendet.

<sup>758</sup> Zu den Definitionen vgl. BVerfGE 103, 44, 59 ff. (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal).

Entscheidendes Abgrenzungskriterium zum Werturteil ist also, dass Tatsachenbehauptungen entweder wahr oder unwahr, Werturteile dagegen weder wahr noch unwahr sind. Reine, d.h. **erwiesene oder bewusst unwahre** Tatsachenäußerungen ohne Bezug zu einem Werturteil sind nach h.M. nicht vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst. Da aber die Tatsachenbehauptung regelmäßig (zumindest stillschweigend) mit einem Werturteil des Behauptenden verbunden ist und auch bereits die Entscheidung, eine Tatsache zu äußern, eine wertende Qualität hat, sind in der Praxis nur wenige Fälle denkbar, die aus dem Schutzbereich herausfallen. Davon unabhängig muss die Frage nach der Abwägung mit kollidierenden Grundrechten anderer beantwortet werden. Siehe dazu unten unter „Verfassungsrechtliche Rechtfertigung“. Geschützt wird *jede* Form der Meinungsäußerung und -verbreitung. Auch die **negative Meinungsäußerungsfreiheit** ist erfasst. Das ist das Recht, Meinungen nicht zu äußern und nicht zu verbreiten. Die negative Meinungsäußerungsfreiheit schützt auch davor, fremde Meinungen als eigene äußern und verbreiten zu müssen. **Schmähschmähkritik** fällt je nach Auffassung entweder bereits aus dem Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit heraus oder steht bei einer Abwägung mit den betroffenen Rechten Dritter regelmäßig hinter diesen zurück.

## II. Eingriff in den Schutzbereich

Ein **Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit** liegt immer dann vor, wenn der Schutzbereich durch eine beliebige Maßnahme der öffentlichen Gewalt, die die Meinungsäußerung oder -verbreitung verbietet oder behindert, beeinträchtigt wird.

## III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die wichtigsten Schranken für die Grundrechte des Art. 5 I GG sind die drei in Art. 5 II GG normierten Schranken der allgemeinen Gesetze, der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und des Rechts der persönlichen Ehre.

### ⇒ Die Vorschriften der allgemeinen Gesetze

Die mit Abstand wichtigste Schranke des Art. 5 II GG und damit die bedeutsamste Grundlage zur Rechtfertigung von Eingriffen ist die der „allgemeinen Gesetze“. Fraglich ist, was unter „allgemein“ zu verstehen ist. Klar ist, dass damit nicht das Verbot des Einzelfallgesetzes i.S.d. Art. 19 I S. 1 GG gemeint sein kann, denn die Aussage des Art. 19 I S. 1 GG bedarf keiner Bestätigung. Vielmehr ist „allgemein“ grundrechtsspezifisch auszulegen. Nach dem BVerfG sind die allgemeinen Gesetze wie folgt zu bestimmen:

**Allgemein** sind solche Gesetze, die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen, das gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.

Besteht im konkreten Fall ein allgemeines Gesetz, ist der Eingriff aber noch nicht gerechtfertigt. Vielmehr muss (als Schranken-Schranke) die eine besondere Form des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellende **Wechselwirkung** zwischen dem Grundrecht und dem einschränkenden Gesetz beachtet werden. Dies bedeutet, dass das einschränkende Gesetz seinerseits im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 I GG ausgelegt und angewendet werden muss.

### ⇒ Bestimmungen zum Schutz der Jugend

Die in Art. 5 II GG vorgesehenen **Bestimmungen zum Schutz der Jugend** sind Regelungen zur Abwehr der Jugend drohender Gefahren, wie sie vor allem von Medienprodukten ausgehen können, die Gewalttätigkeiten glorifizieren, Hass auf andere Menschen provozieren, den Krieg verherrlichen oder sexuelle Vorgänge in grob schamverletzender Weise darstellen. Es ist stets eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen der Forderung nach umfassendem Grundrechtsschutz und dem verfassungsrechtlich herausgehobenen Interesse an einem effektiven Jugendschutz. Wichtige Einschränkungen zum Schutz der Jugend enthält das Jugendschutzgesetz (JuSchG).

### ⇒ Schutz der persönlichen Ehre

Der **Schutz der persönlichen Ehre** ist zwar ohnehin durch Art. 2 I i.V.m. 1 I GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) geschützt. Durch den in Art. 5 II GG genannten Gesetzesvorbehalt ist aber ein einschränkendes Gesetz erforderlich. Solche Gesetze stellen in erster Linie die §§ 185 ff. StGB dar. Auch die §§ 823 und 1004 BGB enthalten als allgemeine Gesetze einen Schutz der Ehre, da die Ehre Bestandteil des in diesen Vorschriften ge-

schützen allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Bei der Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen, die auf solchen Gesetzen beruhen, ist stets eine Abwägung unter Beachtung der Wechselwirkungstheorie der betroffenen Grundrechte aus Art. 5 I GG vorzunehmen.

#### IV. Insbesondere: Grundrechtskollision

Beeinträchtigt eine Privatperson (etwa ein Journalist) Rechte einer anderen Privatperson (etwa die eines Politikers oder Prominenten), wird diese Rechtsbeeinträchtigung zumeist vor dem Zivilgericht ausgetragen. Dieses richterliche Urteil ist es dann, das als staatlicher Eingriffsakt unmittelbar Grundrechte (der unterlegenen Partei) beeinträchtigt. Erhebt diese unterlegene Partei nun Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG gegen das (letztinstanzliche) Urteil, hat das BVerfG (und somit der Klausurbearbeiter) zu prüfen, ob das Fachgericht spezifisches Verfassungsrecht verletzt hat. Verletzung spezifischen Verfassungsrechts bedeutet *nicht*, dass das BVerfG (und damit der Klausurbearbeiter) prüft, ob das Gericht die Vorschriften des einfachen Rechts richtig angewendet hat („Verletzung einfachen Rechts“). Das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz. Vielmehr liegt eine spezifische Verfassungsverletzung vor, wenn das Fachgericht

- ⇒ selbst Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte (z.B. Art. 103 I GG) verletzt (etwa in seiner Entscheidung das entsprechende Grundrecht unverhältnismäßig beschränkt),
- ⇒ seine Entscheidung auf eine grundrechtswidrige Norm gestützt
- ⇒ oder bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts grundrechtliche Wertungen nicht beachtet hat (mittelbare Drittwirkung von Grundrechten). Vgl. dazu auch Rn 517.

**428** Das Grundrecht auf Meinungsäußerung zählt zu den wichtigsten Menschenrechten überhaupt. Für eine Demokratie ist es schlechthin konstituierend. Für sie gilt die Vermutung der Zulässigkeit der freien Rede.<sup>759</sup> Der Begriff der Meinung ist daher weit zu verstehen und umfasst jedenfalls **Werturteile**, gleichgültig auf welchen Gegenstand sie sich beziehen und welchen Inhalt sie haben. Sie können politisch oder unpolitisch, wertvoll oder wertlos, sachlich oder polemisch, vernünftig oder unvernünftig sein.<sup>760</sup> Denn in der öffentlichen Auseinandersetzung mit Personen, deren Funktionen und Verhaltensweisen muss Kritik erlaubt sein, weil anderenfalls die Gefahr einer Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses droht.<sup>761</sup> Sogar Beleidigungen und Schmähungen sind vom Schutzbereich des Art. 5 I GG erfasst, wie sich aus dem Rückschluss aus Art. 5 II GG ergibt, treten aber regelmäßig im Rahmen der praktischen Konkordanz hinter den Ehrenschutz zurück.<sup>762</sup> Zur praktischen Konkordanz und zur Schmähkritik vgl. Rn 439 ff.

**429** Ein **Werturteil** ist anzunehmen, wenn die Äußerung durch Elemente der subjektiven Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, wenn die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Behauptung eine Sache der persönlichen Überzeugung bleibt.<sup>763</sup>

#### Beispiele:

- (1) Boykottaufruf**, etwa einen bestimmten Film nicht anzuschauen<sup>764</sup> oder **Protest** gegen Milchprodukte eines bestimmten Herstellers, die genetisch veränderte Inhaltsstoffe enthalten<sup>765</sup>

<sup>759</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198, 208 (Lüth); BVerfG NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse); NJW 2003, 1303 (Benetton-Schockwerbung); NVwZ 2004, 90, 91 (Versammlungsverbot); vgl. auch *Brugger*, JA 2006, 687 ff.

<sup>760</sup> BVerfGE 30, 336, 347 (Sonnenfreunde); 61, 1, 7 (Wahlkampf); 93, 266, 289 („Soldaten sind Mörder“); BVerfG NJW 2003, 1109; NVwZ 2008, 416 f.; NJW 2009, 3016 f.; *Muckel*, JA 2010, 672 f.

<sup>761</sup> BVerfGE 54, 129, 137; 60, 234, 241; 66, 116, 139; 82, 272, 281 f.; BVerfG NJW 2009, 3016 f.

<sup>762</sup> BVerfGE 82, 43, 51; 85, 1, 16; 90, 241, 248; 93, 266, 294; 99, 185, 196; BVerfG NJW 2009, 3016 f.

<sup>763</sup> Vgl. BVerfG NJW 1999, 483, 484 (Wehrmachtsausstellung); BGHZ 156, 206 ff.; OLG Köln ZUM 2008, 869, 870 ff.; BayObLG NStZ 2002, 40, 41.

<sup>764</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 217 (Lüth) sowie oben Rn 108.

<sup>765</sup> BGH NJW 2008, 2110 f.; BVerfG NJW 2010, 3501 f. (Bezeichnung von Müller-Milch als „Gen-Milch“) – dazu unten Rn 517 sowie *Gostomzyk*, NJW 2008, 2082 ff.; *Hufen*, JuS 2008, 1015 ff.; *ders.*, JuS 2011, 570 ff.

- (2) **Pressemitteilung**, die nicht nur den Aufruf zu Boykottmaßnahmen, sondern auch wertende Elemente enthält, aus denen die Adressaten auf eine ablehnende Position gegenüber einer bestimmten Personengruppe schließen können<sup>766</sup>
- (3) **Bewertung** von **Lehrern** bzw. **Professoren** durch Schüler bzw. Studenten in Internet-Foren (z.B. bei [www.spickmich.de](http://www.spickmich.de) oder [www.meinprof.de](http://www.meinprof.de))<sup>767</sup>
- (4) Bezeichnung eines Polizisten als **Oberförster**, **Wegelagerer** oder **Spitzel**<sup>768</sup> oder Bezeichnung eines Staatsanwalts als „**durchgeknallt**“<sup>769</sup>
- (5) Verteilen von **Flugblättern** mit einem Inhalt, der sich gegen die Bundeswehr richtet (z.B. „Soldaten sind Mörder“), auch wenn das Verteilen von einem Beamten innerhalb des Dienstes vorgenommen wird
- (6) Auch Äußerungen zu **Werbezwecken** und sogar zu **Wettbewerbszwecken** können den Schutz des Art. 5 I GG genießen. Insbesondere ist der Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit auch bei sog. **Schockwerbung** (etwa von Benetton), bei der bspw. Fotos einer auf einem Ölteppich schwimmenden, ölverschmutzten Ente, schwer arbeitender Kleinkinder der Dritten Welt oder eines nackten menschlichen Gesäßes mit dem Stempelaufdruck „H.I.V. positive“ gezeigt werden, eröffnet. Wird derartige Werbung zivilgerichtlich untersagt<sup>770</sup>, verletzt das Urteil die Meinungs- bzw. Pressefreiheit, sofern die Werbeaussage nicht gegen die Menschenwürde der von der Werbung Betroffenen verstößt.<sup>771</sup> Vgl. auch Rn 520.
- (7) Die Bezeichnung der Farben der Bundesflagge als „**Schwarz-Rot-Senf**“ mag zwar staatskritisch, geschmacklos und polemisch sein, ist aber Ausdruck einer Meinung und unterfällt damit dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG<sup>772</sup> (vgl. dazu auch Rn 511). Und auch **Satire** (i.d.R. Glosse oder Karikatur) kann eine Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG sein. Zwar wird bei Satire in aller Regel die Kunstfreiheit (Art. 5 III S. 1 Var. 1 GG) einschlägig sein, doch da nicht jede Satire Kunst ist, bleibt insoweit Raum für Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG.<sup>773</sup>
- (8) **Nicht** geschützt sind dagegen Äußerungsformen, die durch zusätzliche Zwangsmittel der eigenen Meinung Nachdruck verleihen und die innere Willensbildungs- oder Willensentschlussfreiheit anderer nicht nur unwesentlich beeinträchtigen. So ist z.B. das Blockieren einer Straße durch Demonstranten, die sich grds. auf Meinungsfreiheit berufen können, ein Mittel, das die Autofahrer an der Weiterfahrt hindert und somit deren Willensbildungs- oder Willensentschlussfreiheit nicht nur unwesentlich beeinträchtigt.<sup>774</sup> Hier ist schon der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG nicht eröffnet (selbstverständlich bleibt der mögliche Schutz des Art. 8 I GG hiervon unberührt).<sup>775</sup>

Wie bereits bei Rn 428 beschrieben, ist es für die Schutzbereichseröffnung gleichgültig, ob das Werturteil (d.h. die Meinung) „richtig“ oder „falsch“ ist, ob man das Werturteil als „wertlos“ oder „wertvoll“ betrachtet oder ob es sachlich oder polemisch ist. Auch die Wiedergabe fremder Werturteile ist geschützt.

430

---

<sup>766</sup> BVerfG NJW-RR 2008, 200 (Junge Union vs. Scientology).

<sup>767</sup> BGH NJW 2009, 2888; OLG Köln ZUM 2008, 869, 870 ff.

<sup>768</sup> Vgl. BayObLG NSTZ 2005, 215; BayObLG NJW 2005, 1291 f.; AG Berlin-Tiergarten BeckRS 2008, 18502.

<sup>769</sup> Vgl. BVerfG NJW 2009, 3016 f. (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2010, 672 f.).

<sup>770</sup> Vgl. BGHZ 149, 247 ff.

<sup>771</sup> BVerfGE 102, 347 ff.; BVerfG NJW 2003, 1303 ff.

<sup>772</sup> BVerfG NJW 2009, 908, 909 mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2009, 312 f., *Preisner*, NJW 2009, 897 f. und *Hufen*, JuS 2009, 950 f.

<sup>773</sup> Vgl. BVerfG NJW 2002, 3767 f.; BGHZ 156, 206 ff. stellt sogar vorrangig auf Art. 5 I S. 1 GG ab und lässt die Frage, ob Satire auch Kunst sein kann, ausdrücklich offen (vgl. dazu auch Rn 287 Fall 1).

<sup>774</sup> *Kahl*, JuS 2000, 1090, 1095.

<sup>775</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92, 101 ff. (Sitzblockade - dazu *Sinn*, NJW 2002, 1024 ff.).

- 431 Diskutiert wird trotz der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG nach wie vor die Frage, ob auch Tatsachenbehauptungen von dem Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit erfasst werden.
- 432 Eine **Tatsachenbehauptung** beschreibt demgegenüber wirklich geschehene oder existierende, dem Beweis zugängliche Umstände.<sup>776</sup>
- 433 Entscheidendes Abgrenzungskriterium zum Werturteil ist also, dass Tatsachenbehauptungen entweder wahr oder unwahr sind, wohingegen sich Werturteile dem Wahrheitsbeweis entziehen, da sie gerade Ausdruck des persönlichen Dafürhaltens sind.
- 434 ■ Teilweise wird vertreten, dass *alle* Äußerungen, somit auch **reine Tatsachenbehauptungen**, schlechthin dem Meinungsbegriff unterfielen.<sup>777</sup> Folgte man dieser Auffassung, wäre eine Abgrenzung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen nicht erforderlich; der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG wäre in jedem Fall eröffnet.
- Für diese Auffassung spricht die im Einzelfall durchaus schwierige, wenn nicht sogar unmögliche Abgrenzung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen. Gegen diese Auffassung sprechen jedoch systematische, aber auch historische Gründe. Die Unterscheidung zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen, wie sie z.B. bei den Beleidigungsdelikten nach §§ 185 ff. StGB, aber auch im einfachen Presserecht zum Ausdruck kommt, hat in der deutschen Rechtsordnung eine lange Tradition. So werden Gendarstellungs- und Widerrufsansprüche nur bei Tatsachenbehauptungen gewährt; Werturteile führen allenfalls zu Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen. Aber auch Art. 5 I GG selbst legt eine Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen nahe, wenn in Art. 5 I S. 2 GG von der Freiheit der Berichterstattung gesprochen und damit (lediglich) die *Tatsachermittelung* durch Rundfunk und Film gewährleistet wird. Zieht man aus Art. 5 I S. 2 GG sogar den Umkehrschluss, sind Tatsachenbehauptungen gerade nicht von Art. 5 I S. 1 GG umfasst. Die Nivellierung des Unterschieds zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen ist daher im Ergebnis abzulehnen.
- 435 ■ Zu weit geht jedoch die Gegenauffassung, wonach reine Tatsachenbehauptungen *generell* aus dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG herauszunehmen seien.<sup>778</sup>
- 436 ■ Das BVerfG geht einen Mittelweg und sieht in überzeugender Weise die besondere Verknüpfung von Werturteilen und Tatsachenbehauptungen. Die Mitteilung einer Tatsache sei im strengen Sinne zwar keine Äußerung einer „Meinung“, weil ihr das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens und des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung fehle, sie sei allerdings durch das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt, **wenn sie geeignet sei, zur Meinungsbildung beizutragen.**<sup>779</sup>

**Beispiel:** Bei der o.g. **Lehrerbewertung** im Internet-Forum eines Schülerportals ([www.spickmich.de](http://www.spickmich.de); das Gleiche dürfte für [www.meinprof.de](http://www.meinprof.de) gelten) handelt es sich bei der Nennung des Namens der Lehrer, ihrer beruflichen Tätigkeit und der von ihnen unterrichteten Fächer zunächst nur um – wahre – Tatsachenbehauptungen. Sofern man sich jedoch auf den Standpunkt stellt, dass diese Informationen Dritten zur Meinungsbildung dienen, unterfallen sie nach vorzugswürdiger Auffassung dem Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG.

---

<sup>776</sup> BVerfG NJW 2006, 207 („IM-Sekretär“ Stolpe); 2003, 1109 (Weitergabe von Informationen an die Presse); BGHZ 139, 95, 102; OLG Koblenz, NJW 2001, 1364; BayObLG NSTZ 2002, 40, 41.

<sup>777</sup> Erichsen, Jura 1996, 84, 85.

<sup>778</sup> Vgl. Ridder, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Handbuch Grundrechte, Bd. 2, S. 243, 264; Huster, NJW 1996, 487.

<sup>779</sup> BVerfGE 61, 1, 8 (Wahlkampf); 65, 1, 41 (Volkszählung); 99, 185, 196 f. (Rufschädigende Behauptung einer Scientology-Mitgliedschaft); 90, 241, 247 ff. („Auschwitz-Lüge“); BVerfG NJW 1996, 1529, 1530 (Flugblatt); NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse); NJW 2003, 1855 (Widerruf durch die Presse); NJW 2010, 1587 (Veröffentlichung eines nicht zur Veröffentlichung bestimmten Briefs); BayObLG NSTZ 2002, 40, 41; vgl. auch BVerfG NVwZ 2008, 416 f.; BVerfG NJW 2011, 47, 48 f.; Muckel, JA 2010, 759 f.

Davon zu unterscheiden sind die infolge der o.g. Informationen vorgenommenen Bewertungen der Lehrer, die als Werturteile eindeutig dem Bereich der Meinungsäußerungen zuzuordnen sind.<sup>780</sup> Zur Frage, ob diese Äußerungen bei einer Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Lehrer den Vorrang genießen, vgl. Rn 517.

Allerdings sind auch nach der Rechtsprechung des BVerfG im Zeitpunkt der Äußerung **erwiesen unwahre oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen** (etwa die Leugnung des Holocaust) **nicht** vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst, auch wenn sie der Bekräftigung einer Meinung dienen.<sup>781</sup> Dem ist jedenfalls hinsichtlich der bewusst unwahren Informationsverbreitung (wie bei der Leugnung des Holocaust) zuzustimmen. Die Lüge ist kein Schutzgut. Demgegenüber ist es bei einer fahrlässigen Falschinformation sachgerechter, den Schutzbereich zu eröffnen und die Falschinformation der Abwägung mit dem kollidierenden Rechtsgut zuzuführen.

437

In jüngerer Zeit hat sich das BVerfG auch zur „Zwischengruppe“ geäußert, also zu den Fällen, in denen es zwar um „meinungsbildende Tatsachenbehauptungen“ geht, die aber **weder dem Bereich „eindeutig erwiesen“ noch dem Bereich „eindeutig widerlegt“** zugeordnet werden können.<sup>782</sup> Der Entscheidung des BVerfG lag ein Urteil des BGH<sup>783</sup> zugrunde, gegen das sich der Beschwerdeführer (Manfred Stolpe) im Rahmen einer Urteils-Verfassungsbeschwerde gewandt hatte. Dem Urteil des BGH wiederum lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein anderer Prominenter im ZDF die Behauptung aufgestellt hatte, Herr Stolpe sei über 20 Jahre im Dienste des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR tätig gewesen. Daraufhin klagte Herr Stolpe auf Unterlassung, Schadensersatz und Widerruf, unterlag aber vor dem BGH. Das BVerfG entschied, dass das Urteil des BGH den Beschwerdeführer in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt habe. Der BGH habe verkannt, dass bei unaufgeklärten Sachverhalten von dem Äußernden im Interesse des Persönlichkeitsschutzes des Betroffenen zu verlangen sei, dass er darauf hinweise, dass der Sachverhalt nicht wirklich aufgeklärt sei. Stehe die Wahrheit nicht fest und lasse sie sich auch nicht mit hinreichender Sorgfalt ermitteln, habe der Äußernde jedenfalls Sorgfalt auf die Wiedergabe des Kenntnisstands zu verwenden. Dies sei im zu entscheidenden Fall nicht gegeben gewesen.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sowohl Werturteile als auch Tatsachenbehauptungen, soweit sie Voraussetzung für die Bildung einer Meinung sind, unter die Meinungsäußerungsfreiheit fallen. Dieser Befund könnte zur Annahme führen, dass eine präzise Einordnung entweder als Werturteil oder als Tatsachenbehauptung mit Meinungsbezug in der Fallbearbeitung dahinstehen könne. Das ist jedoch unzutreffend. Denn führt eine Tatsachenbehauptung zu negativen Folgen für den Äußerungsgegner, hängt die rechtliche Bewertung vom Wahrheitsgehalt der Äußerung ab:

438

- Stellt eine Behauptung eine **erwiesene (wahre) Tatsache** dar, ist sie vom Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG umfasst; sie ist vom Betroffenen grundsätzlich zu dulden. Etwas anderes gilt z.B. bei Berichten aus dem Intimbereich eines Menschen, bei Schmähkritik oder einer sog. Anprangerung einer Person (dazu Rn 439 f. und 517 ff.).
- Demgegenüber sind jedenfalls **bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen** schon nicht vom Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG erfasst. Es gibt keinen Schutz der (vorsätzlichen) Verbreitung unrichtiger Informationen.
- Bei einem **Werturteil** findet (auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung) eine echte Abwägung statt zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit

<sup>780</sup> So auch OLG Köln ZUM 2008, 869, 870 ff.

<sup>781</sup> BVerfG NJW 2003, 1109, 1110; BVerfGE 99, 185, 187; 90, 241, 259; 85, 1, 15 (Kritische Bayer-Aktionäre); 54, 208, 219; vgl. auch BayObLG NSTz 2002, 40, 41; *Hufen*, JuS 2003, 910, 911.

<sup>782</sup> BVerfG NJW 2006, 207 ff. („IM Sekretär“ Stolpe).

<sup>783</sup> BGHZ 139, 95 ff.

und dem kollidierenden Grundrecht (i.d.R. mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, aber auch mit der Berufsfreiheit o.a.).

- Geht es um „meinungsbildende Tatsachenbehauptungen“, die **weder dem Bereich „eindeutig erwiesen“ noch dem Bereich „eindeutig widerlegt“** zuzuordnen sind, ist zwar der Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG eröffnet, jedoch muss bei einer Abwägung mit den Grundrechten Dritter (dazu sogleich) berücksichtigt werden, dass der Äußernde erhöhte Sorgfaltspflichten hat; insbesondere hat er darauf hinzuweisen, dass seine Behauptung auf ungesicherter Tatsachenbasis beruht.<sup>784</sup>

Bei der Frage, welche Art der Äußerung im konkreten Fall vorliegt, muss vor allem das Verständnis des durchschnittlichen Empfängers der Äußerung berücksichtigt werden. Dabei sind auch die Begleitumstände der Äußerung zu berücksichtigen, soweit sie für den Empfänger erkennbar waren und deswegen das Verständnis der Äußerung bestimmen konnten.<sup>785</sup> Soweit in der Fallbearbeitung eine Urteils-Verfassungsbeschwerde zu prüfen ist, sollte folgendermaßen vorgegangen werden: Zunächst sollte auf der Schutzbereichsebene (unabhängig von der Einordnung durch das Fachgericht) eine Einordnung entweder als Werturteil bzw. Tatsachenbehauptung mit Meinungsbezug oder als erwiesene bzw. bewusst unwahre Tatsachenbehauptung erfolgen. Im Rahmen der Prüfung der Rechtsanwendung im Einzelfall ist dann zu prüfen, ob durch die möglicherweise andere Einordnung, die das Fachgericht vorgenommen hat, ein Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht vorliegt.<sup>786</sup>

**439** Bei Vorliegen von **Ehrverletzung, Schmähkritik** oder **Anprangerung** nimmt das BVerfG überwiegend die Eröffnung des Schutzbereichs an, lässt die Ehrverletzung, Schmähkritik bzw. Anprangerung aber bei einer Abwägung mit den Grundrechten der durch sie betroffenen Personen (allgemeines Persönlichkeitsrecht) regelmäßig zurücktreten.<sup>787</sup>

**440** Bei der Frage, ob es sich bei einer kritischen Äußerung um Schmähkritik handelt, sind sämtliche Umstände des Einzelfalls, wie Anlass und Kontext der Äußerung, zu berücksichtigen.<sup>788</sup> Dabei ist mit Blick auf die Bedeutung des Art. 5 I GG bei einer herabsetzenden Äußerung erst dann der Charakter einer Schmähung gegeben, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern – jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik – die Diffamierung und Herabsetzung der Person im Vordergrund steht.<sup>789</sup> Daher sind selbst geschmacklose Darstellungen als noch zulässig erachtet worden, sofern sie nur einen sachlichen Bezug haben.<sup>790</sup> Das Gleiche gilt hinsichtlich der Bezeichnung eines Polizisten als „Oberförster“, „Wegelagerer“<sup>791</sup> oder der diesem gegenüber getätigten Äußerung „Sie können mich mal...“, wenn diese Äußerungen anlassbezogen, bspw. als Ausdruck des Ärgernisses über die Folgen eines Verkehrsverstoßes, getätigt wurden.<sup>792</sup> Auch wurde die Bezeichnung eines Staatsanwalts als „durchgeknallt“ nicht als Schmähkritik und damit als zulässig erachtet, weil Anlass und Kontext der Äußerung nicht auf eine beabsichtigte persönliche Kränkung hätten schließen lassen.<sup>793</sup> Das Gleiche gilt hinsichtlich der Bezeichnung islamischer Prediger wegen kontroverser Äußerungen als „Hassprediger“<sup>794</sup>, der Bezeichnung der Tochter der RAF-Terroristin Ulrike Meinhof als „Terroristentochter“<sup>795</sup>, der Bezeichnung eines

<sup>784</sup> Vgl. bereits die 9. Aufl. 2007; wie hier nunmehr auch *Seelmann-Eggebert*, NJW 2008, 2551, 2553.

<sup>785</sup> BVerfGE 93, 266, 295 („Soldaten sind Mörder“); BVerfG NJW 1999, 483 f. (Wehrmachtsausstellung).

<sup>786</sup> BVerfG NJW 2003, 1109, 1110; *Hufen*, JuS 2003, 910, 911.

<sup>787</sup> BVerfG NJW 2009, 3016 f.; NJW 2003, 1109, 1110; NJW-RR 2000, 1712, 1712 f.; BVerfGE 99, 185, 196. Dem sich anschließend BGH NJW 2004, 596 f.; BayObLG NJW 2005, 1291 f.; OLG Karlsruhe NSTz 2005, 158 f.

<sup>788</sup> BVerfG NJW 2005, 3274; GRUR 2008, 81; NVwZ-RR 2008, 330; DVBl 2009, 243, 244 f.

<sup>789</sup> BVerfG NJW 2003, 1109, 1110; DVBl 2009, 243, 244 f. NJW 2009, 3016 f.; *Muckel*, JA 2010, 672 f

<sup>790</sup> KG WPR 2007, 1496.

<sup>791</sup> BayObLG NJW 2005, 1291 f.

<sup>792</sup> Vgl. die Nachweise bei *Schmidt/Priebe*, Strafr BT I, 10. Aufl. 2011, Rn 943 ff.

<sup>793</sup> BVerfG NJW 2009, 3016 f. (dazu *Muckel*, JA 2010, 672 f.).

<sup>794</sup> OLG Köln NJW 2005, 2554; OLG Brandenburg NJW-RR 2007, 1641.

<sup>795</sup> BGH NJW 2007, 686.

Moderators, der in einem Homeshoppingkanal Puppen zum Kauf anbietet, als „Puppenpäderast“<sup>796</sup>, der Bezeichnung eines Stadtratsmitglieds als „Dummschwätzer“, weil dieser zuvor ebenfalls unqualifizierte Äußerungen getätigt hatte<sup>797</sup>, und des Kommentars eines Fernsehmoderators, ein über viereinhalb Jahre inhaftierter Berufsboxer sitze „ja dauernd im Knast“<sup>798</sup>. Überschritten war die Grenze zulässiger Kritik nach Auffassung der Gerichte jedoch bei der gegenüber einem uniformierten Polizeibeamten getätigten Äußerung „da kann ja jeder Clown kommen“<sup>799</sup> und der Bezeichnung eines Politikers als „Puff-Politiker“, weil er sein Mietshaus an Prostituierte vermietet<sup>800</sup>.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Auch hier gilt, dass die Frage, ob die zu prüfende Wertung eine Schmähkritik oder lediglich eine polemische und überspitzte Kritik darstellt, nicht offenbleiben kann. Denn während die Schmähkritik regelmäßig hinter das kollidierende allgemeine Persönlichkeitsrecht zurücktritt, ist bei polemischer und überspitzter Kritik eine echte Abwägung zwischen den kollidierenden Rechtsgütern erforderlich.<sup>801</sup> Zur „Anprangerung“ einer Person vgl. Rn 517d.

Quer zur Einstufung der Äußerung entweder als Werturteil oder Tatsachenbehauptung stehen sog. **Fragesätze**.

441

**Beispiel:** Die Star-Reporterin R eines großen Boulevard-Magazins stellt dem (ehemaligen) „King of Pop“ bei einem Live-Interview die Frage: „Kommt es vor, dass Sie nach einer Autogrammstunde schon einmal den einen oder anderen minderjährigen Fan zu sich mit nach Hause nehmen?“

Sofern es sich bei einer Frage um eine *echte* Frage handelt, besitzt sie keinen eigenständigen positiven Aussagegehalt. Da sie aber der Absicherung des von Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG intendierten Kommunikationsprozesses dient, spielt sie andererseits für die Meinungsbildung eine elementare Rolle. Sie ist daher einem Werturteil gleichzusetzen und dem Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit unterstellt.<sup>802</sup>

Jedoch kann es vorkommen, dass in einem Fragesatz – inzident – eine Behauptung aufgestellt wird, auf die sich das Klärungsbegehren des Fragenden nicht bezieht. Ist ein Fragesatz nicht auf eine Antwort durch einen anderen gerichtet oder nicht für verschiedene Antworten offen, handelt es sich ungeachtet der weitläufigen Bezeichnung als *rhetorische* Frage in Wahrheit nicht um eine Frage. Vielmehr möchte der „Fragende“ eine bestimmte Tatsache behaupten *oder* ein bestimmtes Werturteil abgeben. In einem solchen Fall beantwortet sich die Frage nach der Eröffnung des Schutzbereichs der Meinungsäußerungsfreiheit nach den bereits aufgestellten Kriterien.<sup>803</sup>

Für den vorliegenden Fall ergibt sich somit: Der Fragesatz der R enthält die mitgeäußerte Behauptung, der „King of Pop“ erfülle den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen. Dies deutet zwar auf eine rhetorische Frage hin, nach den Umständen des Einzelfalls kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass R tatsächlich eine Antwort erwartet hat. Eine Einordnung kann im Ergebnis aber dahinstehen, da R sich in jedem Fall auf die Meinungsäußerungsfreiheit stützen kann. Denn auch bei einer Einstufung als Tatsachenbehauptung dient die Äußerung der R der Bildung von Meinungen, die Art. 5 I GG in seiner Gesamtheit gewährleistet. Etwas anderes würde gelten, wenn die Äußerung der R erwiesen unwahr oder bewusst unwahr wäre. Doch zu einer solchen Annahme bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

<sup>796</sup> LG München I AfP 2007, 60.

<sup>797</sup> BVerfG DVBl 2009, 243, 244 f. Vgl. dazu *Schmidt/Priebe*, StrafR BT I, 10. Aufl. 2011, Rn 944c.

<sup>798</sup> OLG Brandenburg NJOZ 2008, 644.

<sup>799</sup> KG NJW 2005, 2872.

<sup>800</sup> LG Berlin AfP 2007, 63.

<sup>801</sup> Vgl. dazu BVerfG NJW 2003, 1109, 1110; DVBl 2009, 243, 244 f.; BGH NJW 2004, 596 f.

<sup>802</sup> Vgl. dazu BVerfG NJW 2003, 660 f. (Verurteilung wegen Volksverhetzung).

<sup>803</sup> Vgl. BVerfG NJW 2003, 660 f.; *Nolte/Tams*, JA 2002, 259, 261 f.

- 442 **Zusammenfassung:** Sowohl **Werturteile** als auch **Tatsachenbehauptungen** mit Meinungsbezug sind vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst. Letzteres gilt auch dann, wenn sich die Tatsachenbehauptungen später als unwahr herausstellen. **Erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen** und solche, deren Unwahrheit für den Äußernden bereits im Zeitpunkt der Äußerung unzweifelhaft feststeht, sind dagegen **nicht** vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst. **Ehrverletzung, Schmähkritik** und **Anprangerung** sind zwar auch vom Schutzbereich des Art. 5 I GG umfasst, stehen aber bei einer Abwägung mit den betroffenen (Grund-) Rechten Dritter (insbesondere dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht) regelmäßig hinter diesen zurück.
- 443 Zum geschützten Verhalten gehören – wie Art. 5 I GG es nennt – das **Äußern und Verbreiten in Wort, Schrift und Bild**. Diese drei genannten Medien werden aber nicht als abschließend betrachtet.<sup>804</sup> Auch ein Boykottaufwurf<sup>805</sup> oder die Veranlassung einer Presseveröffentlichung<sup>806</sup> können zum geschützten Verhalten gehören.
- 444 Geschützt wird **jede Form der Meinungsäußerung und -verbreitung**, auch mit Hilfe von CDs, DVDs, USB-Sticks oder anderer Tonträger.<sup>807</sup> Gleichfalls erfasst werden bildhafte und suggestive Meinungsäußerungen durch Gesten, Tragen und Verwenden von Symbolen, Plaketten, Uniformen.<sup>808</sup>
- 445 Zu beachten ist jedoch, dass Art. 5 I S. 1 GG kein Recht verleiht, den Meinungs austausch mit anderen zu erzwingen. Die Grenze des Schutzbereichs besteht somit dort, wo andere Menschen bedrängt und in ihrer Fortbewegung behindert werden, um ihnen eine Meinungsäußerung aufzudrängen.<sup>809</sup>
- 446 Ebenfalls geschützt ist, dass die Meinung **beim Adressaten ankommt** (sog. Wirkungsdimension des Grundrechts). So sind z.B. die Nichtweiterleitung von Strafgefängenenpost<sup>810</sup> oder die Veranlassung einer Presseveröffentlichung<sup>811</sup> an Art. 5 I, II GG zu messen. Allerdings ist das Recht der Meinungsäußerungsfreiheit nur auf Seiten des Erklärenden/Veranlassenden gegeben. Auf Seiten des Empfängers ist das Recht auf Informationsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Halbs. 2 GG) einschlägig, soweit es sich um allgemein zugängliche Informationen handelt.
- 447 Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG schützt auch die negative Meinungsäußerungsfreiheit.
- 448 **Negative Meinungsäußerungsfreiheit** ist das Recht, eine Meinung nicht zu äußern und nicht zu verbreiten.<sup>812</sup> Die negative Meinungsäußerungsfreiheit schützt auch davor, eine fremde Meinung als eigene äußern und verbreiten zu müssen.

**Beispiele: (1)** Schutz vor der Pflicht zur Teilnahme an staatlich organisierten Grußbotschaften und Ergebnisadressen. **(2)** Bei staatlich verordneten Produkthinweispflichten, z.B. bei dem Aufdruck „Rauchen kann tödlich sein“, muss unterschieden werden: Erlaubt es die Hinweispflicht, dass der fremde Urheber und Verantwortliche für den Hinweis benannt wird, z.B. bei der Zigarettenwarnung: „Die EU-Gesundheitsminister: ...“, liegt nach der Rspr. des BVerfG *kein* Eingriff in die negative Meinungs freiheit vor, da nur die

<sup>804</sup> Hesse, VerfR, Rn 392; Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn 73.

<sup>805</sup> BVerfGE 7, 198, 214 f. (Lüth).

<sup>806</sup> BVerfG NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse).

<sup>807</sup> Zum Konkurrenzverhältnis zur Pressefreiheit vgl. Rn 461.

<sup>808</sup> Vgl. BVerwGE 72, 183, 185 f. (Verwenden von Symbolen); BVerfGE 71, 108, 113 (Tragen von Plaketten); BVerfG NJW 1982, 1803 (Tragen von Uniformen).

<sup>809</sup> OLG Köln NVwZ 2000, 350, 351.

<sup>810</sup> BVerfGE 35, 35, 39 (Briefkontrolle bei Untersuchungsgefängenen); BVerfG NJW 1995, 1477, 1478 (Überprüfung von Strafgefängenenpost – „Reichsparteitags-OLG“).

<sup>811</sup> BVerfG NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse).

<sup>812</sup> BVerfGE 65, 1, 40 (Volkszählung).

Verpflichtung zur Wiedergabe einer *fremden* Meinung bestehe. Es komme aber ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) in Betracht. Ein Eingriff in Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG liege nur dann vor, wenn die Urheberschaft des verordneten Warnhinweises nicht ausgewiesen werden darf.<sup>813</sup>

**Träger des Grundrechts** sind alle Personen, die die geschützten Tätigkeiten ausüben. Auch Minderjährige und inländische juristische Personen und Personenvereinigungen sind erfasst.<sup>814</sup> Staatliche Organe und juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich dagegen nicht auf die Meinungsäußerungsfreiheit berufen.<sup>815</sup>

449

Ein **Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit** liegt immer dann vor, wenn der Schutzbereich durch eine beliebige Maßnahme der öffentlichen Gewalt, die die Meinungsäußerung oder -verbreitung verbietet oder behindert, beeinträchtigt wird.

450

**Beispiele:**

- (1) Nachteilige Rechtsfolgen für bestimmte Äußerungen<sup>816</sup>
- (2) Auflagen zum Umgang mit der Presse<sup>817</sup>
- (3) Sanktionen, die den Wortlaut und die Erklärungsabsicht des Urhebers verkennen<sup>818</sup>
- (4) Strafergerichtliche Verurteilung wegen Anbringens von Plaketten oder Aufklebern<sup>819</sup> oder wegen Bezeichnung der Farben der Bundesflagge als „Schwarz-Rot-Senf“<sup>820</sup>
- (5) Verbot der Nutzung von öffentlichem Verkehrsgrund oder sonstiger öffentlicher Sachen (Parks etc.) zu Zwecken der Meinungsäußerung. Denn die Frage nach der Beeinträchtigung des Grundrechts kann nicht davon abhängen, ob die Meinungsäußerung vom Gemeingebrauch umfasst ist oder ob sie eine erlaubnispflichtige Sondernutzung darstellt, da anderenfalls die Reichweite des Schutzbereichs von der Widmung abhänge. Es kann sich sogar ein Nutzungsanspruch ergeben, wenn die staatlich vorgesehene Nutzung nicht behindert wird und zudem ein sachlicher Zusammenhang besteht.

Auch **Gerichtsurteile**, die Meinungsäußerungen sanktionieren, sind Eingriffe.

451

**Beispiel:** Der Vorstandsvorsitzende der Deutschen Telekom AG, der in einer von einem Wochenmagazin veröffentlichten satirischen Fotomontage verzerrt dargestellt wird, klagt vor dem Zivilgericht auf Unterlassung, weil er in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt sei. Gibt das Gericht der Klage statt, greift es mit dem Urteil in die Meinungsäußerungsfreiheit und ggf. in die Kunstfreiheit des Verlags, der die Fotomontage veröffentlicht hat, ein.<sup>821</sup> Vgl. dazu auch Rn 287 Fall 1.

Schließlich werden nach dem heute herrschenden weiten Eingriffsbegriff **faktische Einwirkungen** erfasst, sofern sie von erheblichem Gewicht sind, etwa das heimliche Abhören von Gesprächen.

452

<sup>813</sup> Vgl. dazu BVerfGE 95, 173, 182 (Warnhinweise auf Tabakverpackungen). Vgl. auch *Nolte/Tams*, JA 2002, 259, 262; *Doerfert*, JA 2003, 550 ff.; *Hardach/Ludwigs*, DÖV 2007, 288.

<sup>814</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2000, 1281 mit Bespr. v. *Sachs*, JuS 2001, 179.

<sup>815</sup> BVerfG NJW 1984, 2591 (Meinungsfreiheit der Regierung).

<sup>816</sup> BVerfGE 86, 122, 128 (Meinungsäußerung des Berufsschülers).

<sup>817</sup> BVerfGE 85, 248, 263 (Ärztliches Werbeverbot).

<sup>818</sup> BVerfGE 82, 43, 52 (Strauß-Transparent); 82, 272, 280 f. („Zwangsdemokrat Strauß“).

<sup>819</sup> BVerfG NJW 1994, 2943 („Soldaten sind Mörder“).

<sup>820</sup> BVerfG NJW 2009, 908 f. mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2009, 312 f., *Preisner*, NJW 2009, 897 f. und *Hufen*, JuS 2009, 950 f.

<sup>821</sup> BGH NJW 2004, 596 f. (aufgehoben von BVerfG NJW 2005, 3271). Vgl. auch BVerfG NJW 2011, 47, 48 f.; *Muckel*, JA 2010, 759 f.

## 2. Informationsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG

### Informationsfreiheit – Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG

#### I. Schutzbereich der Informationsfreiheit

Die Informationsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG) steht selbstständig neben der Meinungsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG). Sie gewährleistet das Recht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Gegenüber der Rundfunkfreiheit (Art. 5 I S. 2 Halbs. 2 GG) tritt sie allerdings zurück.

Als **Quelle** sind alle denkbaren Träger von Informationen einzustufen, unabhängig davon, ob die Informationen eher Meinungen bzw. Tatsachen enthalten oder ob sie öffentliche oder private Angelegenheiten betreffen. **Allgemein zugänglich** ist eine Quelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen. **Geschützt** werden die schlichte Entgegennahme von Informationen ebenso wie das aktive Beschaffen, unabhängig von den verwandten Methoden. So sind auch das Beziehen ausländischer Zeitungen oder das Fotografieren eine Art der Informationsbeschaffung. Erfasst sind auch die Informationsaufbereitung und -speicherung und die Beschaffung und Benutzung erforderlicher technischer Hilfsmittel. Schließlich ist das Recht erfasst, sich der Information zu entziehen (sog. negative Informationsfreiheit).

#### II. Eingriff in den Schutzbereich

Beeinträchtigt wird das Grundrecht durch jede Maßnahme, die die Informationsaufnahme verbietet oder einem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Auch der Ausschluss von einem einzigen Informationsmedium oder die Verzögerung des Zugangs stellen einen Eingriff dar. Ebenso beeinträchtigt die psychische Erschwerung, etwa die Registrierung der Informationsaufnahme, die „ungehinderte“ Informationsbeschaffung.

#### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vgl. die Ausführungen zur Meinungsäußerungsfreiheit.

- 453 Die Informationsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 2 GG) steht selbstständig neben der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG). Denn sie gewährleistet das Recht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Dagegen tritt die Informationsfreiheit gegenüber der Rundfunkfreiheit zurück, da die Rundfunkfreiheit das Recht einschließt, sich zuvor über die später zu sendenden Beiträge zu informieren (Recherche).<sup>822</sup> Im Anwendungsbereich der Rundfunkfreiheit ist ein Rückgriff auf die Informationsfreiheit also nicht erforderlich (und auch nicht zulässig).
- 454 Durch die Informationsfreiheit geschützt wird nur die Informationsbeschaffung aus **allgemein zugänglichen Quellen**.
- 455 Als **Quelle** sind alle denkbaren Träger von Informationen einzustufen, unabhängig davon, ob die Informationen eher Meinungen oder Tatsachen enthalten oder ob sie öffentliche oder private Angelegenheiten betreffen.<sup>823</sup>
- 456 **Allgemein zugänglich** ist eine Quelle, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, seien es Privatpersonen oder Medienvertreter, Informationen zu beschaffen.<sup>824</sup>

**Beispiele:** Zu den allgemein zugänglichen Quellen zählen insbesondere die Massenkommunikationsmittel wie Zeitung, Rundfunk, Fernsehen oder das Internet. Auch der Bezug ausländischer Zeitungen und der Empfang ausländischer Sender (über Satellit) sind geschützt. Vom Schutzbereich erfasst ist daher auch die Installation einer Parabol-

<sup>822</sup> Vgl. BVerfGE 103, 44, 60 (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal).

<sup>823</sup> Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn 12.

<sup>824</sup> BVerfGE 27, 71, 83 (Leipziger Volkszeitung); 90, 27, 32 (Parabolantenne oder Kabelanschluss bei ausländischem Mieter); 103, 44, 60.

antenne zum Empfang ausländischer Fernsehprogramme.<sup>825</sup> Keine allgemein zugänglichen Quellen sind etwa private oder betriebliche Aufzeichnungen, die nicht zur Veröffentlichung bestimmt sind, oder das Abhören des Polizeifunks. Gleiches gilt für Behörden- oder Gerichtsakten (außer sie lagern in öffentlichen Archiven) oder Verwaltungsvorschriften, die von übergeordneten Behörden erlassen wurden und an untergeordnete Stellen gerichtet sind. Auch die Redaktion eines privaten Verlags ist keine allgemein zugängliche Quelle. Zur Frage, ob eine Gerichtsverhandlung eine für jedermann zugängliche Quelle darstellt, vgl. sogleich Rn 460.

**Geschützt** werden die schlichte Entgegennahme von Informationen ebenso wie das aktive Beschaffen, unabhängig von den verwandten Methoden.<sup>826</sup> **457**

So sind auch das **Fotografieren** und das Anfertigen von **Ton- und Bildaufnahmen** Arten der Informationsbeschaffung. Erfasst sind auch die Informationsaufbereitung und -speicherung und die Beschaffung und Benutzung erforderlicher technischer Hilfsmittel.<sup>827</sup> **458**

**Träger des Grundrechts** sind alle natürlichen und juristischen Personen, die sich informieren wollen, auch Pressevertreter.<sup>828</sup> **459**

**Beeinträchtigt** wird das Grundrecht durch jede Maßnahme, die die Informationsaufnahme verbietet, (faktisch) erschwert oder einem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Auch der Ausschluss von einem einzigen Informationsmedium oder die Verzögerung des Zugangs stellen Eingriffe dar. Ebenso beeinträchtigt die psychische Erschwerung, etwa die Registrierung der Informationsaufnahme, die „ungehinderte“ Informationsbeschaffung. Definiert die betreffende Regelung aber lediglich den Begriff „allgemein zugänglich“, liegt noch kein Eingriff vor, weil die allgemeine Zugänglichkeit bereits den Schutzbereich begrenzt. Gleichwohl muss sich die schutzbereichsbegrenzende Regelung am Maßstab der Verfassung messen lassen. Zwar kann Prüfungsmaßstab nicht Art. 5 I GG sein, weil dessen Schutzbereich nur bei eröffneten (also „allgemein zugänglichen“) Informationsquellen greift. Möglicherweise können aber Rechtsstaats- und Demokratieprinzip der Begrenzung einer Informationsquelle entgegenstehen. **460**

**Beispiel:** Die Regelung des **§ 169 S. 2 GVG**, wonach die Medienvertreter keine Ton- und Bildaufnahmen während der Hauptverhandlung machen dürfen<sup>829</sup>, definiert nach Auffassung des BVerfG die Reichweite des Begriffs „allgemein zugänglich“, greift also nicht in das Grundrecht der Informationsfreiheit ein. Gleichwohl muss die Regelung (mit Blick auf die Presse- bzw. Rundfunkfreiheit) verfassungsgemäß sein. Nach Auffassung des BVerfG fordern der Schutz des **Persönlichkeitsrechts** der am Verfahren Beteiligten (Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG), das rechtsstaatliche Anliegen eines **fairen Verfahrens** (Art. 20 III GG) sowie das öffentliche Interesse an der **Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege**, insbesondere der ungestörten **Wahrheits- und Rechtsfindung**, eine Begrenzung der Informationsquelle auf die bloße Saalöffentlichkeit.<sup>830</sup> Demnach ist die Regelung des § 169 S. 2 GVG verfassungsgemäß. Außerhalb des Regelungsbereichs des

<sup>825</sup> BVerfGE 90, 27, 32. Zivilgerichtliche Entscheidungen auf dem Gebiet des Mietrechts zu der Frage, ob der Vermieter vom Mieter die Entfernung einer Satelliten-Empfangsantenne verlangen kann, wenn das Haus über einen Kabelanschluss verfügt, verstoßen aber grundsätzlich nicht gegen das Grundrecht der Informationsfreiheit, vgl. hierzu BVerfGE 90, 27, 32. Etwas anderes gilt aber für Ausländer, die Sender in ihrer Heimatsprache nicht über Kabel empfangen können. Hier ist das Interesse an der Informationsbeschaffung über Satellit regelmäßig höher zu gewichten als das Eigentumsinteresse des Vermieters. Vgl. dazu BGH NJW 2010, 436. Zur Frage, ob auch die Religionsausübungsfreiheit die Installation einer Parabolantenne rechtfertigt, vgl. BGH NJW 2008, 216, 217 (mit Bespr. v. *Sachs*, JuS 2008, 451 ff.) – dazu oben Rn 110 Bsp. (3).

<sup>826</sup> Vgl. BVerfGE 27, 71, 82 f.; 103, 44, 60.

<sup>827</sup> BVerfGE 90, 27, 32; 103, 44, 60 ff.

<sup>828</sup> Vgl. BVerfGE 103, 44, 60 ff.

<sup>829</sup> Vgl. aber für Verfahren vor dem BVerfG die Sonderregelung des § 17a BVerfGG.

<sup>830</sup> Vgl. BVerfGE 103, 44, 59 ff.; BVerfG NJW 2008, 977, 978 f.; BVerfG NJW 2009, 350, 351 f. (Holzklotz). Vgl. auch *Huff*, NJW 2001, 1622 und *Dieckmann*, NJW 2001, 2451.

§ 169 S. 2 GVG (d.h. vor Beginn und nach Schluss einer mündlichen Verhandlung sowie in den Sitzungspausen) besteht ein gesetzliches Verbot von Film- und Fernsehaufnahmen nicht. Ist die Gerichtsverhandlung öffentlich, gehört auch die Urteilsverkündung zu dieser Öffentlichkeit; es handelt sich um eine allgemein zugängliche Quelle.<sup>831</sup> Allerdings können durch sitzungspolizeiliche Anordnungen des Vorsitzenden Richters (vgl. § 176 GVG) gem. § 171b GVG bzw. § 177 GVG Beschränkungen vorgenommen werden. Entscheidend ist eine Abwägung zwischen der Bedeutung der Rundfunkberichterstattung für die Gewährleistung öffentlicher Wahrnehmung und Kontrolle von Gerichtsverhandlungen mit den Interessen, die einer Berichterstattung entgegenstehen (Persönlichkeitsrechte der Beteiligten, insbesondere die des Angeklagten).<sup>832</sup> Dabei ist zu beachten, dass die besondere Schwere der angeklagten Tat und ihre als besonders verwerflich empfundene Begehungsweise im Einzelfall (hier: das Werfen eines Holzklotzes von einer Autobahnbrücke auf unten fahrendes Kfz, wodurch die Beifahrerin tödlich verletzt wird) nicht nur ein gesteigertes Informationsinteresse der Öffentlichkeit, sondern auch die Gefahr begründen kann, dass der Angeklagte eine Stigmatisierung erfährt, die ein Freispruch nicht mehr zu beseitigen vermag.<sup>833</sup>

### 3. Pressefreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG

#### Pressefreiheit – Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG

##### I. Schutzbereich der Pressefreiheit

Die Pressefreiheit ist ein **Spezialfall der Meinungsäußerungsfreiheit** (str.). Im Anwendungsbereich der Pressefreiheit ist also ein Rückgriff auf die Meinungsäußerungsfreiheit verwehrt. Das schließt jedoch nicht aus, dass sich eine **andere Person**, deren Meinung in der Presse publiziert wird, auf die **Meinungsäußerungsfreiheit** berufen kann. Durch die Pressefreiheit **geschützt** sind alle wesensmäßig mit der Pressearbeit zusammenhängenden Tätigkeiten von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und Meinung. Die Qualität der in der Presse kundgetanen Meinung bzw. Berichterstattung spielt keine Rolle. Daher sind auch als wenig wertvoll eingestufte Produkte wie Skandal- und Sensationsblätter vom Schutzbereich erfasst.

Der Begriff der „**Presse**“ umfasst nicht nur die Erzeugnisse der Druckpresse, sondern alle zur Verbreitung an die Allgemeinheit bestimmten Vervielfältigungen wie bspw. Bücher, Zeitungen, Zeitschriften, Flugblätter, Handzettel, Aufkleber, Plakate, Fotokopien, Leserbriefe usw. Auch Ton- und Bildträger wie Videokassetten, CDs oder DVDs sollte man als vom Begriff der Presse erfasst ansehen, sofern sie der Berichterstattung (und nicht primär kommerziellen Interessen) dienen. Keinen Unterschied macht es jedenfalls, ob das Druckerzeugnis periodisch erscheint oder nur einmal in Umlauf gebracht wird. Auch unter Berücksichtigung des weiten Verständnisses des Begriffs der Pressefreiheit muss die Verbreitung an die Allgemeinheit durch einen Vervielfältigungsvorgang (etwa mittels mechanischer, elektronischer oder chemischer Mittel) erfolgen. Ein Einzelstück ist deshalb kein Presseerzeugnis. An die *Allgemeinheit* ist ein Druckerzeugnis adressiert, wenn es sich an eine unbestimmte Zahl von Personen richtet. Wie groß der Kreis ist, spielt dabei keine Rolle. So hat das BVerfG klargestellt, dass auch Werkszeitungen den Schutz des Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG genießen.

##### II. Eingriff in den Schutzbereich

Das Grundrecht der Pressefreiheit wird durch jede staatliche Maßnahme beeinträchtigt, die zu einer Behinderung oder Unterbindung der Pressefreiheit führt. Besondere Bedeutung erlangt die selektive **Subventionierung von Presseunternehmen**.

##### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vgl. die Ausf. zur Meinungsäußerungsfreiheit.

<sup>831</sup> OLG Hamm RDV 2008, 160 (*Deumeland*).

<sup>832</sup> Vgl. dazu näher BVerfG NJW 2008, 977, 978 f. sowie unten Rn 510.

<sup>833</sup> BVerfG NJW 2009, 350, 351 f. (Holzklotz).

Auch die Pressefreiheit besitzt einen hohen Verfassungsrang. „Eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenene Presse ist Wesensmerkmal des freiheitlichen Staates und für die moderne Demokratie unentbehrlich“<sup>834</sup>. Die Pressefreiheit ist gegenüber der Meinungsäußerungsfreiheit das spezielle Grundrecht, da sie einen Teilausschnitt der allgemeinen Meinungsäußerungsfreiheit darstellt, nämlich die Äußerung der Meinung mit Hilfe eines Presseerzeugnisses.<sup>835</sup> Im Anwendungsbereich der Pressefreiheit ist also ein Rückgriff auf die Meinungsäußerungsfreiheit ausgeschlossen. Das schließt jedoch nicht aus, dass die Personen, deren Meinung in der Presse publiziert wird (z.B. der Autor eines Buches oder der Verfasser eines Berichts), sich separat auf die **Meinungsäußerungsfreiheit** berufen können.<sup>836</sup> Denn Personen, die sich nicht auf die Pressefreiheit des Reporters, Journalisten, Verlags etc. berufen können, genießen zwar nicht den Schutz der Pressefreiheit, dafür aber den der Meinungsäußerungsfreiheit.<sup>837</sup>

461

Dagegen stehen Pressefreiheit und Rundfunkfreiheit selbstständig nebeneinander. Die Pressefreiheit ist auch kein Spezialfall der Informationsfreiheit, da sie die Beschaffung der Informationen nicht an die allgemein zugänglichen Quellen knüpft, sondern die besondere (individuelle) Recherche zulässt (allerdings besteht kein Auskunftsanspruch aus Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG).

462

Der Begriff „**Presse**“ ist unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Grundrechts, nämlich der Gewährung der freien Berichterstattung unter Nutzung eines Massenkommunikationsmittels, grds. weit auszulegen. Schon der Begriff „Presse“ unterstreicht den Schutz der Meinungsäußerung in Büchern, Zeitungen, Zeitschriften, auf Flugblättern, Handzetteln, Aufklebern, Plakaten, Fotokopien usw. Daher kann auch die Qualität des Inhalts des Presseerzeugnisses keine Rolle spielen. Auch als wenig wertvoll eingestufte Produkte wie Skandal- und Sensationsblätter sind somit vom Schutzbereich der Pressefreiheit erfasst.<sup>838</sup>

463

Unter den Begriff der „Presse“ sollte man auch Ton- und Bildträger wie Videokassetten, CDs, DVDs und Blu-rays fassen, sofern diese Medien der Berichterstattung dienen.<sup>839</sup> Etwas anderes mag freilich gelten, wenn sie vornehmlich kommerziellen Zwecken dienen, denn dann steht nicht die Berichterstattung im Vordergrund, sondern die Gewinnerzielung i.S.d. Art. 12 I GG.

463a

Fraglich ist, ob die Berichterstattung im **Internet** („Online-Nachrichtendienste“) vom Begriff der „Presse“ erfasst ist. Im Hinblick auf den Begriff „Presse“ müsste man den Schutzbereich der Pressefreiheit verneinen, weil die Inhalte nicht auf ein Medium „gepresst“ werden. Mit Blick auf den o.g. Sinn und Zweck der Pressefreiheit ist die Beschränkung des Begriffs „Presse“ auf sog. Printmedien jedoch nicht haltbar. Insbesondere konnten die Mitglieder des Parlamentarischen Rates bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes nicht wissen, dass es einmal das Medium *Internet* geben würde. Für sie

464

<sup>834</sup> BVerfG NJW 2007, 1117, 1118 ff. (Cicero); NJW 2001, 507 (Presserechtlicher Schutz von „Bekennerschreiben“); BVerfGE 20, 162, 174 (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“); 66, 116, 133 (Springer/Wallraff). Vgl. auch EGMR NJW 2006, 591 (zur Bedeutung von Art. 8 EMRK).

<sup>835</sup> Auch das BVerfG prüft nicht noch die allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit, wenn es zuvor bereits den Schutzbereich der Pressefreiheit bejaht hat (vgl. BVerfG NJW 2006, 2836, 2837; NJW 2006, 2838). Abzulehnen *Pieroth/Schlink*, Rn 616, die der Auffassung sind, die Pressefreiheit sei kein Spezialfall der Meinungsäußerungsfreiheit und stehe daher selbstständig neben der Meinungsäußerungsfreiheit.

<sup>836</sup> BVerfG NJW 2003, 1109, 1110 (Weitergabe von Informationen an die Presse).

<sup>837</sup> BVerfGE 85, 1, 12 (Zur Abgrenzung von Pressefreiheit und Meinungsäußerungsfreiheit); 86, 122, 128 (Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis); BVerfGE 102, 347, 359 und BVerfG NJW 2003, 1303, 1304 (jeweils Benetton-Schockwerbung).

<sup>838</sup> BVerfGE 34, 269, 283; 66, 116, 134; 101, 361, 389. Insofern besteht eine Übereinstimmung mit dem zur Meinungsäußerungsfreiheit Gesagten.

<sup>839</sup> Vgl. bereits die 7. Auflage 2005; wie hier nun auch *Pieroth/Schlink*, Rn 612 (seit der 25. Auflage 2009).

stand allein im Vordergrund, dass eine unbestimmte Zahl von Personen adressiert werde.<sup>840</sup> Aufgrund des Wandels in der Kommunikationstechnologie ist der Begriff „Presse“ daher auch auf Internet-Nachrichtendienste anwendbar<sup>841</sup> und insgesamt wie folgt zu verstehen:

**465** Der Begriff „**Presse**“ umfasst nicht nur die Erzeugnisse der Druckpresse, sondern alle zur Verbreitung an eine unbestimmte Zahl von Personen bestimmten Vervielfältigungen.

Wie groß der Adressatenkreis ist, spielt keine Rolle. So hat das BVerfG klargestellt, dass auch Werkszeitungen den Schutz des Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG genießen.<sup>842</sup> Jedoch muss auch unter Berücksichtigung des weiten Verständnisses des Begriffs der Presse die Verbreitung an die Allgemeinheit durch einen Vervielfältigungsvorgang (etwa mittels mechanischer, elektronischer oder chemischer Mittel) erfolgen. Ein Einzelstück ist deshalb kein Presseerzeugnis. Dergestalt definiert sich auch der Schutzbereich:

**466** Durch die Pressefreiheit **geschützt** sind alle wesensmäßig mit der Pressefreiheit zusammenhängenden Tätigkeiten „von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und Meinung“.<sup>843</sup>

**467** Ob die Beschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen stammt, spielt dabei keine Rolle.

**468** Geschützt ist das Recht, Art und Ausrichtung, Inhalt und Form eines Publikationsorgans (inklusive des Titelblatts) frei zu bestimmen.<sup>844</sup> Auch die Entscheidung, ob und wie ein Presseerzeugnis bebildert wird (etwa die Abbildung von Personen) ist geschützt.<sup>845</sup> Von der Eigenart oder dem Niveau des Presseerzeugnisses hängt der Schutz nicht ab (s.o.). Geschützt sind auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit<sup>846</sup>, die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zu Informanten<sup>847</sup>.

**Beispiel:** Durchsucht der BND auf Anordnung des Bundesinnenministers Redaktionsräume eines Nachrichtenmagazins und stellt zahlreiche Unterlagen sicher, weil vermutet wird, ein Informant des Magazins gehöre dem BND an und es müsse die „undichte“ Stelle aufgedeckt werden, stellt dies einen Eingriff in die Pressefreiheit dar. Wegen des hohen Schutzes, den die Pressefreiheit genießt, ist ein solches Vorgehen nur dann gerechtfertigt, wenn es um Güter geht, die bei einer Abwägung mit der Pressefreiheit den Vorrang genießen. Das ist u.U. z.B. bei Angelegenheiten der Staatssicherheit der Fall. Auf keinen Fall aber rechtfertigt das staatliche Interesse an der Aufklärung leichter und mittlerer

<sup>840</sup> Vgl. *Leibholz/v. Mangoldt*, Jahrbuch des öffentl. Rechts der Gegenwart, Neue Folge Bd. 1, 1951, S. 79 ff.

<sup>841</sup> Davon geht auch das OLG München (MMR 2005, 768 ff.) aus.

<sup>842</sup> BVerfGE 95, 28, 35 (Pressefreiheit bei Werkszeitungen).

<sup>843</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1306 (Straßenverkauf von Zeitungen – vgl. dazu *R. Schmidt*, BesVerwR I, Rn 858); BVerfG NJW 2007, 1117, 1118 ff.; NJW 2001, 507; NJW 1999, 2880. Das Recht der Presseorgane zur Informationsbeschaffung ergibt sich demnach unmittelbar aus dem Grundrecht der Pressefreiheit, nicht aus dem Grundrecht der Informationsfreiheit. Ob und inwieweit sich ein *Anspruch* gegenüber staatlichen Stellen auf Herausgabe von Informationen herleiten lässt, wird unterschiedlich gesehen (ablehnend BVerwGE 70, 310, 315; bejahend OVG Münster NJW 1995, 2741, 2742; offengelassen in BVerfGE 20, 162, 176; differenzierend BVerwG NJW 1993, 675). Die Landespressegesetze verpflichten die Behörden jedenfalls, den Vertretern der Presse die der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienenden Auskünfte zu erteilen, sofern nicht durch die Erteilung der Auskünfte schwebende Verfahren verzögert, vereitelt, erschwert oder gefährdet werden können, Vorschriften über die Geheimhaltung verletzt werden oder ein überwiegendes öffentliches oder schutzwürdiges privates Interesse verletzt würde (vgl. etwa § 4 BremPresseG, § 4 NRWPresseG, § 4 HambPresseG).

<sup>844</sup> BVerfGE 97, 125, 144 f. (Anspruch auf Gegendarstellung).

<sup>845</sup> BVerfGE 101, 361, 389 (Caroline von Hannover); BGH NJW 2007, 1977 ff. und NJW 2007, 1981 ff. (Caroline und Ernst August von Hannover).

<sup>846</sup> BVerfGE 20, 162, 176 (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“); BVerfGE 66, 116, 133 (Springer/Wallraff); 107, 299, 330; 117, 244, 258.

<sup>847</sup> BVerfGE 107, 299, 330; BVerfG NJW 2011, 1859, 1860 (Durchsuchung der Geschäftsräume eines Senders).

Straftaten den mit einer Durchsuchung der Presseräume bzw. Räume eines Rundfunksenders verbundenen Grundrechtseingriff.<sup>848</sup>

Zum Fall **Cicero** vgl. den Beitrag auf der Internetseite des Verlags Rubrik Falllösungen und Ergänzungen.

Geschützt sind auch das Chiffregeheimnis, der Zugang zu den Presseberufen und die Tätigkeit der Pressegrossisten. Auch werden die pressetechnischen Hilfstätigkeiten (z.B. Druckereitätigkeiten) vom Schutzbereich erfasst, sofern sie notwendige Bedingungen einer freien Presse sind.<sup>849</sup> Schließlich umfasst die Pressefreiheit das Recht, sich über Vorgänge in einer *öffentlichen* (sonst greift § 353d StGB!) Gerichtsverhandlung zu informieren und darüber zu berichten.<sup>850</sup>

469

**Nicht** geschützt ist die Informationsbeschaffung gegen den Willen des Informationsinhabers.

470

Problematisch ist, ob auch der **Anzeigenteil** (Werbeanzeigen) einer Zeitung/Zeitschrift von der Pressefreiheit umfasst ist. Das Parallelproblem bei der Meinungsäußerungsfreiheit, nämlich die Frage, ob reine Tatsachenbehauptungen durch Art. 5 I S. 1 Var. 1 GG geschützt sind, wurde bereits dargestellt. *Gegen* eine Einbeziehung des Anzeigenteils in die Pressefreiheit spricht, dass das Element der wertenden Stellungnahme durch das veröffentlichende Presseunternehmen fast völlig hinter der sachlichen Wiedergabe zurücktritt. Das BVerfG hat den Schutz dennoch bejaht. Das Grundrecht der Pressefreiheit umfasse, wie das BVerfG entschieden habe<sup>851</sup>, auch den Anzeigenteil von Pressezeugnissen. Soweit Meinungsäußerungen Dritter, die den Schutz des Art. 5 I S. 1 GG genossen, in einem Pressezeugnis veröffentlicht würden, schließe die Pressefreiheit diesen Schutz mit ein.<sup>852</sup> Einem Presseorgan darf also die Veröffentlichung einer fremden Meinungsäußerung nicht verboten werden, wenn dem Meinungsträger selbst seine Äußerung und Verbreitung zu gestatten sind. In diesem Umfang kann sich das Presseunternehmen auf eine Verletzung der Meinungsfreiheit Dritter auch in einer gerichtlichen Auseinandersetzung berufen. Das gilt auch in einem Zivilrechtsstreit über wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche.

471

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Im Regelfall wird ein Presseunternehmen zivilgerichtlich auf Unterlassung der fraglichen Werbung (Beispiel: **Schockwerbung von Betten**) in Anspruch genommen. Der Unterlassungsanspruch stützt sich dann auf § 3 UWG. Gibt das Zivilgericht der Klage statt, kann das betroffene Presseunternehmen Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil erheben. Das BVerfG prüft dann, ob das angegriffene Urteil bei der Anwendung und Auslegung des § 3 UWG die grundsätzliche Bedeutung der Pressefreiheit beachtet hat. Vgl. dazu Rn 520.

Auch das **Chiffregeheimnis** fällt in den Schutzbereich des Art. 5 I S. 2 GG.<sup>853</sup> Möglicherweise ist ihm aber bei einer Abwägung mit entgegengesetzten Interessen ein geringeres Gewicht beizumessen.

472

**Beispiel:** Die juristische Zeitschrift A veröffentlicht eine Chiffreanzeige des B, in der dieser die Anfertigung von Dissertationen und Examenshausarbeiten anbietet. Die zuständige Behörde erlässt daraufhin gegenüber dem Verlag eine Verfügung, durch die der Ver-

<sup>848</sup> BVerfG NJW 2011, 1859, 1860 f. (Durchsuchung der Geschäftsräume eines Rundfunksenders).

<sup>849</sup> BVerfGE 77, 346, 354 (Verbot jugendgefährdender Schriften).

<sup>850</sup> BVerfGE 91, 125, 134 (Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal). Zum rundfunkrechtlichen Aspekt der Informationsbeschaffung vgl. BVerfGE 103, 44, 59 ff.

<sup>851</sup> Vgl. BVerfGE 21, 271, 278 f. (Südkurier); 64, 108, 114 (Zeugnisverweigerung von Presseangehörigen).

<sup>852</sup> BVerfGE 102, 347, 359; BVerfG NJW 2003, 1303, 1304. Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, JZ 2001, 302 ff.

<sup>853</sup> BVerfGE 64, 108, 115.

lag aufgefordert wird, künftig derartige Anzeigen nicht mehr zu veröffentlichen und den Namen der Person zu nennen, die die Chiffreanzeige aufgegeben hat.

Da mit der Verfügung ein Tun, Dulden bzw. Unterlassen verlangt wird, ist eine Rechtsgrundlage erforderlich. Wenn man davon ausgeht, dass eine für die Gefahrenabwehr zuständige Landesbehörde gehandelt hat, kann sie sich mangels Spezialermächtigung auf die polizeiliche Befugnisgeneralklausel berufen. Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit kann darin gesehen werden, dass die Abfassung von Dissertationen und Examenshausarbeiten durch Dritte die wissenschaftliche Ausbildung tangiert und gegen die jeweilige Prüfungs- bzw. Promotionsordnung verstößt, die verlangen, dass die entsprechenden Arbeitsleistungen selbstständig und ohne Hilfe Dritter erbracht werden.

Die o.g. Verfügung müsste aber auch mit den Grundrechten vereinbar sein. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Pressefreiheit (Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG). Es muss folgendermaßen differenziert werden: Zunächst könnte bezüglich des Verbots, Anzeigen mit dem beanstandeten Inhalt zu veröffentlichen, ein Verstoß gegen die Pressefreiheit vorliegen. Durch die Pressefreiheit geschützt sind alle wesensmäßig mit der Pressefreiheit zusammenhängenden Tätigkeiten von der Informationsbeschaffung bis zum Vertrieb. Darunter fällt auch das Anzeigengeschäft. Vorliegend werden jedoch weder das Anzeigengeschäft allgemein noch eine bestimmte Gattung von Anzeigen verboten, sondern es wird nur der rechtswidrige Inhalt einer konkreten Anzeige untersagt. Es liegt mithin kein Eingriff in den Schutzbereich der Pressefreiheit vor.<sup>854</sup>

Etwas anderes könnte im Hinblick auf die Verpflichtung zur Namensnennung gelten. Zwar fällt auch das Chiffregeheimnis in den Schutzbereich der Pressefreiheit. Allerdings stehen beim Anzeigenteil einer Zeitung wirtschaftliche Interessen im Vordergrund. Die Beziehung zwischen Inserent und Verlag ist hier zumeist rein wirtschaftlicher Natur. Ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Inserenten und dem Verlag besteht daher nicht. Dem mit dem Grundrecht der Pressefreiheit verbundenen Schutz der Anonymität der Informationsquelle kommt beim Anzeigenteil daher nur eine sehr geringe Bedeutung zu. Eine besondere Beziehung zum Spezialgrundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit besteht nach alledem nicht. Vor diesem Hintergrund scheint es nicht unangemessen, wenn der Verlag zur Nennung des Namens des B verpflichtet wird. Die fragliche Verfügung verstößt demnach weder hinsichtlich des Verbots, Anzeigen der kommerziellen Vermittlung von Promotions- oder Examensarbeiten zu veröffentlichen, noch hinsichtlich des Verlangens, den Namen des B zu nennen, gegen Art. 5 I S. 2 Var. 1 GG.

**473** Das moderne Medium **Internet** hat schließlich die Frage aufgeworfen, ob die Berichterstattung eines Online-Nachrichtendienstes über Software, die zur Umgehung eines Kopierschutzes in Bezug auf CDs oder DVDs entwickelt wurde, sowie das Setzen eines Links auf die Homepage des Softwareanbieters von der Pressefreiheit gedeckt sind.

**Beispiel<sup>855</sup>:** Der Internet-Nachrichtendienst *heise online* berichtete über eine neue Version der Software „AnyDVD“, ein Produkt des auf der Karibikinsel Antigua ansässigen Herstellers Slysoft. Eigenschaft der Software sei die Überwindung aller gängigen Kopiersperren bei CDs und DVDs. Gleichzeitig setzte *heise online* einen Link auf die Homepage von Slysoft.

Mehrere Vertreter der Musik- und Filmindustrie sahen darin einen Verstoß gegen § 95a UrhG (Werbung im Hinblick auf den Verkauf verbotener Vorrichtungen) und verklagten *heise online* auf Unterlassung. Durch das illegale Kopieren von urheberrechtlich geschützten Inhalten entstünden der Musik- und Filmindustrie jährlich Verluste in dreistelliger Millionenhöhe. *Heise online* hingegen berief sich auf das Grundrecht der freien Berichterstattung.

Das OLG bestätigte die Auffassung der Vorinstanz und differenzierte. Hinsichtlich der Berichterstattung habe kein Verstoß gegen § 95a UrhG vorgelegen. Bei einer Gesamtschau

<sup>854</sup> A.A. vertretbar. Wird ein Eingriff angenommen, muss beachtet werden, dass die Pressefreiheit unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze steht (Art. 5 II GG), vgl. dazu die nachfolgenden Erläuterungen.

<sup>855</sup> Nach OLG München MMR 2005, 768 ff. (= K & R 2005, 467 ff.).

habe der Bericht hinreichend kritische Distanz zu den wiedergegebenen Aussagen gewahrt und sich diese damit weder zu eigen gemacht noch eine Art Werbung dargestellt. Damit habe sich die Beklagte im Rahmen des Schutzes der Pressefreiheit bewegt. Zu beanstanden sei aber das Setzen des Links, der auf die Internetseite des Anbieters der illegalen Software führte. Denn dadurch, dass die Software unstreitig gegen § 95a UrhG verstoße, habe sich die Beklagte mit dem Setzen des Links als Störer haftbar gemacht. Durch die Schaffung der Möglichkeit der unmittelbaren Herstellung einer Verbindung zu der Internetseite des Anbieters habe sie das illegale Kopieren von urheberrechtlich geschützten Inhalten wesentlich erleichtert. Da dieses Verhalten nicht mehr den Schutz der Pressefreiheit genieße, hätten die Kläger von der Beklagten die Einstellung des Links verlangen können. Waren die gerichtlichen Entscheidungen verfassungsgemäß?

Die zivilgerichtlichen Entscheidungen, soweit sie die Klagen abwiesen, haben in das Grundrecht der Eigentumsfreiheit (Art. 14 I S. 1 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 I S. 1 GG) auf Seiten der Kläger eingegriffen und bedürfen daher einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Mit Blick auf die *Eigentumsfreiheit* war der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn die Pressefreiheit auf Seiten der Beklagten eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 I S. 2 GG darstellt. Es ist eine praktische Konkordanz vorzunehmen zwischen der Pressefreiheit auf der einen und der Eigentumsfreiheit auf der anderen Seite. Wenn die vorliegend in Frage stehenden fachgerichtlichen Entscheidungen der Pressefreiheit den Vorrang eingeräumt haben, ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Denn den Musik- und Filmproduzenten wird die Ausübung ihres Freiheitsgrundrechts nicht wesentlich erschwert, zumal die Beklagte sachlich und distanziert berichtete und keine Werbung für das illegale Kopieren urheberrechtlich geschützter Inhalte betrieben hat. Aus diesem Grund ist auch das *Berufgrundrecht* durch die Richtersprüche nicht verletzt worden.

Auch was die Untersagung des Setzens des Links betrifft, sind Rechtsfehler der fachgerichtlichen Entscheidungen nicht erkennbar. Denn in diesem Fall überwiegen die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen der Kläger die Pressefreiheit der Beklagten; eine von der Pressefreiheit umfasste Berichterstattung kann auch ohne Setzen eines Links auf eine Internetseite, auf der verbotene Produkte angeboten werden, ausgeübt werden.

Ergebnis: Die beiden Richtersprüche verletzen nicht spezifisches Verfassungsrecht. Eine von den Klägern erhobene Verfassungsbeschwerde, die sich gegen die Urteile richtete, wäre erfolglos.

Das Grundrecht der Pressefreiheit enthält nach umstrittener Auffassung eine **Institutsgarantie** („wird ... gewährleistet“).<sup>856</sup> Geschützt ist also auch die Einrichtung der Presse selbst. Fraglich ist daher, ob den Staat eine Verpflichtung trifft, der zunehmenden Pressekonzentration entgegenzuwirken. Denn die Pressefreiheit ist aufgrund des Fortfalls freier Konkurrenz infolge der zunehmenden wirtschaftlichen Monopolisierung auch der Gefahr einer publizistischen Monopolisierung ausgesetzt; Pressefreiheit setzt aber eine Meinungsvielfalt voraus. Im Rahmen dieser Bearbeitung kann aber darauf nicht weiter eingegangen werden.<sup>857</sup>

474

**Träger** des Grundrechts sind alle natürlichen Personen und Unternehmen (inländische juristische Personen und sonstige Vereinigungen des Privatrechts), die in enger organisatorischer Bindung zu den geschützten Tätigkeiten stehen.<sup>858</sup>

475

<sup>856</sup> Dafür *Degenhart*, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Rn 55 f. und 388 ff.; kritisch *Pieroth/Schlink*, Rn 90, mit dem Argument, dass die freie Presse ein gesellschaftlicher Befund und weder privatrechtliches Institut noch öffentlich-rechtliche Institution sei. Dieser Standpunkt verkennt jedoch den klaren Wortlaut des Art. 5 I S. 2 Var. 2 GG, der ausdrücklich von Gewährleistung spricht.

<sup>857</sup> Vgl. BVerfGE 20, 162, 176 (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“); 52, 283, 296 (Tendenzschutz für Presseunternehmen); *Papier*, Der Staat 18 (1979), S. 422 ff..

<sup>858</sup> BVerfGE 20, 162, 171, 175 (Nachrichtenmagazin „Der Spiegel“); 50, 234, 239 (Ausschluss eines Reporters); 66, 116, 130 (Springer/Wallraff); 80, 124, 132 (Staatliche Presseförderung); 95, 28, 34 (Werkzeugungen). Vgl. auch BGH NJW 2007, 1977 ff. und NJW 2007, 1981 ff. (Caroline und Ernst August von Hannover).

## K. Versammlungsfreiheit – Art. 8 GG

603

Eine pluralistische und demokratische Gesellschaft lebt von der (verbalen) Auseinandersetzung. Ein wesentlicher Bestandteil dieser Auseinandersetzung ist die gemeinsame Bekundung eines politischen Willens oder, allgemein ausgedrückt, die öffentliche Diskussion. Das BVerfG umschreibt das Recht zur öffentlichen Diskussion und damit das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln, als ein „wesentliches Element demokratischer Offenheit“. Die Versammlungsfreiheit besitze einen hohen verfassungsrechtlichen Rang, der bei der Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht (insbesondere mit Grundrechten Dritter) stets zu beachten sei<sup>1142</sup> (dazu näher Rn 631 ff.). Es empfiehlt sich folgendes Prüfungsschema:

### Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG

#### I. Schutzbereich der Versammlungsfreiheit

Der Begriff der **Versammlung** wird uneinheitlich definiert. Um eine Versammlung annehmen zu können, muss nach allen Auffassungen wenigstens ein gemeinsamer Zweck verfolgt werden. Überwiegend wird zusätzlich gefordert, dass dieser in einer **gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung** liegen müsse. Eine noch engere Auffassung unter Einschluss des BVerfG und des BVerwG verlangt, dass der gemeinsame Zweck in der Teilhabe an der **öffentlichen Meinungsbildung** liegen müsse. Die Frage kann jedoch offenbleiben, soweit es um politische Demonstrationen und Aufzüge geht, da diese Veranstaltungen alle Kriterien erfüllen. Was die Teilnehmerzahl betrifft, dürften im Hinblick auf den Schutzbereich des Art. 8 I GG bereits **zwei Personen** genügen. **Planung** und **Organisation** sind keine begriffsnotwendigen Elemente einer Versammlung. Daher fallen auch sog. **Spontan- und Eilversammlungen** unter Art. 8 GG. Auch die **Wahl des Versammlungsortes** sowie die **An- und Abreise** zum und vom Versammlungsort fallen in den Schutzbereich.

Der Schutzbereich des Art. 8 I GG ist sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht begrenzt. In sachlicher Hinsicht ist der Schutzbereich auf **friedliche Versammlungen ohne Waffen** begrenzt. Friedlich ist eine Versammlung, die keinen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt. Verhalten sich einige Teilnehmer friedlich und einige unfriedlich, ist zunächst von Friedlichkeit auszugehen. Diese endet erst, wenn die Versammlung insgesamt einen gewalttätigen aufrührerischen Verlauf nimmt oder die Veranstalter Gewalt erkennbar billigen oder dazu aufrufen. In persönlicher Hinsicht ist der Schutzbereich des Art. 8 I GG auf **Deutsche** begrenzt. Nichtdeutsche können sich demzufolge nicht auf das Grundrecht berufen. Für diese gilt die Versammlungsfreiheit nur eingeschränkt über Art. 2 I GG, freilich nicht mit dem hohen Schutzniveau des Art. 8 I GG. EU-Bürgern muss mit Blick auf das Diskriminierungsverbot ein gleichwertiger Schutz gewährt werden muss (etwa durch eine europarechtskonforme „Umdeutung“ des Deutschenbegriffs in Art. 8 I GG oder durch eine Erhöhung des Schutzniveaus des Art. 2 I GG auf das des Art. 8 I GG).

#### II. Eingriff in den Schutzbereich

Eingriffe in die Versammlungsfreiheit liegen zunächst bei Maßnahmen vor, die das geschützte Verhalten regeln, z.B. **Anmeldungs-** und **Erlaubnispflichten**. Das geht schon aus der Formulierung des Art. 8 I GG „ohne Anmeldung oder Erlaubnis“ hervor. Eindeutige Eingriffe sind auch **Verbote** und **Auflösungen** von Versammlungen. Auch die **Behinderung** von Anfahrten und schleppende vorbeugende Kontrollen beeinträchtigen das Grundrecht. Das Grundrecht wird auch durch **faktische Maßnahmen** beeinträchtigt, wenn sie in ihrer Intensität imperativen Maßnahmen gleichstehen. So können staatliche Überwachungsmaßnahmen dazu führen, dass die innere Entschlussfreiheit, an einer Versammlung teilzunehmen, beeinträchtigt wird. Führt daher eine Überwachungsmaßnahme dazu, dass der Betroffene lieber auf die Grundrechtsausübung verzichtet, ist von einem Eingriff auszugehen. Das BVerfG hat daher in seiner Brokdorf-Entscheidung einen Eingriff bei „exzessive(n) Observationen und Registrierungen“ angenommen. Schließlich seien beidseitige Begleitungen von Demonstrationen durch voll ausgerüstete Polizeibeamte genannt.

<sup>1142</sup> BVerfGE 69, 315, 344 f. (Brokdorf). Dieser Beschluss stellt die grundlegende Entscheidung zur Interpretation des Art. 8 GG dar. Aufgrund seiner Bedeutung wird im Folgenden immer wieder darauf Bezug genommen.

### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Art. 8 II GG stellt nur Versammlungen unter freiem Himmel unter einen Gesetzesvorbehalt. Versammlungen in **geschlossenen Räumen** sind demnach vorbehaltlos gewährleistet. Die Differenzierung hat den Hintergrund, dass der Grundgesetzgeber offenbar davon ausging, dass von Versammlungen in geschlossenen Räumen weniger Gefahren ausgehen als von Versammlungen unter freiem Himmel. Aber auch Versammlungen in geschlossenen Räumen müssen einer Einschränkung zugänglich sein (verfassungsimmanente Einschränkung). *Öffentliche* Versammlungen in geschlossenen Räumen sind nach §§ 5, 13 VersG einschränkbar. Hinsichtlich *nichtöffentlicher* Versammlungen in geschlossenen Räumen sind die §§ 5, 13 VersG dagegen – zumindest direkt – nicht anwendbar. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diesbezüglich das allg. POR in verfassungskonformer Konkretisierung des Versammlungsrechts anwendbar.

**Versammlungen unter freiem Himmel** können durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Wichtigstes Gesetz i.S. dieses Schrankenvorbehalts ist das **Versammlungsgesetz**, insbesondere dessen § 15 I. Diese Norm setzt auf der Tatbestandsebene eine „**unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung**“ voraus. Da es aber um eine Beschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Versammlungsfreiheit geht, ist bei der Auslegung des § 15 I VersG stets die grundlegende Bedeutung des Art. 8 I GG zu beachten. Das führt nach der Kernaussage des Brokdorf-Beschlusses des BVerfG dazu, dass ein Verbot nur zum **Schutz gleichwertiger anderer Rechtsgüter** unter strikter Wahrung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** möglich ist. Als gleichwertige andere Rechtsgüter sind Leib und Leben von Personen anerkannt, aber auch die freiheitliche demokratische Grundordnung. Ob dagegen der Staat mit seinen Veranstaltungen, etwa das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland bzw. die reibungslose Durchführung eines internationalen Wirtschaftsgipfels (G8-Gipfel), gleichwertige Rechtsgüter darstellen, zu deren Gunsten großflächige Versammlungsverbote erlassen werden können, ist mit Blick auf die Bedeutung des Art. 8 I GG fraglich, wurde jedoch vom BVerfG angenommen.

## I. Schutzbereich (Vorliegen einer Versammlung)

### 1. Begriff der Versammlung

604 Zentraler Begriff des Art. 8 GG ist die **Versammlung**. Da das Grundgesetz diesen Begriff nicht definiert, haben sich Rechtsprechung und Literatur stets darum bemüht, den Begriff auszulegen. Daher verwundert es nicht, dass unterschiedliche Auffassungen bestehen. Im Folgenden werden die vertretenen Ansätze diskutiert.

#### a. Gemeinsamer Zweck: Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung

605 Einig ist man sich noch darüber, dass nicht jedes Zusammenkommen mehrerer Personen ausreichen kann. Vielmehr ist eine innere Verbindung in der Gestalt der **Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks** erforderlich.<sup>1143</sup>

Das Kriterium der gemeinsamen Zweckverfolgung ist notwendig, um die Versammlung von sog. **Ansammlungen**, denen keine gemeinsame Zweckverfolgung zugrundeliegt und die daher **nicht** dem Schutz des Art. 8 I GG unterfallen, abzugrenzen. Reine Ansammlungen sind etwa ein **Menschenauflauf nach einem Verkehrsunfall**, die **Zuhörschaft eines Konzerts** sowie **nichtkommunikative (Konsum-)Veranstaltungen wie Rockkonzerte, Fußballspiele** etc. Hier verfolgen zwar alle (Zuschauer, Fans, Zuhörer) den gleichen, nicht aber einen gemeinsamen Zweck. Sogar das Zusammentreffen mehrerer Personen am **Informationsstand einer politischen Partei** soll nach Auffassung des BVerfG eine nicht von Art. 8 I GG geschützte Ansammlung sein. Der Annahme einer Versammlung stehe insbesondere der Umstand entgegen, dass der eigentliche Zweck nicht in der gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung liege, sondern allein darin, Vorbeigehenden ein einseitiges

<sup>1143</sup> BVerfG NJW 2011, 1201, 1204; NJW 2007, 2167, 2168 ff.; NVwZ 2005, 80, 81; NJW 2001, 2459, 2460 f.; BVerfGE 104, 92, 101 ff.; BVerfG NVwZ 2007, 1431, 1432 f.; OVG Berlin NJW 2001, 1740; Heckmann, JuS 2001, 675, 680; Kriesele, NJW 2000, 2857; Wiefelspütz, DÖV 2001, 21, 22; Tillmanns, JA 2002, 277, 278.

Informationsangebot zu unterbreiten, sodass allenfalls Art. 5 I GG einschlägig sei.<sup>1144</sup> Diese Auffassung vermag nicht so richtig zu überzeugen, zumal das BVerfG auch sonst stets eine großzügige Interpretation der Schutzbereiche annimmt. Sofern man jedoch eine Versammlung verneint, ist zu beachten, dass die Veranstaltung zu einer Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG werden kann, wenn sich die anfangs fehlende innere Verbindung einstellt.

Auch bei **kommerziell geprägten (Event-)Veranstaltungen** mag bezweifelt werden, ob die Teilnehmer einen gemeinsamen Zweck verfolgen. So ist eine „**Weihnachtsparade**“ nicht als eine durch Art. 8 I GG geschützte Versammlung angesehen worden, weil nach den tatrichterlichen Feststellungen die einzelnen Teilnehmer im Wesentlichen ihre eigenen, überwiegend wirtschaftlichen Interessen verfolgten.<sup>1145</sup> Auch bei sog. „gemischten Veranstaltungen“ wie der „**Loveparade**“ und der Gegenveranstaltung „**Fuckparade**“ ist fraglich, ob sich bei ihnen überhaupt eine gemeinsame Zweckverfolgung bejahen lässt oder ob die Teilnehmer schlicht das Massenspektakel „konsumieren“.<sup>1146</sup> Siehe dazu Rn 606 und 609.

Ungeachtet dieser Problematik gilt jedenfalls, dass eine körperliche Anwesenheit am Versammlungsort vorausgesetzt wird.<sup>1147</sup> Daher genießen etwa **Internet-User** im (virtuellen) Chatroom **keinen** Schutz aus Art. 8 I GG.<sup>1148</sup>

Ganz überwiegend wird darüber hinaus gefordert, dass die gemeinsame Zweckverfolgung in einer **gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung** liegen müsse.<sup>1149</sup> Diese Auffassung stützt sich auf die Komplementärfunktion der Versammlungsfreiheit zu den (anderen) Kommunikationsgrundrechten, insbesondere zur Meinungsfreiheit. Eine noch engere Auffassung, der sich nun auch das BVerfG und das BVerwG angeschlossen haben, verlangt, dass der gemeinsame Zweck in der Teilhabe an der **öffentlichen Meinungsbildung** bzw. **-kundgabe** liegen müsse.<sup>1150</sup>

606

Das BVerfG führt dazu aus: Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit erhält seine besondere verfassungsrechtliche Bedeutung in der freiheitlichen demokratischen Ordnung des Grundgesetzes wegen des Bezugs auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung. Namentlich in Demokratien mit parlamentarischem Repräsentativsystem und geringen plebiszitären Mitwirkungsrechten hat die Freiheit kollektiver Meinungskundgabe die Bedeutung eines grundlegenden Funktionselements. Das Grundrecht gewährleistet insbesondere Minderheitenschutz und verschafft auch denen Möglichkeiten zur Äußerung in einer größeren Öffentlichkeit, denen der direkte Zugang zu den Medien versperrt ist.<sup>1151</sup>

Und in seinem Urteil zum Verbot einer Versammlung im Frankfurter Flughafen führt das BVerfG aus: „Art. 8 I GG schützt die Freiheit, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammenzukommen. Als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe ist die Versammlungsfreiheit für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung konstituierend. In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, bei der die Teilnehmer in der Gemein-

<sup>1144</sup> BVerfG NJW 1977, 671; BVerwGE 56, 63, 67-69; BVerwG NVwZ 2007, 1434. Etwas anderes kann aber im Hinblick auf die Betreiber des Informationsstandes selbst gelten, vgl. dazu *Kniesel*, NJW 1996, 2606, 2611.

<sup>1145</sup> Vgl. OVG Berlin NJW 2001, 1740.

<sup>1146</sup> Den Versammlungscharakter beider Veranstaltungen verneinend BVerfG NJW 2001, 2459, 2460 (beides Kammerentscheidungen); bejahend hinsichtlich der Fuckparade BVerwG NVwZ 2007, 1431, 1432 f.

<sup>1147</sup> BVerfG NJW 2001, 2459, 2460.

<sup>1148</sup> *Kniesel*, NJW 2000, 2857, 2860.

<sup>1149</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2004, 90, 91; BVerfGE 104, 92, 101 ff.; BVerwGE 56, 63, 69; OVG Berlin NJW 2001, 1740; VG Braunschweig NZV 2000, 142; VGH Mannheim NVwZ 1998, 761, 763; OVG Weimar NVwZ-RR 1998, 498; *Gröpl*, Jura 2002, 18, 20; *Kniesel/Poscher*, NJW 2004, 422, 423; *Tillmanns*, JA 2002, 277, 278; *Seidel*, DÖV 2002, 283, 284 f.; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn 14.

<sup>1150</sup> Vgl. VGH Mannheim NVwZ 1998, 761, 763 und nun auch BVerfG NJW 2011, 1201, 1204 (Fraport); NVwZ 2011, 422, 423 (Versammlungsauflösung); NVwZ 2004, 90, 91 (Versammlungsverbot); BVerfGE 104, 92, 111 (Sitzblockade); BVerfG NJW 2001, 2459, 2460 f. („Loveparade“ und „Fuckparade“), das gleichzeitig die Definition der Versammlung in Art. 8 I GG mit der *öffentlichen* Versammlung nach dem Versammlungsgesetz gleichsetzt. Vgl. auch BVerwG NVwZ 2007, 1431, 1432 f.; BVerwG NVwZ 2007, 1434 f.

<sup>1151</sup> BVerfG NJW 2001, 2459, 2460 mit Bezugnahme auf BVerfGE 69, 315, 346 f.

schaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen.<sup>1152</sup>

607 Zu weit ginge es jedoch, den Versammlungsbegriff auf die **Erörterung öffentlicher Angelegenheiten** (insb. auf politische Themen) zu beschränken. Eine derartige Auslegung wäre weder mit dem Wortlaut des Art. 8 I GG noch mit der systematischen Stellung des Versammlungsgrundrechts innerhalb der Kommunikationsgrundrechte vereinbar. Sofern die betreffende Veranstaltung aber die Erörterung politischer Themen zum Gegenstand hat, stellt sich das Problem nicht. Jedenfalls ist eine verbale Auseinandersetzung nicht erforderlich. Daher kann auch eine Zusammenkunft von Menschen, die durch ihre bloße Anwesenheit, die Art ihres Auftretens und des Umgangs miteinander Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen, eine Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG sein.<sup>1153</sup>

608 Dementsprechend ist eine **Versammlung** i.S.d. Art. 8 GG eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen Erörterung oder Kundgebung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.<sup>1154</sup>

609 Hinsichtlich der bereits genannten Paraden „**Loveparade**“ und „**Fuckparade**“ hat das BVerfG entschieden, dass es sich bei beiden Veranstaltungen überwiegend um Musik- und Tanzereignisse handele, bei denen die von Art. 8 I GG geschützten kommunikativen Zwecke nur eine untergeordnete Bedeutung spielten. Sie seien daher *keine* Versammlungen i.S.d. Art. 8 I GG.<sup>1155</sup> Demgegenüber hat das BVerwG hinsichtlich der Fuckparade entschieden, dass deren Zweck darin bestehe, eine Gegenveranstaltung zur Loveparade zu bilden, und dass die Veranstalter nur deshalb dieselben darstellerischen Elemente nutzten, um auf die öffentliche Meinungsbildung einzuwirken. Daher charakterisiere das Gesamtgepräge der Veranstaltung eine Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG, zumal sich im Zweifel der Freiheitsgehalt der Grundrechte durchsetze.<sup>1156</sup>

610 Sieht man also die „**Fuckparade**“ als Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG an, dürfte dies im Zweifel auch für eine „**Technoparade**“ und eine „**Nacht-Tanz-Demo**“ gelten<sup>1157</sup>. Zu weit ginge es aber, eine „**Fete mit Musik**“ als Versammlung anzusehen, auch wenn sie von einer politischen Partei veranstaltet wird und dabei auch ein „Infotisch“ dieser Partei aufgestellt wird.<sup>1158</sup> Auch eine **Tanzveranstaltung einer Weltanschauungsgemeinschaft**, bei der nicht die Kundgabe einer Meinungsbildung, sondern Spaß im Mittelpunkt steht, ist keine Versammlung.<sup>1159</sup> Hinsichtlich der „**Chaostage**“ und „**Skinheadkonzerte**“<sup>1160</sup> bleibt abzuwarten, wie die Fachgerichte unter dem Einfluss der aktuellen Rspr. des BVerwG in Zukunft entscheiden werden.

610a **Hinweis:** Die Unterscheidung, ob eine Veranstaltung eine Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG oder eine kommerzielle Veranstaltung bzw. Vergnügungsveranstaltung ist, hat in der Praxis weit reichende Konsequenzen:

- Eine Versammlung ist zulassungsfrei, wohingegen eine kommerzielle Veranstaltung bzw. Vergnügungsveranstaltung genehmigungspflichtig ist, wobei die Genehmigung

<sup>1152</sup> BVerfG NJW 2011, 1201, 1204 (Fraport) mit Bezugnahme auf BVerfGE 104, 92, 104; 111, 147, 154 f.; 69, 315, 344 f.

<sup>1153</sup> BVerfG NVwZ 2011, 422, 423; *Muckel*, JA 2011, 555.

<sup>1154</sup> BVerfG NVwZ 2011, 422, 423 (Versammlungsauflösung); NJW 2011, 1201, 1204 (Fraport).

<sup>1155</sup> BVerfG NJW 2001, 2459, 2460 f. (beides jedoch nur Kammerentscheidungen).

<sup>1156</sup> BVerwG NVwZ 2007, 1431, 1432 f.

<sup>1157</sup> Vgl. VG Frankfurt a.M. NJW 2001, 1741.

<sup>1158</sup> VG Braunschweig NZV 2000, 142.

<sup>1159</sup> VGH München BayVBl 2009, 629 ff.

<sup>1160</sup> Vgl. dazu näher *Führung*, NVwZ 2001, 157 ff.

(= Sondernutzungserlaubnis) nur erteilt wird, wenn die Belange des Straßenverkehrs und der Anlieger nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Die Entscheidung über die Genehmigungserteilung steht im Ermessen der Behörde.

- Eine nicht genehmigte, aber genehmigungspflichtige kommerzielle Veranstaltung bzw. Vergnügungsveranstaltung kann (auf der Grundlage des Straßenrechts oder des Polizei- und Ordnungsrecht) untersagt werden; Verstöße gegen die Erlaubnispflicht stellen zudem eine Ordnungswidrigkeit (gem. § 113 OWiG) dar und können mit Bußgeld sanktioniert werden. Demgegenüber kann eine durch Art. 8 I GG geschützte Versammlung nur unter den strengen Voraussetzungen des § 15 VersG verboten bzw. aufgelöst werden, wobei der strenge Prüfungsmaßstab des Art. 8 I GG zu beachten ist.
- Die Benutzung der Straße durch eine von Art. 8 I GG geschützte Versammlung ist kostenfrei, wohingegen die Benutzung durch eine andere Veranstaltung kostenpflichtig (Sondernutzungsgebühren) ist.

Diskussionsstoff liefert auch der Fall, dass ein Veranstalter Personen „mietet“, damit diese für seine Zwecke demonstrieren.

610b

**Beispiel:** Im Zuge der Beratungen hinsichtlich der Gesundheitsreform demonstrierten einige hundert Menschen vor dem Bundeskanzleramt, indem sie Arztkittel in den Wind hielten als Symbol für die „vielen Mediziner, die wegen der geplanten Gesundheitsreform ihren Job an den Nagel hängen werden“. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass die Demonstranten vom Veranstalter, der Jobbörse „Jacktiger“, für 30 € bezahlt wurden, um die Veranstaltung durchzuführen.

Ob eine solche Veranstaltung den Schutz aus Art. 8 I GG beanspruchen kann, ist angesichts des Normzwecks (demokratisches Partizipationsrecht) zumindest dann fraglich, wenn es den „gemieteten“ Personen weniger um Kundgabe ihrer Meinung, sondern primär oder ausschließlich um Erhalt eines Entgelts geht. Stellt man bei der Frage nach der Eröffnung des Schutzbereichs aus Art. 8 I GG auf das Gesamtgepräge der Veranstaltung ab, spricht der besondere Charakter des Grundrechts gegen das Vorliegen einer Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG.<sup>1161</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bei der Beantwortung der Frage, ob im konkreten Fall eine Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG oder lediglich eine Ansammlung vorliegt, besteht zumindest für die Praxis eine gewisse Rechtssicherheit. Für die Fallbearbeitung ist wichtig, sich nicht von der formalen Bezeichnung der Veranstaltung beeinflussen zu lassen. Abzustellen ist allein auf den verfolgten Zweck. Liegt dieser in erster Linie in der gemeinschaftlichen Erörterung und Kundgebung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung, schadet es nicht, wenn dies unter Einsatz von Musik und Tanz erfolgt. Denn im Zweifel setzt sich der Freiheitsgehalt der Grundrechte durch („in dubio pro libertate“). Lediglich rein (oder doch zumindest hauptsächlich) kommerziell ausgerichtete Veranstaltungen sowie auf Spaß und Unterhaltung ausgerichtete öffentliche Massenpartys müssen aus dem Schutzbereich herausgehalten werden. Dies hat zur Folge, dass eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich wird, jedenfalls soweit die Veranstaltung auf öffentlichem Grund stattfindet. Eine Sondernutzungserlaubnis wird regelmäßig aber nur dann erteilt, wenn die Kosten der Abfallentsorgung übernommen werden. Soweit es aber um Parteitage, politische Diskussionsveranstaltungen, Demonstrationen oder Protestmärsche geht, kann der Streit um den Versammlungsbegriff dahinstehen, da diese Veranstaltungen allesamt unstreitig Versammlungen darstellen. Auch der in § 1 VersG (zur Staatsreform 2006 vgl. Rn 635) genannte „Aufzug“ ist eine sich fortbewegende Versammlung.

611

<sup>1161</sup> Vgl. näher *Bredt*, NVwZ 2007, 1358 ff.

## b. Mindestteilnehmerzahl

612 Fraglich ist auch, ob für die Annahme einer Versammlung eine bestimmte **Teilnehmerzahl** erforderlich ist. Überwiegend werden zwei Personen als ausreichend erachtet.<sup>1162</sup> Teilweise werden aber auch drei Personen gefordert.<sup>1163</sup> Eine dritte Auffassung differenziert zwischen dem Begriff der Versammlung i.S.d. Art. 8 GG und dem des Versammlungsgesetzes, wonach für Art. 8 GG zwei Personen genügen, für das Versammlungsgesetz aber drei Personen erforderlich seien.<sup>1164</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Differenzierung bei der Benennung der Mindestteilnehmerzahl zwischen Art. 8 I GG und dem VersG nicht überzeugen. Denn das VersG ist unmittelbarer Ausfluss aus Art. 8 I GG und muss deshalb denselben Wertungen unterliegen. Bei der Beantwortung der Frage, ob nun zwei oder drei Personen erforderlich sind, gilt es zu bedenken, dass Art. 8 GG die Freiheit des einzelnen Bürgers, seine Meinung gemeinsam mit anderen zu äußern, um damit seine politische Isolierung zu verhindern, schützen will. Daher scheint es angebracht, **zwei Personen** genügen zu lassen. Zudem folgt aus dem Wortlaut des Art. 8 GG „sich versammeln“ nicht notwendigerweise, dass es sich dabei um drei oder mehr Personen handeln muss.<sup>1165</sup>

613 Ein **Beispiel** nebst **Formulierungsvorschlag**, der gerade für Studienanfänger bedeutsam sein kann, jedoch den Rahmen der vorliegenden Darstellung sprengen würde, findet sich auf der Internetseite des Verlags Rubrik Falllösungen und Ergänzungen.

614 **Zusammenfassung:** Um eine **Versammlung** annehmen zu können, muss nach allen Auffassungen wenigstens ein gemeinsamer Zweck verfolgt werden. Überwiegend wird zusätzlich gefordert, dass dieser in einer **gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung** liegen müsse. Eine noch engere Auffassung, der sich nun auch das BVerfG angeschlossen hat, verlangt, dass der gemeinsame Zweck in der Teilhabe an der **öffentlichen Meinungsbildung** bestehen müsse. Abzulehnen ist jedenfalls die Einschränkung des Versammlungsbegriffs auf die Erörterung **öffentlicher Angelegenheiten**. Die Frage kann jedoch regelmäßig offenbleiben, da es zumeist um Veranstaltungen oder Aufzüge geht, die alle Kriterien erfüllen. Was die Teilnehmerzahl betrifft, dürften im Hinblick auf den Schutzbereich des Art. 8 I GG **zwei Personen** genügen.

## c. Spontan- und Eilversammlungen

615 **Planung** und **Organisation** sind keine begriffsnotwendigen Elemente einer Versammlung. Auch das in § 14 VersG (zur Staatsreform 2006 vgl. Rn 635) enthaltene Erfordernis, dass Versammlungen im Freien angemeldet werden müssen, ist für die Qualifikation einer Veranstaltung als Versammlung in Anbetracht des Wortlauts des Art. 8 I GG, wo von „ohne Anmeldung“ die Rede ist, irrelevant.<sup>1166</sup> Daher fallen auch **Spontan- und Eilversammlungen** unter Art. 8 I GG.

<sup>1162</sup> *Hermanns*, JA 2001, 79; *Kniesel*, NJW 2000, 2857; *Kahl*, JuS 2000, 1090, 1092; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 8 Rn 9; *Kloepfer*, HdbStR VI, S. 747; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 8 Rn 3; wohl auch *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn 13.

<sup>1163</sup> OLG Saarbrücken NStZ-RR 1999, 119; *Hoffmann-Riem*, in: Alternativkommentar, Art. 8 Rn 12; *Benda*, in: Bonner Kommentar, Art. 8 Rn 21.

<sup>1164</sup> Vgl. OLG Düsseldorf JR 1982, 299, 300. Diese Auffassung dürfte sich aber nach der Entscheidung des BVerfG zu den Paraden erledigt haben, da das Gericht dort die Begriffe der Versammlung einheitlich auslegt (vgl. auch BVerwG NVwZ 2007, 1434 f.).

<sup>1165</sup> Vgl. bereits die 1. Auflage 2000; wie hier nun auch VGH Mannheim VBIBW 2008, 60-62. Mit dem Wortlaut „sich versammeln“ in Art. 8 I GG jedenfalls nicht vereinbar ist BVerfG NJW 1987, 3245, wonach eine Einzelmahnwache eine Versammlung darstellen soll.

<sup>1166</sup> Freilich eine andere Frage ist es, ob eine nicht angemeldete Versammlung aufgelöst werden kann, vgl. dazu Rn 615c.

**Spontanversammlungen** sind Versammlungen, die nicht geplant waren und bei denen keine Veranstalter vorhanden sind, sondern die sich „aus dem Augenblick heraus“ entwickeln.<sup>1167</sup>

**Beispiel:** Überraschend wird ein Angeklagter freigesprochen. Aus Protest gegen das Urteil versammeln sich spontan Menschen vor dem Gerichtsgebäude und demonstrieren gegen das Urteil. Die Behörde sieht darin einen Verstoß gegen die Anmeldepflicht nach § 14 I VersG und löst die Versammlung gem. § 15 III VersG auf.

Zwar lässt Art. 8 II GG Einschränkungen von öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel zu, allerdings bestünde ein klarer Bruch mit dem Wortlaut des Art. 8 I GG, der ausdrücklich das Recht verleiht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis zu versammeln. Zudem bestünde in Fällen der vorliegenden Art, in denen es von vornherein praktisch unmöglich ist, den Anforderungen des § 14 VersG gerecht zu werden, die Gefahr einer Entwertung bzw. Aushöhlung des Art. 8 I GG, wollte man § 14 I VersG uneingeschränkt Geltung verleihen. Das BVerfG hat dies erkannt und nimmt seit seiner Brokdorf-Entscheidung **Spontanversammlungen** von der Anmeldepflicht aus, soweit der mit der Spontanversammlung verfolgte Zweck bei Einhaltung der Anmeldepflicht nicht erreicht werden könnte.<sup>1168</sup> Rechtstechnisch nimmt das BVerfG also eine verfassungskonforme Auslegung des § 14 VersG (und des § 15 III VersG) vor.

Im vorliegenden Fall wäre der Zweck der Demonstration vereitelt, wenn die Anmeldepflicht nach § 14 I VersG gelten würde. Daher können sich die Demonstranten auch ohne Anmeldung auf Art. 8 I GG berufen. § 14 I VersG ist – trotz des Gesetzesvorbehalts des Art. 8 II GG – nicht anwendbar. Auch § 15 III VersG ist verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass eine Auflösung allein wegen nicht erfolgter Anmeldung ausscheidet. Denn würde man eine Auflösung zulassen, wäre der Zweck der Spontanversammlung in gleicher Weise gefährdet. Folgerichtig ist auch die Strafnorm des § 26 Nr. 2 VersG nicht anwendbar: Zum einen dürfte es bei einer Spontanversammlung kaum einen Veranstalter geben, der strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnte, und zum anderen würde man das soeben gefundene Ergebnis konterkarieren, sanktionierte man die nicht aufzulösende Spontanversammlung mit Mitteln des Strafrechts.

**Eilversammlungen** sind Versammlungen, die im Unterschied zu Spontanversammlungen zwar geplant sind und Veranstalter haben, aber ohne Gefährdung des Versammlungszwecks nicht unter Einhaltung der Frist des § 14 VersG (48 Stunden) angemeldet werden können.

**Beispiel**<sup>1169</sup>: Die Einreise eines Staatsoberhauptes eines totalitären Staates wird erst 24 Stunden vorher bekannt gegeben.

Würde man strikt auf der Einhaltung der Anmeldefrist beharren, hätte dies zur Folge, dass Eilversammlungen von vornherein unzulässig wären. Im Unterschied zu den Spontanversammlungen ist bei den Eilversammlungen aber nicht die Anmeldung überhaupt, sondern lediglich die Fristwahrung unmöglich. Daher ist § 14 VersG bezüglich Eilversammlungen zwar anwendbar, jedoch in verfassungskonformer Weise so auszulegen,

<sup>1167</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2005, 80 f. Auch sog. Flashmobs, bei denen sich Menschen spontan über das Internet an einem bestimmten Ort verabreden, sind Spontanversammlungen, wenn die übrigen Voraussetzungen, die an eine Versammlung gestellt werden, erfüllt sind.

<sup>1168</sup> Vgl. BVerfGE 69, 315, 349 f.; 85, 69, 75; BVerfG NVwZ 2005, 80, 81. Für Verfassungsmäßigkeit des § 14 VersG auch *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn 33; *Heckmann*, JuS 2001, 675, 681; für Verfassungswidrigkeit *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 8 Rn 17; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 8 Rn 58. Geht man von der Verfassungsgemäßheit der Vorschrift aus, ist es dadurch, dass auch Spontanversammlungen unter den Versammlungsbegriff fallen, möglich, dass auch Teilnehmer der Loveparade den Schutz des Art. 8 I GG genießen, wenn sie sich plötzlich zu politischen Fragen äußern.

<sup>1169</sup> Vgl. *Kahl*, JuS 2000, 1090, 1093.

dass Eilverksammlungen anzumelden sind, sobald dies möglich ist. Das wird spätestens mit dem Beschluss, die Versammlung durchzuführen, der Fall sein.<sup>1170</sup>

Im vorliegenden Fall hat also eine Anmeldung gem. § 14 VersG zu erfolgen, und zwar mit dem Beschluss, die Versammlung durchzuführen.

615c

**Zusammenfassung:** Der **Schutz des Art. 8 I GG** besteht auch dann, wenn eine Versammlung entgegen § 14 I VersG **nicht angemeldet** wurde. Denn die Eröffnung des Schutzbereichs kann nicht von einer erfolgten Anmeldung abhängen. Liegt eine Spontanversammlung vor, besteht regelmäßig auch keine Möglichkeit, die Versammlung gem. § 15 III GG allein wegen der nicht erfolgten Anmeldung aufzulösen. Aber auch wenn eine Versammlung nicht als Spontanversammlung zu bewerten und daher anzumelden ist, ist bei einem Verstoß gegen die Anmeldungspflicht der Schutzbereich des Art. 8 I GG eröffnet. Freilich eine andere Frage ist es, ob *in diesem Fall* eine Auflösung der Versammlung nach § 15 III VersG in Betracht kommt. Die Entscheidung steht zwar im Ermessen der Behörde (§ 15 III VersG: „kann“), wegen der Bedeutung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit ist aber eine restriktive Handhabung erforderlich. I.d.R. ist daher von einer Auflösung abzusehen (verfassungskonforme Auslegung des § 15 III VersG). Sollte ausnahmsweise dennoch eine Auflösung rechtmäßig sein, hat dies zur Folge, dass die Versammlung nicht mehr besteht. Das VersG kann in diesem Fall keine Sperrwirkung gegenüber dem allgemeinen POR mehr entfalten, sodass Folgemaßnahmen (Platzverweis, Ingewahrsamnahme etc.) nach dem Polizeigesetz getroffen werden können.

#### d. Geschütztes Verhalten

616 Zum **geschützten Verhalten** zählt zunächst die Freiheit, an einer Versammlung teilzunehmen und sie zu verlassen, aber auch über Ort, Zeit, Art und Inhalt der Versammlung zu entscheiden (sog. Gestaltungsfreiheit).<sup>1171</sup>

617 Prüfungsrelevant ist insbesondere die **Wahl des Versammlungsortes**<sup>1172</sup>, weil dies die Frage aufwirft, ob Art. 8 I GG uneingeschränkt den Zugriff auf beliebige Flächen oder Räume gewährleistet. Man stelle sich vor, das Versammlungsgrundrecht würde freien Zugang zu Startbahnen von Flughäfen, (geheimen) Militäreinrichtungen oder zu Räumen der Verfassungsschutzämtern oder des BND gewährleisten. Ein funktionierendes Gemeinwesen bzw. die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben wären dann nicht möglich. Daher muss die Freiheit der Ortswahl ihre Grenze in kollidierenden Verfassungsgütern finden, was entweder zu einer Begrenzung des Schutzbereichs des Art. 8 I GG (verfassungsimmanente Schutzbereichsbegrenzung<sup>1173</sup>) führt oder aber im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung die behördliche Verbotsverfügung rechtfertigt. Überwiegend ist man der Meinung, dass die rechtliche Verfügungsbefugnis über den Versammlungsort eine ungeschriebene Bedingung für die Ortswahl darstelle und Art. 8 I GG insoweit kein Benutzungsrecht einräume, das nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehe.<sup>1174</sup> Diese Sichtweise ist sehr bedenklich, da sie die Reichweite der Versammlungsfreiheit von vornherein in die allgemeine Rechtsordnung einbettet. Folgte man ihr, hätten es der einfache Gesetzgeber und die Verwaltung in der Hand, die Reichweite der Versammlungsfreiheit ggf. sogar durch Benutzungsordnungen oder Satzungen zu regeln. Richtigerweise wird man das Recht

<sup>1170</sup> So die h.M., vgl. nur BVerfGE 85, 69, 75; *Kahl*, JuS 2000, 1090, 1093; *Hermanns*, JA 2001, 79, 83; a.A. BVerfGE 85, 69, 77 f. (abw. Meinung); *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 8 Rn 58 f.

<sup>1171</sup> BVerfG NJW 2011, 1201, 1204 (Frankfurter Flughafen); BVerfGE 104, 92, 105 f. (Sitzblockade); 73, 206, 249 (Sitzblockade) – allesamt zurückgehend auf BVerfGE 69, 315, 343 (Brokdorf).

<sup>1172</sup> Vgl. dazu jüngst BVerfG NJW 2011, 1201 ff. (Frankfurter Flughafen).

<sup>1173</sup> Vgl. dazu Rn 127.

<sup>1174</sup> BGH NJW 2006, 1054, 1055 (Fraport AG); BVerwGE 91, 135, 138 f. (Bonner Hofgartenwiese), unter Bezugnahme auf *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 8 Rn 78; vgl. auch *Hoffmann-Riem*, in: AK-GG, Art. 8 Rn 33; *Schulze-Fieltz*, in: Dreier, GG, Art. 8 Rn 35; *Geis*, in: Berliner Kommentar, Art. 8 Rn 34; *Herrmanns*, JA 2001, 79, 82; *Deger*, VBIBW 1995, 303, 304.

zur freien Ortswahl auf den gesamten **öffentlichen Raum** (insbesondere auf öffentliche Straßen und Plätze) erstrecken müssen.<sup>1175</sup> Hierbei handelt es sich um einen (zulassungsfreien) Gemeingebrauch bzw. um die schlichte Ausübung des Versammlungsgrundrechts, keinesfalls aber um eine (zulassungspflichtige) Sondernutzung. Nähme man das Gegenteil an, führte dies dazu, dass eine wegen Art. 8 I GG („ohne Anmeldung oder Erlaubnis“) nicht genehmigungspflichtige Versammlung ggf. beantragt werden müsste, auch wenn bei der Genehmigung Art. 8 I GG das Ermessen der Behörde dahingehend reduzierte, dass faktisch ein Zulassungsanspruch bestünde, sofern nicht höher-rangige Interessen berührt würden. Aber auch bei der schlichten Ausübung des Versammlungsgrundrechts besteht der Grundrechtsschutz nicht, wenn die oben genannten oder vergleichbare andere Bereiche betroffen sind. Rechtstechnisch ist in diesen Fällen zwar der Schutzbereich eröffnet, jedoch führen die gegenläufigen Verfassungsgüter zur Rechtfertigung des Eingriffs.

Obwohl die Versammlungsfreiheit den Grundrechtsträgern gewährleistet, über den Ort der Veranstaltung frei zu bestimmen, verschafft sie ihnen damit kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten. Insbesondere können Versammlungen nicht ohne weiteres auf frei gewählten **Privatgrundstücken** durchgeführt werden. Allerdings verbürgt die Versammlungsfreiheit die Durchführung von Versammlungen auch an Orten, wo ein **öffentliches Unternehmen** einen allgemeinen öffentlichen Verkehr eröffnet hat. Wenn heute die Kommunikationsfunktion der öffentlichen Straßen zunehmend durch weitere Foren wie Einkaufszentren oder sonstige Begegnungsstätten ergänzt wird, können die Verkehrsflächen solcher Einrichtungen nicht von der Versammlungsfreiheit ausgenommen sein, soweit eine unmittelbare Grundrechtsbindung besteht oder Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung in Anspruch genommen werden können. Dies gilt unabhängig davon, ob die Flächen sich in eigenen Anlagen befinden oder in Verbindung mit Infrastruktureinrichtungen stehen, überdacht oder im Freien angesiedelt sind. Orte allgemeinen kommunikativen Verkehrs, die neben dem öffentlichen Straßenraum für die Durchführung von Versammlungen in Anspruch genommen werden können, sind auch solche, die der Öffentlichkeit allgemein geöffnet und zugänglich sind. Voraussetzung ist nur, dass ein öffentlicher (d.h. öffentlich zugänglicher) Kommunikationsraum eröffnet wurde. Das trifft etwa auf Bereiche des Frankfurter Flughafens zu, die als Orte allgemeinen kommunikativen Verkehrs ausgestaltet sind.<sup>1176</sup>

617a

Zu der genannten Gestaltungsfreiheit gehören auch die Wahl der **Form der Meinungsäußerung** und damit das Verwenden von Fahnen und Trommeln. Sogar das Mitführen der Reichskriegsflagge ist erfasst. Eine andere Frage ist die Möglichkeit eines entsprechenden Verbots.<sup>1177</sup> Geschützt sind auch vorbereitende Maßnahmen; insbesondere hat der Veranstalter in Ausübung der aus Art. 8 I GG fließenden Veranstalterfreiheit das Recht auf Darstellung seiner Intention in der Öffentlichkeit.

617b

Auch der ungehinderte **Zugang** zu einer bereits stattfindenden, bevorstehenden oder sich bildenden Versammlung bzw. Demonstration fällt in den Schutzbereich des Art. 8 I GG. Denn das Grundrecht schützt nicht nur diejenigen, die schon versammelt sind, sondern auch die Personen, die sich auf dem Weg zu einer Versammlung befinden. Zwar sind sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht versammelt, aber sie versammeln sich.<sup>1178</sup> Gleiches ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Grundrechts. Denn der Schutz von Versammlungen liefe leer, wenn er nicht schon im Vorfeld bestünde. Anderenfalls ließen sich Versammlungen z.B. durch Behinderungen bei der Anfahrt, etwa durch bewusst

618

<sup>1175</sup> So auch BVerfGE 73, 206, 249.

<sup>1176</sup> BVerfG NJW 2011, 1201, 1204 f. Vgl. auch *Sachs*, JuS 2011, 665 ff. und bereits oben Rn 80 und 94.

<sup>1177</sup> Vgl. dazu OVG Weimar NVwZ-RR 2000, 154 L.

<sup>1178</sup> *Dietel/Gintzel/Kniesel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 16. Aufl. 2011, § 1 Rn 71.

verzögernde oder exzessiv umfangreiche Kontrollen, erschweren oder praktisch ganz unmöglich machen. Der grundrechtliche Schutz beginnt daher zu dem Zeitpunkt, in dem die Versammlungsteilnehmer die Reise zum Versammlungsort unmittelbar, d.h. ohne versammlungsunabhängige Zwischenstopps oder Umwege, antreten.<sup>1179</sup>

- 619 Typische Maßnahmen im Vorfeld von Versammlungen und Demonstrationen sind Personenkontrollen (Identitätsfeststellungen, Durchsuchungen) an Zufahrtswegen sowie der sog. Rückführungsgewahrsam als Sonderfall des Verbringungsgewahrsams: Die betroffenen Personen werden angehalten und in Polizeibegleitung zum Ausgangsort zurückbeordert. Die besondere Problematik besteht darin, dass das Versammlungsgesetz dafür keine ausdrückliche Rechtsgrundlage enthält, die Maßnahme aber in Art. 8 I GG eingreift. Hier wird der Rückgriff auf das allg. Polizei- und Ordnungsrecht diskutiert, vgl. dazu Rn 640 ff.

### e. Schutzbereichsbegrenzung auf Friedlichkeit und Waffenlosigkeit

- 620 Hat man die mitunter sehr schwierige Frage beantwortet, ob es sich bei der Veranstaltung um eine Versammlung handelt, und festgestellt, dass dem so ist, kann doch noch nicht ohne weiteres von der Eröffnung des Schutzbereichs gesprochen werden. Denn der Schutzbereich des Art. 8 GG ist sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht **begrenzt**. In sachlicher Hinsicht ist der Schutzbereich auf **friedliche Versammlungen ohne Waffen** begrenzt, in persönlicher Hinsicht auf **Deutsche**.
- 621 Grundrechtlich geschützt werden nur **friedliche Versammlungen ohne Waffen**. Der Begriff der „**friedlichen Versammlung**“ wird vom Grundgesetz nicht definiert. Von Rechtsprechung und Literatur wird er in Anlehnung an die Legaldefinition der §§ 5 Nr. 3, 13 I Nr. 2 VersG negativ bestimmt. Danach ist eine Versammlung unfriedlich, wenn ein „gewalttätiger und aufrührerischer Verlauf“ angestrebt ist oder eintritt. Um eine **Gewalttätigkeit** annehmen zu können, muss eine aktive körperliche Einwirkung auf Personen oder Sachen stattfinden. Überwiegend wird verlangt, dass die körperliche Einwirkung aggressiv und von einiger Erheblichkeit ist.<sup>1180</sup> Damit ist der Gewaltbegriff i.S.d. Art. 8 GG enger als derjenige, der im Strafrecht (§ 240 StGB) verwendet wird.
- 622 So ist eine Versammlung als gewalttätig angesehen worden, bei der körperliche Handlungen von **einiger Gefährlichkeit** auftraten wie Gewaltausübung mittels gefährlicher Werkzeuge oder aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen.<sup>1181</sup> Eine Mindermeinung lässt demgegenüber für die Unfriedlichkeit bereits jede oder zumindest jede straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Rechtsverletzung genügen.<sup>1182</sup> Demnach wäre eine Versammlung unfriedlich, wenn die Veranstalter gegen die **Anmeldepflicht** (§ 14 VersG) verstoßen haben, da ein solcher Verstoß eine Straftat darstellt (§ 26 Nr. 2 VersG). Nach der hier vertretenen Auffassung kann aber nicht jeder Rechtsverstoß die Versammlung gewalttätig machen, andernfalls wäre der Gesetzesvorbehalt in Art. 8 II GG überflüssig.<sup>1183</sup> Außerdem stünde sonst das Grundrecht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers. So stellt auch eine **Sitzblockade**, bei der sich die Teilnehmer auf passive Resistenz beschränken, eine friedliche Versammlung dar, selbst wenn dabei der Tatbestand der Nötigung verwirklicht wird.<sup>1184</sup> Daran ändert sich auch nichts, wenn sich die Teilnehmer untereinander **anketten**. Ketten sich die Teilnehmer aber an Sachen an (z.B. an Zäunen, Toren, Schienen, stehenden Zügen etc.), muss die Friedlichkeit in Frage gestellt werden, weil der Grad der Behinderung ein anderer ist. Das BVerfG nimmt aber auch in diesem Fall eine Friedlichkeit an. Die Frage, ob eine Versammlung unfriedlich sei, dürfe nicht mit der Verwirklichung des (weiten) Gewaltbegriffs in § 240 StGB gleichgesetzt werden. Vielmehr müsse die Friedlichkeit rein verfassungsrechtlich be-

<sup>1179</sup> BVerfGE 69, 315, 348; 84, 203, 209.

<sup>1180</sup> BVerfG NVwZ 2005, 80 f.; BVerfGE 104, 92, 101 ff.

<sup>1181</sup> BVerfGE 73, 206, 248 f.; 87, 399, 406. Vgl. auch *Hoffmann-Riem*, NVwZ 2002, 257, 259.

<sup>1182</sup> So *Badura*, StaatsR, 4. Aufl. 2010, C Rn 64; *Kloepfer*, in: HdbStR VI, S. 755 f.

<sup>1183</sup> Vgl. auch *Kahl*, JuS 2000, 1090, 1092 und nunmehr erfreulicherweise BVerfG NVwZ 2005, 80 f.

<sup>1184</sup> BVerfG StraFo 2011, 180, 181; BVerfGE 104, 92, 101 ff.; 92, 1, 17 f.; 87, 399, 406; 73, 206, 249.

stimmt werden. Liege der Zweck der Blockade in der gemeinschaftlichen Erörterung und Kundgebung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung, sei auch dann von einer Friedlichkeit i.S.v. Art. 8 I GG auszugehen, wenn sich die Versammlungsteilnehmer bspw. an das Haupttor eines befriedeten Geländes anketteten und die Zu- und Abfahrt versperrten. Denn in einem solchen Fall sei der erforderliche Grad an Gefährlichkeit noch nicht erreicht, um eine „Unfriedlichkeit“ i.S.v. Art. 8 I GG annehmen zu können.<sup>1185</sup> Freilich eine andere Frage ist es, ob die Versammlung gem. § 15 III VersG aufgelöst werden kann; vgl. dazu Rn 615c.

Ob das Werfen mit (relativ) **weichen Gegenständen** (Eiern, Tomaten etc.) unfriedlich ist, kann nicht eindeutig gesagt werden. Eine Unfriedlichkeit sollte jedenfalls dann angenommen werden, wenn sich derartige Aktionen gegen Polizeibeamte richten und die Situation dadurch eskaliert. Dagegen sollte das **Werfen mit harten Gegenständen** (Bierflaschen, gefüllten Getränkedosen, Steinen etc.) sowie mit **Farbbeuteln** wegen der objektiven Gefährlichkeit stets eine Unfriedlichkeit begründen.

Verhalten sich nur **einige** Versammlungsteilnehmer unfriedlich, die anderen dagegen friedlich, ist nur den unfriedlichen Teilnehmern der Schutz des Art. 8 I GG verwehrt.<sup>1186</sup> Es ist also, dem Wortlaut des Art. 8 I GG i.V.m. §§ 18 III und 19 IV VersG entsprechend, auf den einzelnen Teilnehmer abzustellen, nicht auf die Versammlung insgesamt. Nur wenn ein Einschreiten gegen die einzelnen gewalttätigen Teilnehmer nicht möglich ist, keinen Erfolg verspricht oder sich die friedlich verhaltenden Versammlungsteilnehmer mit den Gewalttätigkeiten identifizieren, kann entsprechend dem Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG und unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegen die ganze Versammlung vorgegangen werden (Verbot, Auflösung etc.).

Eine **Gegendemonstration** genießt ebenfalls den Schutz des Art. 8 GG, sofern sie friedlich ist. Bezweckt sie, die Versammlung zu stören, kann je nach Sachverhalt entweder bereits der Schutzbereich begrenzt oder jedenfalls aufgrund des Gesetzesvorbehalts des Art. 8 II GG eingeschritten werden (Verbot, Auflösung etc.).

Ein **aufrührerischer Verlauf** besteht oder wird angestrebt, wenn das Ziel der Versammlung in einem Umsturz liegt oder wenn aktiv Widerstand gegen rechtmäßig handelnde Vollstreckungsbeamte geleistet wird bzw. geleistet werden soll.

623

Mit **Waffen** sind zunächst Waffen im technischen Sinne gemeint. Darunter sind Waffen i.S.d. § 1 WaffG zu verstehen (z.B. Pistole, Dolch, Schlagring).<sup>1187</sup> Der Zweck, zu dem sie mitgeführt werden, ist unerheblich. Überwiegend werden dem Waffenbegriff auch gefährliche Werkzeuge (i.S.d. § 224 StGB) wie Baseballschläger, Eisenketten oder chemische Kampfstoffe zugeordnet, sofern sie nicht nur zur Verletzung von Personen geeignet sind, sondern vor allem *zu diesem Zweck* mitgeführt werden.<sup>1188</sup>

624

**Beispiel:** Auch Fahnen, v.a. die Fahnenstangen, sind für sich genommen gefährliche Werkzeuge. Werden sie aber nicht zum Zweck des Einsatzes als Schlaginstrumente mitgeführt, ist die Versammlung zumindest diesbezüglich nicht unfriedlich.

<sup>1185</sup> BVerfGE 104, 92, 106. Diese Grundsätze bestätigend BVerfG NVwZ 2005, 80 f. Vgl. auch BVerfG StraFo 2011, 180, 181 f. und *Schmidt/Priebe*, StrafR BT I, Rn 798.

<sup>1186</sup> BVerfGE 69, 315, 359; BVerfG NVwZ 2005, 80 f.; NVwZ 2011, 422, 423.

<sup>1187</sup> Zwar kann nach der Normenhierarchie ein einfaches Gesetz nicht die Reichweite einer Norm des Grundgesetzes bestimmen, jedoch kann man auch bei einer rein verfassungsrechtlichen Betrachtungsweise dessen Wertung heranziehen.

<sup>1188</sup> *Kahl*, JuS 2000, 1090, 1091; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 8 Rn 66; *Pieroth/Schlink*, Rn 756; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 8 Rn 7. Anders *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn 26, der gefährliche Werkzeuge i.S.v. § 224 StGB nicht den Waffen i.S.d. Art. 8 I GG zuordnet.

- 625** Keine Waffen sind jedenfalls reine Schutzgegenstände wie Schutzhelme, Gasmasken, Schutzbrillen etc.<sup>1189</sup> Freilich eine andere Frage ist es, ob deren Mitführen ein Verbot nach § 17a I VersG rechtfertigen kann.<sup>1190</sup>
- 626** Unfriedlich ist eine Versammlung schließlich auch dann, wenn eine Unfriedlichkeit **droht**, also unmittelbar bevorsteht. So ist der Aufruf zu verbrecherischen Handlungen ebenso wenig von Art. 8 I GG gedeckt wie die Behinderung einer Versammlung durch Gegendemonstrationen. Bei der Frage, ob eine Unfriedlichkeit droht, ist auf die sachgerechte Prognose der zuständigen Behörde abzustellen.<sup>1191</sup>

### f. Persönlicher Schutzbereich

- 627** In persönlicher Hinsicht ist der Schutzbereich des Art. 8 I GG auf **Deutsche** begrenzt. Der Begriff des Deutschen ist in Art. 116 GG legaldefiniert. **Nichtdeutsche** können sich demzufolge nicht auf das Grundrecht der Versammlungsfreiheit berufen. Für diese gilt die Versammlungsfreiheit nur eingeschränkt über Art. 2 I GG, freilich nicht mit dem hohen Schutzniveau des Art. 8 I GG. Dies gilt zumindest im Hinblick auf Ausländer, die keine EU-Bürger sind. Ob **EU-Bürgern** ein intensiverer Schutz gewährt werden muss (etwa durch eine europarechtskonforme „Umdeutung“ des Deutschenbegriffs in Art. 8 I GG oder durch eine Erhöhung des Schutzniveaus des Art. 2 I GG auf das des Art. 8 I GG), ist noch nicht entschieden. Vgl. dazu die Parallelproblematik bei Art. 12 I GG (Rn 788) sowie die allgemeinen Ausführungen (Rn 48, 63). Vom persönlichen Schutzbereich umfasst sind aber inländische juristische Personen des Privatrechts und sonstige inländische Personenmehrheiten<sup>1192</sup> (Beispiel: politische Partei, die einen Parteitag abhält). Zur Problematik, inwieweit eine inländische juristische Person bzw. Personenmehrheit sich auf Deutschengrundrechte berufen kann, wenn sie von Ausländern beherrscht ist, vgl. Rn 64. Die Versammlung selbst ist kein Grundrechtsträger.

## 2. Ergebnis zur Herleitung des Versammlungsbegriffs

- 628** Unter Zugrundelegung der bisherigen Ausführungen ergibt sich folgende Subsumtionsgrundlage:

**Versammlungen** sind friedliche Zusammenkünfte mehrerer Personen (nach h.M. genügen zwei) zwecks gemeinschaftlicher Erörterung oder Kundgebung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung.

Diese Definition hat sich auch der niedersächsische Gesetzgeber zunutze gemacht, indem er in § 2 des niedersächsischen Versammlungsgesetzes den Begriff der Versammlung definiert: „Eine Versammlung im Sinne dieses Gesetzes ist eine ... Zusammenkunft von mindestens zwei Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung“ (zur Föderalismusreform vgl. Rn 635).

## II. Eingriffe in den Schutzbereich

- 629** Eingriffe in die Versammlungsfreiheit liegen zunächst vor bei Maßnahmen, die das geschützte Verhalten regeln, z.B. **Anmeldungs- und Erlaubnispflichten**. Das geht schon aus der Formulierung des Art. 8 I GG „ohne Anmeldung oder Erlaubnis“ hervor. Eindeutige Eingriffe sind auch **Auflagen, Verbote** und **Auflösungen** von Versammlungen sowie die sie bestätigenden Gerichtsentscheidungen. Auch die **Behinderung**

<sup>1189</sup> *Hermanns*, JA 2001, 79, 81; *Kahl*, JuS 2000, 1090, 1091; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 8 Rn 68.

<sup>1190</sup> Bejahend *Hermanns*, JA 2001, 79, 81.

<sup>1191</sup> *Jahn*, JuS 2001, 172, 174.

<sup>1192</sup> BVerwG BayVBl 1999, 632, 633. Auch rechtsradikale Organisationen, die (noch) nicht verboten sind, können sich auf den Schutz der Art. 5 I, 8 I und 9 I GG berufen (vgl. Art. 21 II GG).

**von Anfahrten** und **Personenkontrollen** beeinträchtigen das Grundrecht.<sup>1193</sup> Das Grundrecht wird auch durch (andere) faktische Maßnahmen beeinträchtigt, wenn sie in ihrer Intensität imperativen Maßnahmen gleichstehen. So können **staatliche Überwachungsmaßnahmen** (etwa Dokumentation oder Videoüberwachung) dazu führen, dass die innere Entschlussfreiheit, an einer Versammlung teilzunehmen, beeinträchtigt wird. Ist daher eine Überwachungsmaßnahme geeignet, Versammlungsteilnehmer abzuschrecken oder bei ihnen den Entschluss auszulösen, lieber auf die Grundrechtsausübung zu verzichten, ist von einem Eingriff auszugehen.<sup>1194</sup> Das BVerfG hat daher in seiner Brokdorf-Entscheidung einen Eingriff bei „exzessiven Observationen und Registrierungen“ angenommen.<sup>1195</sup> Jüngere fachgerichtliche Entscheidungen nehmen einen Grundrechtseingriff auch dann an, wenn der Einsatz einer Kameraübertragung geeignet ist, bei den Versammlungsteilnehmern das Gefühl des Überwachtwerdens mit den damit verbundenen Unsicherheiten und Einschüchterungseffekten zu erzeugen.<sup>1196</sup> Auch die bloße Videobeobachtung einer Versammlung – ohne eine Speicherung der Aufnahmen (sog. **Kamera-Monitoring-Verfahren**) – ist demnach ein Grundrechtseingriff.<sup>1197</sup> Denn wegen der heutigen technischen Möglichkeiten (Zoom) muss prinzipiell von der Erkennbarkeit einzelner Teilnehmer, daher von einem Personenbezug der Aufnahmen und somit von einem Grundrechtseingriff ausgegangen werden.<sup>1198</sup> Das gilt auch hinsichtlich des Einsatzes sog. **Video-Drohnen**<sup>1199</sup>, unabhängig davon, ob eine Speicherung der Aufnahmen stattfindet, oder ob der Einsatz von den Betroffenen bemerkt wird.<sup>1200</sup>

Des Weiteren ist die Erhebung von **Gebühren** im Zusammenhang mit der Erteilung von Auflagen (gem. § 15 I VersG) als Eingriff zu sehen.<sup>1201</sup> Schließlich sind **einschließende Begleitungen** von Demonstrationen durch voll ausgerüstete Polizeibeamte (sog. „Wanderkessel“), die sich dadurch kennzeichnen, dass einzelne Versammlungsteilnehmer die Versammlung nicht verlassen bzw. dieser nicht beitreten können<sup>1202</sup>, sowie Überflüge mit Bundeswehrkampffjets<sup>1203</sup> Grundrechtseingriffe.

Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen ergibt sich folgende Definition:

630

Ein **Eingriff** in Art. 8 I GG liegt vor, wenn eine Versammlung **verboten** oder **aufgelöst** oder die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen **beschränkt** wird.

<sup>1193</sup> BVerfGE 69, 315, 349 (Brokdorf); VG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 248, 249 (Castortransport).

<sup>1194</sup> BVerfGE 65, 1, 43 (Volkszählung).

<sup>1195</sup> BVerfGE 69, 315, 359 (Brokdorf).

<sup>1196</sup> OVG Münster DVBl 2011, 175 f. (das allerdings „bloße Übersichtsmaßnahmen bei Großdemonstrationen“ zwar als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht aber in Art. 8 I GG wertet); VG Berlin NVwZ 2010, 1442.

<sup>1197</sup> BVerfGE 122, 342, 368 f. (Bayerisches Versammlungsgesetz); VG Berlin NVwZ 2010, 1442.

<sup>1198</sup> VG Berlin NVwZ 2010, 1442.

<sup>1199</sup> Hierbei handelt es sich um unbemannte Flugkörper, die mit Foto- oder Videotechnik ausgestattet sind.

<sup>1200</sup> Vgl. dazu ausführlich *Roggan*, NVwZ 2011, 590 ff.

<sup>1201</sup> Vgl. dazu *Greve/Quast*, NVwZ 2009, 500 ff.

<sup>1202</sup> OVG Bremen NVwZ 1990, 1188, 1189; OVG Hamburg NVwZ 1987, 829, 830. Vgl. auch *Kniesel*, NJW 1996, 2606 ff.; *Brenneisen/Martins*, Polizeiforum 2006, 56 ff.; *Krüger/van der Schoot*, NordÖR 2007, 276 ff. Ob bereits eine „offene“ Begleitung (also eine Begleitung, die die Versammlung nicht einschließt und auch einzelne Personen durchlässt) eine Beschränkung der Versammlungsfreiheit darstellt, ist zweifelhaft; dies sollte aber zumindest dann bejaht werden, wenn (potentielle) Teilnehmer abgeschreckt werden, der Versammlung beizutreten.

<sup>1203</sup> Vgl. dazu BVerfG NJW 2007, 2172 sowie *Droege*, JuS 2008, 135, 137.

### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

#### 1. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG

631

Ist der Schutzbereich des Art. 8 I GG eröffnet, muss der Frage nach der Einschränkung des Grundrechts nachgegangen werden. Gem. Art. 8 II GG kann die Versammlungsfreiheit für Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Bei Auslegung dieses Gesetzesvorbehalts muss zunächst klargestellt werden, dass er nur für **versammlungsspezifische Eingriffe** gilt. Wird durch eine Maßnahme bspw. auch in eines der Grundrechte aus Art. 5 I GG eingegriffen, bestimmt sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs – da Art. 8 I GG und 5 I GG grundsätzlich gleichrangig nebeneinander stehen – nicht nur nach dem Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG, sondern auch nach dem des Art. 5 II GG (Fall der echten Grundrechtskonkurrenz, vgl. Rn 138). Geht es der Behörde bei einem Versammlungsverbot allerdings ausschließlich darum, die Meinungsäußerungsfreiheit zu beschränken, kommt nach Auffassung des BVerfG eine Rechtfertigung, soweit die Beschränkung der Meinungsäußerung nicht dem Schutz der Jugend oder dem Recht der persönlichen Ehre dient, nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze i.S.d. Art. 5 II GG in Betracht (vgl. dazu auch Rn 501 sowie *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 1065 ff.).

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Greift die in der Grundrechtsklausur zu untersuchende Maßnahme nicht nur in die Versammlungsfreiheit, sondern auch in eines der Grundrechte aus Art. 5 I GG (etwa die Meinungsäußerungsfreiheit) ein, ist es überwiegende Auffassung in der Lehre, die Maßnahme (entgegen der Praxis des BVerfG<sup>1204</sup>) in einer **getrennten Prüfung** sowohl auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 8 I GG als auch mit Art. 5 I GG zu untersuchen. Denn Art. 5 I GG steht prinzipiell neben Art. 8 I GG.<sup>1205</sup> Das führt jedoch zu erheblichen Problemen im Gutachteraufbau und in der Argumentation. Denn der Inhalt einer Meinungsäußerung, der den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit genießt und im Rahmen des Art. 5 I GG nicht unterbunden werden darf, darf auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 I GG beschränken.<sup>1206</sup> Wie dieser Umstand bei einer nach einzelnen Grundrechten getrennten Prüfung dargestellt werden soll, wird von den Vertretern, die ausschließlich eine nach Grundrechten getrennte Prüfung akzeptieren, nicht beantwortet. Davon unabhängig gilt aber, dass eine Maßnahme nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie den Schrankenvorbehalten beider Grundrechte entspricht. Dabei ist zu beachten, dass die in Art. 5 II und 8 II GG enthaltenen Schranken nur auf die jeweiligen Schutzbereiche bezogen sind. Es gilt der Grundsatz: keine Übertragung von grundrechtsspezifischen Grundrechtsschranken auf ein anderes Grundrecht.

**Beispiel:** Wird eine Versammlung wegen des Inhalts der zu erwartenden Meinungskundgabe verboten, ist Prüfungsmaßstab nicht nur Art. 8 I GG, sondern auch Art. 5 I GG. Ob das Verbot rechtmäßig ist, richtet sich demnach sowohl nach Art. 8 II GG (in Bezug auf Art. 8 I GG) als auch nach Art. 5 II GG (in Bezug auf Art. 5 I GG). Daher darf der Inhalt einer Meinungsäußerung, der den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit genießt und im Rahmen des Art. 5 I GG nicht unterbunden werden darf, auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 I GG beschränken<sup>1207</sup> (was in einer verzahnten Prüfung festzustellen ist). Die Ausübung des Freiheitsrechts aus Art. 8 I GG darf in diesem Fall nur aus anderen Gründen verboten werden.

632 Kommt eine Rechtfertigung des Eingriffs gem. Art. 8 II GG am Maßstab des Art. 8 I GG in Betracht, ist zu beachten, dass der **Gesetzesvorbehalt** nur Versammlungen **unter**

<sup>1204</sup> Vgl. nur BVerfGE 111, 147, 152 ff.

<sup>1205</sup> Wie hier nun auch *Droege*, JuS 2008, 135, 139.

<sup>1206</sup> BVerfGE 111, 147, 152 ff.

<sup>1207</sup> BVerfGE 111, 147, 152 ff.

**freiem Himmel** erfasst. **Versammlungen in geschlossenen Räumen** sind demnach scheinbar **vorbehaltlos** gewährleistet. Die Differenzierung hat den Hintergrund, dass der Grundgesetzgeber offenbar davon ausging, dass von Versammlungen in geschlossenen Räumen weniger Gefahren ausgingen als von Versammlungen unter freiem Himmel.<sup>1208</sup> Daher dürfte es für die Abgrenzung – entgegen dem Wortlaut des Art. 8 II GG – weniger darauf ankommen, ob der Raum überdacht ist, sondern vielmehr, ob der Raum zur Seite hin überall umschlossen und nur durch Eingänge zugänglich ist.<sup>1209</sup>

**Beispiel:** Eine Versammlung in einem Sportstadion ist trotz fehlender Überdachung eine Versammlung in einem geschlossenen Raum. Demgegenüber wird man bei einer Versammlung unter einem Zeltdach von einer Versammlung unter freiem Himmel ausgehen müssen.

Versammlungen unter **freiem Himmel** können **durch** oder **aufgrund eines Gesetzes** eingeschränkt werden. Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Versammlungsfreiheit und des Parlamentsvorbehalts ist für einen gezielten Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 I GG ein förmliches Gesetz zu fordern. Der Bundesgesetzgeber ist diesem Erfordernis vor allem durch den Erlass des **Versammlungsgesetzes** (VersG, insb. des § 15; vgl. zur Staatsreform 2006 sogleich Rn 635) und des Gesetzes über **befriedete Bezirke für Verfassungsorgane** des Bundes (BefBezG), welches das ehemalige Bannmeilengesetz des Bundes ersetzt hat (dazu später), nachgekommen. Als Eingriffsgrundlage kann auch das Straßenverkehrsrecht dienen. Auf Landesebene kommen die allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze, Bannmeilengesetze, Sonn- und Feiertagsgesetze<sup>1210</sup> sowie Straßen- und Wegegesetze in Betracht. Im Anwendungsbereich des VersG ist ein Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht grundsätzlich ausgeschlossen, denn als Spezialgesetz geht es diesem vor (sog. **Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts**).<sup>1211</sup> Gleichwohl kann es in bestimmten Fällen (etwa bei nicht-öffentlichen Versammlungen, da das VersG ausweislich seines in § 1 formulierten Wortlauts nur auf öffentliche Versammlungen anwendbar ist, oder bei der Anreise, da das VersG von einer bestehenden Versammlung ausgeht) erforderlich sein, auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht zurückzugreifen. Die damit verbundenen Probleme sollen im Folgenden erläutert werden.

633

Versammlungen in **geschlossenen Räumen** sind demgegenüber gem. Art. 8 I GG **vorbehaltlos gewährleistet**. Gleichwohl ist eine Einschränkung möglich, wenn dies zum Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer Güter mit Verfassungsrang zwingend geboten ist (verfassungsimmanente Einschränkung).<sup>1212</sup> Wegen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) ist aber auch hier stets eine parlamentarische Rechtsgrundlage erforderlich, die wiederum insbesondere im VersG zu finden ist.

634

## 2. Das Versammlungsgesetz

Liegt eine Versammlung vor, stellen die Vorschriften des **VersG** die wichtigsten Rechtsgrundlagen für Eingriffe in die Versammlungsfreiheit dar. Dabei entstehen – gerade wegen der Beschränkung des VersG auf Abwehr versammlungstypischer Gefahren – regelmäßig Abgrenzungsprobleme zu den Vorschriften des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts. Folgende Bestimmungen sind relevant:

635

- **Art. 8 I GG:** Grundrecht auf Versammlungsfreiheit (allerdings ist Art. 8 I GG nur ein „Deutschengrundrecht“)

<sup>1208</sup> *Leibholz/v. Mangoldt*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge Bd. 1, 1951, S. 114.

<sup>1209</sup> *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 8 Rn 14.

<sup>1210</sup> Vgl. dazu BVerfG NVwZ 2003, 601 f.; *Arndt/Droegge*, NVwZ 2003, 906 ff.

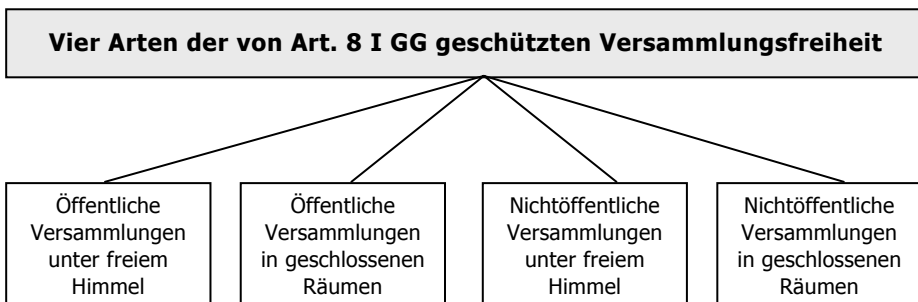
<sup>1211</sup> BVerfG NVwZ 2005, 80, 81; VGH Mannheim VBIBW 2008, 60-62.

<sup>1212</sup> BVerwG NVwZ 1999, 991 unter Berufung auf BVerwGE 90, 112, 122 (zu Art. 4 GG).

- **§ 1 VersG:** Versammlungsrecht (keine Beschränkung auf Deutsche; hat aber auch nicht die Hochrangigkeit wie Art. 8 I GG)
- **§§ 2, 3 VersG:** Waffentragungs-, Störungs- und Uniformverbot
- **§ 5 VersG:** Verbot von öffentlichen Versammlungen in geschlossenen Räumen
- **§§ 12a, 19a VersG**<sup>1213</sup>: Bild- und Tonaufnahmen durch die Polizei<sup>1214</sup>
- **§ 13 VersG:** Auflösung von öffentlichen Versammlungen in geschlossenen Räumen
- **§ 14 I VersG:** Anmeldepflicht von öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel (spätestens 48 Stunden vor deren Bekanntgabe)
- **§ 15 I VersG:** Verbot von öffentlichen Versammlungen im Freien; Auflagen<sup>1215</sup>
- **§ 15 II VersG:** Verbot von öffentlichen Versammlungen im Freien, die an Gedenkstätten mit historisch herausragender überregionaler Bedeutung für die Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft stattfinden sollen; Auflagen
- **§ 15 III, IV VersG:** Auflösung von öffentlichen Versammlungen im Freien, wenn eine der in § 15 III VersG oder in § 15 I oder II VersG genannten Voraussetzungen erfüllt ist. Relevant ist insbesondere die Auflösung einer nicht angemeldeten (vgl. § 14 I VersG) oder verbotenen (vgl. § 15 I und II VersG) Versammlung.
- **§ 18 III VersG** oder **§ 19 IV VersG** für den **Ausschluss** einzelner Teilnehmer von der Versammlung

**Hinweis zur Föderalismusreform 2006:** Die am 1.9.2006 in Kraft getretene Föderalismusreform hat u.a. zum Wegfall der Bundesgesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht geführt. Nunmehr sind die Länder befugt, diese Materie auf ihren Territorien zu regeln. Gemäß Art. 125a I GG n.F. gelten aber die Bundesgesetze, die u.a. wegen Art. 74 I GG n.F. nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnten (also auch das VersG), als Bundesrecht fort, sofern nicht die Länder eigene Gesetze erlassen. Einige Bundesländer (gegenwärtig Bayern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Niedersachsen) haben bereits eigene Landesversammlungsgesetze erlassen. Solange aber in den übrigen Ländern noch das VersG des Bundes gilt, wird dieses der vorliegenden Darstellung zugrunde gelegt.

636 Grundsätzlich müssen die öffentliche Versammlung von der nichtöffentlichen und die Versammlung unter freiem Himmel von der in geschlossenen Räumen unterschieden werden. Denn die **Rechtfertigungsvoraussetzungen** für Grundrechtseingriffe **weichen zum Teil sehr stark voneinander ab**, was die Examensrelevanz dieses Grundrechts ausmacht:



<sup>1213</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 12a, 19 VersG vgl. *Droege*, JuS 2008, 135, 137.

<sup>1214</sup> Das schließt die Anfertigung von (Luft-)Bildaufnahmen durch Einheiten der Bundeswehr aus. Auch ein Einsatz der Bundeswehr im Wege der Amtshilfe (Art. 35 I GG) ist ausgeschlossen, weil die Voraussetzungen des Art. 87a II GG nicht vorliegen (vgl. auch *Droege*, JuS 2008, 135, 139).

<sup>1215</sup> Vgl. dazu BVerfG NVwZ-RR 2010, 625 f.

## a. Öffentliche Versammlungen

### aa. Begriff der öffentlichen Versammlung

Wie die obigen Ausführungen zeigen, schützt Art. 8 I GG jede Form von Versammlung, also *öffentliche* und *nichtöffentliche* Versammlungen sowie Versammlungen in *geschlossenen Räumen* und *unter freiem Himmel*. Demgegenüber enthält Art. 8 II GG nur für Versammlungen unter freiem Himmel einen Gesetzesvorbehalt. Das VersG, das diesen Gesetzesvorbehalt ausfüllt, ist wiederum gem. § 1 VersG lediglich auf *öffentliche* Versammlungen (unter freiem Himmel oder in geschlossenen Räumen) anwendbar. Nicht-öffentliche Versammlungen können demnach nicht auf der Grundlage des VersG beschränkt werden. Beschränkungen sind nur auf anderer Grundlage möglich. Ob und inwieweit hier die Vorschriften des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts anwendbar sind, ist Gegenstand der Ausführungen bei Rn 662 ff.

637

Bei der Frage, ob im konkreten Fall die Versammlung öffentlich oder nichtöffentlich ist, kommt es jedenfalls nicht darauf an, ob die Versammlung auf öffentlichen Flächen oder auf einem Privatgrundstück stattfindet.<sup>1216</sup> Entscheidend ist allein, ob zu der Versammlung **jedermann** Zugang hat. Ist die Teilnahme nicht auf einen bestimmten Teilnehmerkreis begrenzt, liegt eine *öffentliche* Versammlung vor. Wird dagegen zur Teilnahme geladen und wünscht der Veranstalter über den Kreis der Geladenen hinaus keine weiteren Teilnehmer, ist von einer *nichtöffentlichen* Versammlung auszugehen.<sup>1217</sup>

637a

**Beispiele:** Mitgliederversammlungen von Verbänden, Gewerkschaften oder Parteien sind demnach *nichtöffentliche* Versammlungen. Gleiches gilt für einen Parteitag mit entsandten Delegierten und geladenen Gästen.<sup>1218</sup> Werden die Einladungen aber kopiert und frei weitergegeben und findet auch keine Zugangskontrolle durch den Veranstalter statt, ist von einer *öffentlichen* Versammlung auszugehen.<sup>1219</sup> Zu den *nichtöffentlichen* Versammlungen vgl. Rn 662 ff.

Mithin ergibt sich folgende Definition der öffentlichen Versammlung:

Eine Versammlung ist **öffentlich**, wenn die Teilnahme jedermann offensteht, insbesondere nicht von einer persönlichen Einladung abhängt.

638

### bb. Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel

Steht fest, dass es sich bei der betreffenden Versammlung um eine öffentliche Versammlung handelt, ist des Weiteren zu klären, ob es sich bei der Versammlung um eine Versammlung unter **freiem Himmel** oder um eine Versammlung in geschlossenen Räumen handelt, denn der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG beschränkt sich – wie bereits erwähnt – auf Versammlungen unter freiem Himmel. Vgl. dazu Rn 632.

639

Handelt es sich bei der Versammlung demnach um eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel, füllen die Bestimmungen des VersG den Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG grundsätzlich abschließend aus. Im Anwendungsbereich des VersG ist also ein Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht grundsätzlich ausgeschlossen (sog. **Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts**, s.o.). Gleichwohl kann es in bestimmten Fällen erforderlich sein, auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht zurückzugreifen. Das betrifft insbesondere das Stadium der Anreise.

<sup>1216</sup> Heckmann, JuS 2001, 675, 678.

<sup>1217</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 1999, 991, 992; OVG Weimar DVBl 1998, 104, 105; Jahn, JuS 2001, 172, 175; Führung, NVwZ 2001, 157, 159; Heckmann, JuS 2001, 675, 678; Hermanns, JA 2001, 79, 81 f.

<sup>1218</sup> BVerwG NVwZ 1999, 991, 992; OVG Weimar NVwZ-RR 1998, 498 f.; Kniesel, NJW 2000, 2857, 2862; Jahn, JuS 2001, 172, 174 f.

<sup>1219</sup> OVG Weimar NVwZ-RR 1999, 499.

### a.) Maßnahmen im Vorfeld einer Versammlung

640 Besonders problematisch ist der **Vorfeldbereich von öffentlichen Versammlungen**. Die Problematik besteht darin, dass das VersG kaum Rechtsgrundlagen enthält, die zu Maßnahmen während der Anreise zu einer Versammlung befugen, der Schutzbereich des Art. 8 I GG jedoch auch das Vorfeld von Versammlungen, namentlich den Zugang zu einer sich bildenden Versammlung, umfasst.

641 **Beispiel:** Die Menschenrechtsorganisation *pro human e.V.*, deren Mitglieder für eine radikale Durchsetzung ihrer Auffassung bekannt und teilweise wegen Haus- und Landfriedensbruchs vorbestraft sind, plant eine Mahnwache vor dem Zufahrtstor eines in der Stadt B gelegenen Biotechnologiezentrums und meldet sie gem. § 14 VersG an. Am Tag der Veranstaltung reisen einige Mitglieder der Organisation mit einem gemieteten Reisebus an. Der Polizeipräsident von B befürchtet erhebliche Störungen für die öffentliche Sicherheit und lässt an der Stadtgrenze eine Kontrollstelle einrichten. Dort werden die anreisenden Mitglieder der Organisation kontrolliert. Die Polizei stellt die Identität der betreffenden Personen fest und durchsucht sie nach Waffen bzw. gefährlichen Werkzeugen. Zunächst bleibt festzuhalten, dass das VersG keine Rechtsgrundlagen enthält, die zu *Identitätsfeststellungen* und *Durchsuchungen* befugen. Das heißt jedoch nicht, dass die genannten Maßnahmen ohne weiteres auf der Grundlage des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (d.h. des Polizeigesetzes) zulässig wären. Vielmehr muss zunächst untersucht werden, ob sich die betreffenden Personen auf das Versammlungsgrundrecht stützen und ob die Rechtsgrundlagen des VersG analog angewendet werden können. Immerhin füllt das VersG den Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG (in Bezug auf öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel) grundsätzlich abschließend aus. Zudem ist der Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht deshalb problematisch, weil Art. 8 I GG in den Polizeigesetzen nicht als einschränkbares Grundrecht zitiert wird. Die nicht vorhandene Zitierung des Art. 8 I GG ist (mit Blick auf Art. 19 I S. 2 GG) aber unschädlich, sofern man sich auf den Standpunkt stellt, dass das Zitiergebot nicht gelte, wenn die Vorfeldmaßnahmen lediglich der Sicherung der Durchführung der Versammlung dienen bzw. es sich beim allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht um vorkonstitutionelles Recht handele.<sup>1220</sup>

Auch in materieller Hinsicht ist der Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht problematisch, weil es letztlich um einen Grundrechtseingriff in Art. 8 I GG geht und die Polizeigesetze oftmals weniger stringente Eingriffsvoraussetzungen normieren als das VersG. Ein Verstoß gegen Art. 8 I GG lässt sich aber dadurch vermeiden, dass die Vorschriften des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts im Lichte der Bedeutung der Versammlungsfreiheit, also verfassungskonform, ausgelegt werden. Auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht gestützte Maßnahmen sind demnach nur dann (materiell) rechtmäßig, wenn sie dem Schutz von Rechtsgütern dienen, die bei einer Abwägung mit Art. 8 I GG den Vorrang genießen. Dazu gehören die Individualgüter Leib, Leben und Gesundheit von Menschen, aber auch die freiheitliche demokratische Grundordnung des Grundgesetzes. Darüber hinaus dürfen sie nicht den Zugang zu einer Versammlung unzumutbar erschweren oder gar unmöglich machen.<sup>1221</sup>

Schließt man sich jedoch keiner der genannten „Rettungsversuche“ an, sind Vorfeldmaßnahmen (in Ermangelung einer anwendbaren Rechtsgrundlage) schlichtweg rechtswidrig. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist dieser Standpunkt konsequent.

Folgt man aber der h.M., kommen daher im vorliegenden Fall die Rechtsgrundlagen des Polizeigesetzes für die Identitätsfeststellung und die Durchsuchung in Betracht (beide

<sup>1220</sup> Die Rspr. (vgl. etwa VG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 248 f.) umgeht diese Problematik, indem sie das Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG einfach nicht erwähnt. Auch *Pieroth/Schlink* hatten bis zur 21. Aufl. 2005 das Zitiergebot unerwähnt gelassen. In der Fallbearbeitung ist aber eine Auseinandersetzung mit ihm erforderlich. Vgl. dazu die Argumentation bei *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 1072 ff.

<sup>1221</sup> Vgl. dazu VG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 248 f. (Castortransport).

Maßnahmen wären nunmehr in der Fallbearbeitung zu prüfen mit dem Ergebnis, dass beide rechtmäßig ergingen; vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 1072 ff. sowie *ders.*, Fälle zum POR, Fall 3).

## b.) Maßnahmen nach Beendigung der Versammlung

Auch die Phase nach **Beendigung der öffentlichen Versammlung** kann mit Blick auf die Anwendbarkeit des allgemeinen Polizeirechts problematisch sein, weil das VersG hierzu kaum Regelungen enthält. Ausnahmen sind in §§ 12a und 13 II VersG enthalten. Aus § 13 II VersG (vgl. auch § 18 I VersG für Versammlungen unter freiem Himmel) ergibt sich eine Entfernungspflicht aller Teilnehmer nach einer Auflösung der Versammlung durch die Polizei. Ob damit aber der Weg frei ist für Anschlussmaßnahmen auf Grundlage des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts, ist fraglich, weil Art. 8 I GG auch für die „Beendigungsphase“ Nachwirkungen zeigt. Dennoch ist nach der hier vertretenen Auffassung die Anwendung der Befugnisnormen des allg. Polizeirechts zulässig, nachdem die Versammlung **aufgelöst** (§ 13 VersG) wurde. Gleiches gilt hinsichtlich einzelner Teilnehmer, wenn diese von der Versammlung gem. § 18 III VersG **ausgeschlossen** wurden. Denn mit der rechtsgestaltenden Wirkung, die eine Auflösungs- bzw. Ausschlussverfügung bewirkt, wird der Grundrechtsschutz des Art. 8 I GG beendet. Solche Personen können also unverzüglich nach den Polizeigesetzen z.B. in Gewahrsam genommen werden, wenn im Übrigen die polizeirechtlichen Voraussetzungen (Gefahrenlage, Störereigenschaft, Verhältnismäßigkeit) vorliegen.<sup>1222</sup>

642

Da die Auflösung (neben dem Verbot) der Versammlung und der Ausschluss Einzelner von der Versammlung jedoch den intensivsten Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit darstellen, erfordert es der Schutz des Art. 8 I GG, dass die Auflösungs- bzw. Ausschlussverfügung **eindeutig und unmissverständlich** formuliert ist und für die Betroffenen erkennbar zum Ausdruck bringt, dass die Versammlung aufgelöst bzw. sie für ihn zu Ende ist. Selbstverständlich sind auch materiell-rechtlich hohe Rechtmäßigkeitshürden zu nehmen, um der Bedeutung des Art. 8 I GG Rechnung zu tragen.<sup>1223</sup>

643

**Merke:** Erst nach **expliziter Auflösung** der Versammlung bzw. nach **explizitem Ausschluss** einzelner Versammlungsteilnehmer von der Versammlung besteht die Sperrwirkung des VersG nicht mehr, sodass dem betroffenen Personenkreis gegenüber Folgemaßnahmen auf der Grundlage des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts erteilt werden können. Allerdings müssen die (Teil-)Auflösung bzw. der Ausschluss Einzelner von der Versammlung mit Art. 8 I GG vereinbar sein, um die Sperrwirkung des VersG zu beenden und den Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht zu ermöglichen. Das ist der Fall, wenn sie dem strengen Prüfungsmaßstab des Art. 8 I GG entsprechen.<sup>1224</sup>

644

## c.) Bannmeilen und befriedete Bezirke

Zu den öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel zählen auch Versammlungen innerhalb der befriedeten Gebiete (= **Bannkreise**) der Gesetzgebungsorgane des Bundes oder der Länder sowie des BVerfG. Das Bannmeilengesetz (BannmG) vom 6.8.1955 sah ein grundsätzliches Verbot von Versammlungen innerhalb der Bannkreise vor. Dortige Versammlungen durften nur durch behördliche Ermessensentscheidung (§ 4 BannmG) ausnahmsweise erlaubt werden. Das behördliche Ermessen konnte aber in diesem Fall auf Null reduziert sein mit der Folge, dass nur eine einzige Entscheidung ermessensfehlerfrei war - die Zulassung der Versammlung -, wenn diese dem Schutzbereich des BannmG nicht zuwiderlief. Im Jahre 1999 hat der Gesetzgeber das BannmG

645

<sup>1222</sup> Vgl. auch BVerfG NVwZ 2005, 80 f.

<sup>1223</sup> Vgl. auch hierzu BVerfG NVwZ 2005, 80 f.

<sup>1224</sup> Zur gutachterlichen Prüfung vgl. *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 4.

aufgehoben und durch das **Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane** des Bundes (BefBezG) ersetzt. In § 3 I S. 1 BefBezG ist dem Bürger nunmehr ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung vom abstrakten Verbot des § 16 I VersG eingeräumt worden (vgl. dazu § 16 II VersG). Voraussetzung ist nur, dass keine Beeinträchtigung der Tätigkeit des Deutschen Bundestages und seiner Fraktionen, des Bundesrates und des BVerfG sowie ihrer Organe und Gremien und keine Behinderung des freien Zugangs zu ihren in dem befriedeten Bezirk gelegenen Gebäuden zu befürchten sind (vgl. § 3 I S. 1 BefBezG: „sind zuzulassen“).<sup>1225</sup>

#### d.) Zusammenfassung

646 Bei **versammlungsspezifischen** Gefahren, die im Zusammenhang mit **öffentlichen Versammlungen im Freien** stehen, sind die Voraussetzungen für das polizeiliche Einschreiten und dessen Umfang speziell und **abschließend** in den Befugnisnormen des **VersG** geregelt. Ein Rückgriff auf das **allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht** ist grds. **unzulässig** (sog. **Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts**). **Ausnahmen** sind nur in folgenden Fällen anerkannt:

- Geht es im Rahmen einer **bestehenden** öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel darum, Gefahren zu bekämpfen, die ihre Ursache *nicht* in der Versammlung haben, ist ein Rückgriff auf das allg. POR möglich, auch wenn damit ein Eingriff in Art. 8 I GG verbunden ist. Denn in einem solchen Fall ist der Grundrechtseingriff in Art. 8 I GG lediglich eine Nebenfolge, nicht aber eigentlicher Zweck. In aller Regel haben die Gefahren aber die Ursache gerade in der Versammlung, sodass ein Rückgriff auf das allg. POR kaum möglich ist. Ist das der Fall und kann die polizeiliche Maßnahme nicht auf die Befugnisnormen des VersG gestützt werden, ist sie rechtswidrig (Polizeifestigkeit der Versammlung).
- Etwas anderes gilt, wenn die Versammlung **aufgelöst** bzw. teilaufgelöst wurde (vgl. § 15 III VersG). Denn mit der rechtsgestaltenden Wirkung der Auflösungsverfügung (die freilich mit Art. 8 I GG vereinbar sein muss) werden der Grundrechtsschutz des Art. 8 I GG und damit die Sperrwirkung des VersG beseitigt. Jedoch muss die Auflösungsverfügung materiell mit Art. 8 I GG vereinbar sein, um ihre konstitutive Wirkung zu entfalten. Sie muss zudem deutlich ausgesprochen werden und erkennen lassen, dass die Veranstaltung für die Betroffenen nunmehr zu Ende ist. Ist dies der Fall, sind Folgemaßnahmen (Platzverweise, Ingewahrsamnahmen etc.) auf der Grundlage des allg. POR möglich.
- Schließlich können einzelne Teilnehmer von der Versammlung **ausgeschlossen** werden (vgl. § 18 III VersG), wobei das zur Auflösung Gesagte auch hier gilt.
- Im **Vorfeld** von Versammlungen sind aus materiell-rechtlicher Sicht polizeiliche Maßnahmen (insb. Identitätsfeststellungen, Durchsuchungen, Sicherstellungen, Platzverweise und Ingewahrsamnahmen) auf der Grundlage des allg. POR zulässig, wenn die polizeigetzlichen Eingriffsermächtigungen verfassungskonform ausgelegt werden, wenn also Eingriffe in Art. 8 I GG lediglich zugunsten von Leib, Leben oder Gesundheit von Menschen oder zugunsten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes erfolgen. Dem Rückgriff auf das allg. POR steht aber das Zitiergebot des Art. 19 I S. 2 GG entgegen. Folge ist, dass auf das allg. POR gestützte Maßnahmen rechtswidrig sind (a.A. die h.M., die entweder das Zitiergebot verschweigt oder nicht anwenden will).

<sup>1225</sup> Zu den Voraussetzungen, unter denen eine Beeinträchtigung der Tätigkeit der genannten Verfassungsorgane bzw. eine Behinderung des freien Zugangs vorliegt bzw. zu befürchten ist, vgl. R. Schmidt, BesVerwR II, Rn 1077.

## e.) Maßnahmen nach dem Versammlungsgesetz

### aa.) Verbote und Auflagen nach § 15 I VersG

Kommen (wie im Regelfall) die Befugnisnormen des VersG in Betracht, ist v.a. **§ 15 I VersG** relevant. Diese Vorschrift setzt auf der Tatbestandsseite eine „**unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung**“ voraus. Aufgrund der gleichlautenden Merkmale der entsprechenden Tatbestände aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht und des gleichen Schutzzwecks (hier wie dort geht es um Gefahrenabwehr) könnte man annehmen, die Merkmale einheitlich auszulegen.<sup>1226</sup> Da es bei § 15 I VersG aber um eine Beschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Versammlungsfreiheit geht, ist bei der Auslegung der Tatbestand des § 15 I VersG genannten Schutzgüter *öffentliche Sicherheit und Ordnung* stets die grundlegende Bedeutung des Art. 8 I GG (ggf. i.V.m. Art. 5 I GG) zu beachten, was zu einer äußerst zurückhaltenden Annahme der Verbotsvoraussetzungen zwingt (sog. **verfassungskonforme Auslegung**). Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung kann daher nur angenommen werden, wenn es um den **Schutz gleichwertiger anderer Rechtsgüter** geht. Als gleichwertige andere Rechtsgüter sind **Leib und Leben von Personen** anerkannt, aber auch die **freiheitliche demokratische Grundordnung** des Grundgesetzes. Ob auch der Staat mit seinen Einrichtungen und Veranstaltungen, etwa das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland bzw. die reibungslose Durchführung eines internationalen Wirtschaftsgipfels (G8-Gipfel), gleichwertige Rechtsgüter darstellen, zu deren Gunsten großflächige Versammlungsverbote erlassen werden können, ist in Anbetracht der besonderen Bedeutung des Art. 8 I GG fraglich.<sup>1227</sup> Denn oftmals bietet Art. 8 I GG dem Bürger die einzige Möglichkeit, sich im Kollektiv erkennbar zu machen.<sup>1228</sup>

647

Der besonderen Bedeutung des Art. 8 I GG ist aber nicht nur auf der Tatbestandsseite des § 15 I VersG durch restriktive, d.h. verfassungskonforme Auslegung, sondern auch auf der **Rechtsfolgenseite** Rechnung zu tragen. Auch das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Behörden *im Einzelfall* gewährleisten müssten, dass die Versammlungsfreiheit nur dann und nur insoweit zurückstehe, als dies zum Schutz **mindestens gleichwertiger Schutzgüter** und unter strikter Wahrung des **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** erforderlich sei.<sup>1229</sup>

648

Nach dieser Rechtsprechung genügt es also nicht, dass ein Versammlungsverbot zur Erreichung seines Ziels allgemein geeignet, erforderlich und angemessen ist. Vielmehr muss eine praktische Konkordanz zwischen dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit und den genannten widerstreitenden Verfassungsgütern hergestellt werden. Das gilt auch hinsichtlich solcher Gruppierungen, deren politische Gesinnung als „unerwünscht“ gilt. Insbesondere gilt hinsichtlich politischer Parteien, dass sich die Versammlungsteilnehmer so lange in gleichem Maße auf Art. 8 I GG berufen können wie andere Personen, bis das BVerfG die Partei gem. Art. 21 II GG für verfassungswidrig erklärt hat.<sup>1230</sup>

649

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bevor eine Norm (etwa § 15 I VersG) für verfassungswidrig erklärt wird, ist sie nach Möglichkeit **verfassungskonform auszulegen**. Eine verfassungskonforme Auslegung geht der Feststellung der Verfassungswidrigkeit vor! Gelingt die verfassungskonforme Auslegung, ist die Norm gültig, und zwar mit *der*

650

<sup>1226</sup> Zu den Begriffen „Gefahr“ und „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ i.S.d. POR vgl. *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 628 ff. und Rn 657 ff.

<sup>1227</sup> Vgl. dazu BVerfG NJW 2007, 2167, 2169, das diese Frage allerdings (wie in BVerfGE 69, 315, 352) bejaht.

<sup>1228</sup> Vgl. dazu den Beispielsfall bei *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 1081.

<sup>1229</sup> BVerfGE 69, 315, 348 f.; 87, 399, 407; 111, 147, 152 f.; vgl. auch BVerfG NJW 2007, 2167, 2169; NJW 2000, 3051, 3052 f.; NJW 2000, 3053, 3054 f.; NJW 2001, 2076, 2077; OVG Greifswald NordÖR 2007, 290, 291 ff.; VG Schwerin v. 25.5.2007 – 1 B 243/07.

<sup>1230</sup> Vgl. BVerfG NJW 2001, 2076, 2077 (1. Mai-Demo 1).

Auslegung, die vorgenommen wurde, um einen Verstoß mit höherrangigem Recht abzuwenden. § 15 I VersG kann verfassungskonform ausgelegt werden, indem die auf der Tatbestandsseite enthaltenen unbestimmte Rechtsbegriffe *öffentliche Sicherheit oder Ordnung* mit Blick auf die besondere Bedeutung des Art. 8 I GG für den Einzelnen, seine Meinung im Kollektiv zum Ausdruck zu bringen, einschränkend interpretiert werden, mit dem Ergebnis, dass Verbote nur hinsichtlich solcher Schutzgüter in Betracht kommen, die mindestens so hochwertig sind wie die Versammlungsfreiheit. Das ist jedenfalls bei Leib und Leben von Personen, aber auch bei der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes der Fall. Ob dagegen der Staat mit seinen Veranstaltungen, etwa das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland im Ausland bzw. die reibungslose Durchführung eines internationalen Wirtschaftsgipfels (G8-Gipfel), gleichwertige Rechtsgüter darstellen, zu deren Gunsten großflächige Versammlungsverbote erlassen werden können, ist mit Blick auf die Bedeutung des Art. 8 I GG fraglich, wurde jedoch vom BVerfG angenommen.

Kann eine Norm verfassungskonform ausgelegt werden, richtet sich sodann das Augenmerk auf die Anwendung im Einzelfall. § 15 I VersG ist eine Ermessensnorm. Das Ermessen ist so auszuüben, dass die zentrale Bedeutung der durch Art. 8 I GG garantierten kollektiven Meinungskundgabe nicht verkannt wird. Dazu kann es gehören, dass die Behörden, bevor sie die Durchführung der Versammlung von bestimmten Auflagen abhängig machen oder gar ein Verbot verhängen, zunächst versuchen, durch eine **demonstrationsfreundliche Kooperation** mit den Versammlungsteilnehmern dem Grundrecht aus Art. 8 I GG maximale Geltung zu verschaffen.<sup>1231</sup>

- 651 Da der Brokdorf-Beschluss keine Ausführungen zu neonazistischen Demonstrationen und Aufmärschen enthält, stellt sich die Frage, wie diesen zu begegnen ist. Der Neonazismus ist in Ausmaß und Brisanz erst nach der Wiedervereinigung zu einem der gesellschaftlichen Hauptprobleme geworden. Daher wurde bereits in der 6. Aufl. dieses Buches die Prognose gewagt, dass das BVerfG, wenn es jetzt über ein Verbot einer rechtsextremistischen Versammlung zu entscheiden hätte, die einst in einem *obiter dictum* aufgestellten Grundsätze, denen zufolge ein Versammlungsverbot (nicht eine Auflage!) nach § 15 I VersG „im Wesentlichen“ nur zum Schutz elementarer Rechtsgüter in Betracht kommen könne, während eine „bloße Gefährdung der öffentlichen Ordnung“ für ein Versammlungsverbot im Allgemeinen nicht genüge<sup>1232</sup>, so nicht aufrechterhalten würde.<sup>1233</sup> Diese Prognose wurde nun durch einen Beschluss des *Ersten Senats* des BVerfG bestätigt.<sup>1234</sup> Im Kern geht es um die Frage, ob eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung ein Versammlungsverbot rechtfertigt. Da die Beantwortung dieser Frage aber zu sehr ins Versammlungsrecht führen würde, sei insoweit auf die Darstellung bei *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 1084 ff. verwiesen. Vgl. im Übrigen auch den Übungsfall bei *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 1.

### bb.) Flächenverbote und Auflagen nach § 15 II VersG

- 652 Am 1.4.2005 ist das Gesetz zur Änderung des VersG und des StGB in Kraft getreten, nachdem sich die Fraktionen des Deutschen Bundestags geeinigt hatten, das Versammlungsrecht zu verschärfen. Der Gesetzgeber meinte, die Möglichkeiten, gegen extremistisch ausgerichtete Versammlungen unter freiem Himmel schärfer vorzugehen, konkretisieren zu können. So enthält das Gesetz nunmehr „Klarstellungen“ für Auflagen oder Verbote von extremistisch ausgerichteten Versammlungen. Insbesondere regelt der neu geschaffene § 15 II VersG (der bisherige § 15 II VersG a.F. wurde § 15 III VersG n.F.), dass Versammlungen verboten oder von bestimmten Auflagen abhängig gemacht wer-

<sup>1231</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 1083.

<sup>1232</sup> Vgl. BVerfGE 69, 315, 353 (Brokdorf).

<sup>1233</sup> Demgegenüber hält *Wiefelspütz* (DÖV 2001, 21, 27) die Brokdorf-Entscheidung für flexibel genug, um adäquat auch auf rechtsradikale Aufzüge reagieren zu können.

<sup>1234</sup> BVerfGE 111, 147, 152 ff.

den können, wenn sie an einem Ort stattfinden (sollen), „der als Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert ... und nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung konkret feststellbaren Umständen zu besorgen ist, dass durch die Versammlung die Würde der Opfer beeinträchtigt wird“. Als einen solchen Ort legt § 15 II VersG das Denkmal für die ermordeten Juden Europas in Berlin fest. Andere Orte können durch Landesgesetz bestimmt werden. Zur Kritik bzgl. § 15 II VersG vgl. *R. Schmidt*; *BesVerwR II*, Rn 1088 ff.

### cc.) Anmeldepflicht nach § 14 I VersG; Spontan- und Eilversammlungen

Diskussionswürdig ist auch die Regelung des **§ 14 I VersG**. Diese Vorschrift statuiert für den Veranstalter einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel die Pflicht, die Versammlung mindestens 48 Stunden vor ihrer Bekanntgabe **anzumelden** (eine Genehmigungspflicht besteht nicht!). Zweck der Anmeldepflicht ist es, im Interesse aller Beteiligten einen reibungslosen Ablauf der Versammlung zu gewährleisten<sup>1235</sup>, was insbesondere unter Berücksichtigung der üblichen Straßenverkehrsverhältnisse letztlich unverzichtbar ist.<sup>1236</sup> Da Art. 8 I GG jedoch ausdrücklich das Recht verleiht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis zu versammeln, ist § 14 I VersG verfassungsrechtlich sehr bedenklich, jedenfalls in Bezug auf Spontan- und Eilversammlungen. Vgl. dazu bereits Rn 615 ff.

653  
-658

### dd.) Videoüberwachung nach §§ 12a, 19a VersG

§ 12a I VersG stellt hohe Anforderungen an die Videoüberwachung. Die Polizei darf Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen nur anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Unter erheblichen Gefahren sind Gefahren gemeint, die für wichtige Rechtsgüter wie Leib, Leben, Gesundheit oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des GG bestehen. Da eben diese Rechtsgüter geeignet sind, die Versammlungsfreiheit einzuschränken, ist § 12a VersG abstrakt mit Art. 8 I GG vereinbar.

659

Ist § 12a I VersG abstrakt mit Art. 8 I GG vereinbar, fokussiert sich der Blick auf die Rechtmäßigkeit der Einzelmaßnahme (etwa den Einsatz sog. Video-Drohnen, siehe Rn 629). Zunächst ist ein ganz konkreter Anlass (Vorliegen von tatsächlichen Anhaltspunkten, die die Annahme rechtfertigen, dass von der Versammlung erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen) erforderlich. Die anlasslose Videoüberwachung durch die Polizei verstößt wegen der einschüchternden Wirkung daher gegen Art. 8 I GG.<sup>1237</sup> Das gilt auch dann, wenn keine Aufzeichnung erfolgt und dies für alle Teilnehmer erkennbar ist. Verdeckte Videoüberwachung dürfte von vornherein mit Art. 8 I GG (und mit Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) unvereinbar sein.<sup>1238</sup>

660

### cc. Öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen

Aufgrund der Beschränkung des Art. 8 II GG auf Versammlungen unter freiem Himmel kann es Versammlungen geben, die zwar vom Schutzbereich des Art. 8 I GG, nicht aber vom ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG erfasst sind. Hierbei handelt es sich um Versammlungen in geschlossenen Räumen, die scheinbar **vorbehaltlos** ge-

661

<sup>1235</sup> BVerfGE 69, 315, 350 (Brokdorf); 85, 69, 74 (Eilversammlung).

<sup>1236</sup> *Hermanns*, JA 2001, 79, 82.

<sup>1237</sup> VG Berlin NVwZ 2010, 1442.

<sup>1238</sup> So auch *Roggan*, NVwZ 2011, 590 ff.

währt sind. Aber auch bei sog. vorbehaltlos gewährten Grundrechten ist eine Einschränkungsmöglichkeit anerkannt, wenn die Einschränkung zum Schutze eines **kollidierenden Verfassungsguts**<sup>1239</sup> zwingend geboten ist. Aufgrund des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes ist aber auch hier stets ein förmliches Gesetz zu fordern, das die Voraussetzungen eines Einschreitens regelt. Ein solches förmliches Gesetz ist wiederum das VersG. So stellen etwa die **§§ 5 und 13 VersG** eine zulässige Schrankenregelung dar, soweit sie sich auf Friedlichkeit und Waffenlosigkeit beziehen und die Einschränkung zum Schutze eines kollidierenden Verfassungsguts zwingend geboten ist. Vor diesem Hintergrund bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken gegen die Anwendbarkeit des **§ 12 a VersG** (insbesondere die Videoüberwachung) auf öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen.<sup>1240</sup> Das gilt insbesondere dann, wenn die Voraussetzungen für ein Einschreiten nach § 13 VersG vorliegen.<sup>1241</sup>

Als **Beispiel** vgl. den bei *R. Schmidt*; BesVerwR II, Rn 1098 dargestellten Übungsfall und im Übrigen *R. Schmidt*; Fälle zum POR, Fall 5.

## b. Nichtöffentliche Versammlungen

- 662** Wie bereits erläutert, ist das VersG seinem Wortlaut nach nur auf *öffentliche* Versammlungen anwendbar (§ 1 VersG).<sup>1242</sup> Daher ist fraglich, welche Eingriffsbefugnisse für *nichtöffentliche* Versammlungen in Frage kommen, ob also wegen der beschränkten Anwendbarkeit des VersG auf *öffentliche* Versammlungen die Anwendbarkeit des **allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts** (Standardmaßnahmen bzw. Befugnisgeneralklausel) auf *nichtöffentliche* Versammlungen bejaht werden kann oder ob die **Vorschriften des VersG analog** heranzuziehen sind.
- 663** ■ Gegen eine Anwendung der Vorschriften des allg. Polizei- und Ordnungsrechts auf Gefahrenabwehrmaßnahmen im Rahmen *nichtöffentlicher* Versammlungen kann seit dem 1.9.2006 jedenfalls nicht mehr eine fehlende **Gesetzgebungskompetenz** der Länder für die Regelung des Versammlungswesens geltend gemacht werden. Denn im Rahmen der Föderalismusreform 2006 ist die Gesetzgebungskompetenz für die Regelung des Versammlungswesens auf die Länder übergegangen. Können die Länder also eigene Versammlungsgesetze erlassen, ist es nicht gesetzgebungskompetenzwidrig, wenn Vorschriften des allg. POR auf nichtöffentliche Versammlungen angewendet werden. Demzufolge stehen dem allg. POR keine kompetenzrechtlichen Vorschriften (mehr) entgegen.
- 664** ■ Allerdings haben die Länder bislang noch nicht von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, sodass gem. Art. 125a I GG das VersG des Bundes gültig bleibt. Daher könnten auf Vorschriften des allg. POR gestützte Gefahrenabwehrmaßnahmen gegen Teilnehmer einer *nichtöffentlichen* Versammlung (insb. in *geschlossenen Räumen*) über die im VersG gegebenen Eingriffsbefugnisse hinausgehen und so einen **Wertungswiderspruch** darstellen, da die Generalklausel weniger stringente Eingriffsvoraussetzungen normiert als bspw. die §§ 5 und 13 VersG. Um diesem (vermeintlichen) Wertungswiderspruch entgegenzutreten, werden daher zum Teil die §§ 5 und 13 VersG analog herangezogen mit dem Gedanken, dass diese Bestimmungen als Konkretisierung des Art. 8 I GG ausgewiesen seien.<sup>1243</sup> Es gebe keinen sachlichen Grund, ausgerechnet *nichtöffentliche* Versammlungen, von denen der Allgemeinheit geringere Gefahren drohten als von öffent-

<sup>1239</sup> Dazu zählen insbesondere Leib, Leben und Gesundheit der Teilnehmer oder Dritter sowie die freiheitliche demokratische Grundordnung des Grundgesetzes.

<sup>1240</sup> Vgl. *Kriesel*, NJW 2000, 2857, 2865; *Guldi*, VR 1999, 180. Vgl. auch *Droege*, JuS 2008, 135, 137 f.

<sup>1241</sup> VGH Mannheim NVwZ 1998, 761, 764.

<sup>1242</sup> Ausnahmen stellen §§ 3, 21, 23 und 28 VersG dar, deren Bestimmungen auch auf nichtöffentliche Versammlungen anwendbar sind.

<sup>1243</sup> So *Kriesel*, NJW 2000, 2857, 2865; *Alberts*, NVwZ 1992, 38, 40; *Rühl*, NVwZ 1988, 577, 581; *Ketteler*, DÖV 1990, 954, 956; *Krüger*, DÖV 1993, 658, 660. Vgl. nun auch *Pieroth/Schlink/Kriesel*, POR, § 20 Rn 15.

lichen, dem VersG zu entziehen und dem allg. POR mit seinen weit reichenden Eingriffsmöglichkeiten zu unterstellen.<sup>1244</sup>

Demzufolge steht dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht der abschließende Charakter der (analog anzuwendenden) Vorschriften des VersG entgegen.

Stellungnahme: Eine analoge Anwendung der Befugnisnormen des VersG verstößt gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip. Auch das BVerfG hat in seinem Urteil über die sog. „Onlinedurchsuchung“ von Computern klargestellt, dass eine analoge Anwendung von Rechtsgrundlagen verfassungswidrig sei.<sup>1245</sup> Mit der h.M.<sup>1246</sup> ist daher das **allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht** anzuwenden. Dennoch ist zu beachten, dass der Schutz des Art. 8 I GG fortbesteht, jetzt sogar in besonderem Maße, da der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG nicht greift und es sich damit um ein **vorbehaltlos gewährleistetes** Grundrecht handelt. Es ist also nur eine verfassungsimmanente Einschränkung möglich. Aus diesem Grund will eine weitere Auffassung<sup>1247</sup> auch nur dann Abwehrmaßnahmen auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht stützen, wenn beachtet wird, dass in diesen Fällen nur solche Maßnahmen getroffen werden, die dem Schutz der Grundrechte Dritter oder sonstiger Verfassungsgüter dienen, die bei einer Abwägung mit Art. 8 I GG den Vorrang genießen. Dem ist zuzustimmen. Die Grenzen derjenigen Grundrechte, die schrankenlos gewährt werden, können sich nur aus dem Grundgesetz selbst ergeben. Daher ist ein auf die polizeiliche Generalklausel gestützter Eingriff in eine *nichtöffentliche* Versammlung in einer **verfassungskonformen Konkretisierung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts** zulässig.

665

Dieser inhaltlich überzeugenden Lösung könnte dann nur noch das **Zitiergebot** des Art. 19 I S. 2 GG entgegenstehen, das verlangt, dass das eingeschränkte Grundrecht im einschränkenden Gesetz genannt, sozusagen „zitiert“ wird. Diese grundsätzliche Verpflichtung soll den Gesetzgeber darauf aufmerksam machen, dass er die Möglichkeit der Grundrechtsbeeinträchtigung geschaffen hat (**Warn- und Besinnungsfunktion**). Darüber hinaus hat das Zitiergebot eine **Klarstellungsfunktion**. Der Gesetzesanwender soll wissen, in welche Grundrechte das Gesetz einzugreifen ermächtigt.<sup>1248</sup> Die Zitierpflicht gilt nach h.M. aber nur für Gesetze, die „aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung vom Gesetzgeber eingeschränkt werden dürfen“<sup>1249</sup> (also bei Grundrechten mit Gesetzesvorbehalten). Darunter fallen gem. Art. 8 II GG zwar öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel, nicht aber nichtöffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen.<sup>1250</sup>

666

Daher verstößt der Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht auch nicht gegen das Zitiergebot. Darüber hinaus ist es vertretbar, die Anwendung des Zitiergebots mit dem Argument abzulehnen, dass die polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklauseln aller Bundesländer bereits im Ordnungsrecht, das vor Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 bestand, enthalten gewesen seien, dass es sich also um **vor konstitutionelles Recht** handle, für das das Zitiergebot von vornherein nicht gelte. Denn aufgrund seiner Warnfunktion für

667

<sup>1244</sup> *Rühl*, a.a.O.

<sup>1245</sup> BVerfG NJW 2007, 930, 931 – dazu ausführlich *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 309a. Auf die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Analogie (insbesondere die planwidrige Regelungslücke) vorliegen, kommt es also gar nicht erst an.

<sup>1246</sup> BVerwG NJW 1999, 991, 992; OVG Lüneburg NVwZ 1988, 638; VGH Mannheim NVwZ 1987, 237; OVG Münster NVwZ 1989, 885; VG Minden NVwZ 1988, 663; OVG Saarlouis E 13, 208, 211; *Kunig*, v. Münch/Kunig, GG, Art. 8 Rn 30; *Jahn*, JuS 2001, 172, 175; *Führung*, NVwZ 2001, 157, 160 f.; v. *Coelln*, NVwZ 2001, 1234, 1235 f.; *Rozek*, JuS 2002, 470, 476; *Schenke*, POR, Rn 343; *Gusy*, POR, Rn 419.

<sup>1247</sup> *Deger*, NVwZ 1999, 265, 268; *Schoch*, JuS 1994, 479, 481; *Götz*, POR, Rn 501 und 276; *Rozek*, JuS 2002, 470, 476.

<sup>1248</sup> BVerfGE 64, 72, 79; 85, 386, 403 f.

<sup>1249</sup> BVerfGE 83, 130, 154; ähnlich BVerfGE 64, 72, 79.

<sup>1250</sup> Zum Zitiergebot vgl. ausführlich *R. Schmidt*, Staatsorganisationsrecht, Rn 186 ff.

den nunmehr grundrechtsgebundenen Gesetzgeber will das Zitiergebot keine Eingriffsmöglichkeiten ausschließen, die bereits vor Inkrafttreten des Grundgesetzes bestanden.<sup>1251</sup>

### Übersicht über die versamlungsrechtlichen Eingriffsbefugnisse

668

|                                | Öffentliche Versammlungen  | Nichtöffentliche Versammlungen   |
|--------------------------------|--|--|
| <b>Unter freiem Himmel</b>     | <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Schutzbereich des Art. 8 I GG (+)</li> <li>▪ Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG (+)</li> <li>▪ Daher VersG mit seinen Eingriffsgrundlagen, insb. <b>§§ 15, 19a, 12a VersG</b> anwendbar, sodass Rückgriff auf subsidiäres allg. POR (-), sog. Polizeifestigkeit des VersR</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Schutzbereich des Art. 8 I GG (+)</li> <li>▪ Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG (+)</li> <li>▪ VersG ist allerdings auf <i>nichtöffentliche</i> Versammlungen grds. nicht anwendbar (§ 1 VersG), daher ist strittig, welche RGL einschlägig ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das <b>allg. POR</b> in verfassungskonformer Konkretisierung des Versamlungsrechts anwendbar</li> </ul>   |
| <b>In geschlossenen Räumen</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Schutzbereich des Art. 8 I GG (+)</li> <li>▪ Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG (-), da er nur Versammlungen <i>unter freiem Himmel</i> erfasst. Versammlungen in <i>geschlossenen Räumen</i> sind danach verfassungsrechtlich vorbehaltlos gewährleistet.</li> <li>▪ Wegen der Möglichkeit der verfassungsimmanenten Einschränkung können <b>§§ 5, 13, 12a VersG</b> als Spezialvorschriften ggü dem allg. POR gleichwohl herangezogen werden, weil sie zumindest gem. § 1 VersG anwendbar sind, sodass Rückgriff auf subsidiäres allg. POR (-), sog. Polizeifestigkeit des VersR</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Schutzbereich des Art. 8 I GG (+)</li> <li>▪ Gesetzesvorbehalt des Art. 8 II GG (-), da er nur Versammlungen <i>unter freiem Himmel</i> erfasst</li> <li>▪ Gleichwohl Einschränkung gegeben (verfassungsimmanente Schranken). Wegen Art. 20 III ist aber eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Nach der hier vertretenen Auffassung ist wegen § 1 VersG das VersG nicht anwendbar, sondern das <b>allg. POR</b> in verfassungskonformer Konkretisierung des Versamlungsrechts</li> </ul> |

### IV. Konkurrenzen

669

Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit kann insbesondere mit dem Grundrecht der **Glaubensfreiheit** (Art. 4 I und II GG) konkurrieren, wenn es um die kollektive Kundgabe der religiösen Überzeugung geht. In diesem Fall wird teilweise angenommen, dass Art. 4 I und II GG dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit vorgehe<sup>1252</sup> (Fall der unechten Grundrechtskonkurrenz, vgl. Rn 137). Diese Auffassung ist mit den Gewährleistungen der beiden Grundrechte nicht vereinbar. Geht es den betroffenen Personen um die gemeinschaftliche Erörterung und Kundgebung mit dem Ziel der Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung und hat die Thematik ihren Ursprung im religiösen Glauben, ist es überzeugend, den Teilnehmern der Veranstaltung sowohl den Schutz des Art. 8 I GG als auch des Art. 4 I und II GG zukommen zu lassen.<sup>1253</sup>

<sup>1251</sup> Nicht ganz unproblematisch, vgl. *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 3 Rn 72; Fall 4 Rn 52.

<sup>1252</sup> So *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 4 Rn 6; *Kokott*, in: Sachs, GG, Art. 4 Rn 134.

<sup>1253</sup> Vgl. bereits Rn 139. Wie hier auch *Hoffmann-Riem*, in: Alternativkommentar zum GG, Art. 8 Rn 68.

Im Verhältnis zu Art. 9 I GG ist bedeutsam, dass die **Vereinigungsfreiheit** auf Dauer oder zumindest auf gewisse Zeit angelegte Verbände schützt, wohingegen Art. 8 I GG einen „Augenblicksverband“ schützt. Ein Konkurrenzproblem gibt es also i.d.R. nicht.<sup>1254</sup> **670**

Hinsichtlich des Verhältnisses zur **Meinungsäußerungsfreiheit** (Art. 5 I S. 1 Halbs. 1 GG) gilt, dass in erster Linie Art. 8 I GG betroffen ist, wenn eine Versammlung verboten oder aufgelöst oder die Art und Weise ihrer Durchführung durch staatliche Maßnahmen beschränkt wird. Verfolgt die Versammlungsbehörde mit dem Verbot bzw. der Beschränkung einer Versammlung allerdings (auch) die Unterbindung der Meinungsäußerung, greift sie damit (auch) in den Schutzbereich des Art. 5 I GG ein. Das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit ist also auch dann betroffen, wenn die Meinungsäußerung in einer oder durch eine Versammlung erfolgt. Mithin besteht in einem solchen Fall eine Idealkonkurrenz.<sup>1255</sup> Nach Auffassung des BVerfG ist die Rechtfertigung in diesem Fall allein in Art. 5 II GG zu suchen. Der Inhalt einer Meinungsäußerung, der im Rahmen des Art. 5 II GG nicht unterbunden werden dürfe, könne daher auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 I GG beschränkten.<sup>1256</sup> **671**

**Beispiel:** Verbietet die Behörde eine Versammlung und stützt ihr Verbot (vgl. § 15 I VersG) ausschließlich oder zumindest überwiegend auf den Inhalt der erwarteten Kundgebung, greift sie sowohl in Art. 5 I GG als auch in Art. 8 I GG ein. In diesem Fall kommt nach Auffassung des BVerfG (E 111, 147 ff.) eine inhaltliche Begrenzung von Meinungsäußerungen, soweit sie nicht dem Schutze der Jugend oder dem Recht der persönlichen Ehre diene, nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 II GG in Betracht. Dies seien Gesetze, die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit an sich oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richteten, sondern vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienten. § 15 I VersG sei kein „allgemeines Gesetz“ i.S.v. Art. 5 II GG, sondern beziehe sich nur auf Art. 8 I GG. Daher könne die Behörde ihre Verbotsverfügung, mit der sie (auch) in Art. 5 I GG eingreife, nicht auf Art. 15 I VersG stützen.

Bezüglich des Grundrechts auf **informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG), das bspw. bei Video- und Fotoaufnahmen (Fertigen von Übersichtsaufnahmen, Einsatz von Video-Drohnen etc.) betroffen ist, wird teilweise die Auffassung vertreten, es habe keinen eigenständigen Anwendungsbereich neben Art. 8 I GG.<sup>1257</sup> Dem ist nicht zuzustimmen. Vielmehr ist aufgrund der Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Idealkonkurrenz mit Art. 8 I GG anzunehmen.<sup>1258</sup> **671a**

Ein **Übungsfall**, der Maßnahmen auf Grundlage der §§ 13 und 12a VersG zum Gegenstand hat, konkretisiert die bisherigen Ausführungen. Er steht nebst Lösungsgesichtspunkten auf der Internetseite des Verlags Rubrik Falllösungen und Ergänzungen zum kostenlosen Download bereit. **672**

<sup>1254</sup> Vgl. *Rinken*, in: Alternativkommentar, Art. 9 Rn 49; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. Rn 8 Rn 76.

<sup>1255</sup> Vgl. bereits sämtliche Auflagen dieses Buches; wie hier nun auch *Droege*, JuS 2008, 135, 139.

<sup>1256</sup> BVerfGE 111, 147, 155; 90, 241, 246; BVerfG-K NVwZ 2004, 90, 91.

<sup>1257</sup> Vgl. *Droege*, JuS 2008, 135, 139 f.; *Söllner*, DVBl 2010, 1248 ff.

<sup>1258</sup> Wie hier *Roggan*, NVwZ 2011, 590, 591; *Brenneisen/Wilksen*, VersR, 4. Aufl. 2011, S. 265 ff.

## O. Berufsfreiheit – Art. 12 GG

### I. Das Abwehrrecht des Art. 12 I GG

#### Berufsfreiheit – Art. 12 GG

##### I. Schutzbereich der Berufsfreiheit

Art. 12 I GG gewährleistet in S. 1 das Recht, *Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte* frei zu wählen. Gem. S. 2 kann die *Berufsausübung* durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Bei unbefangener Betrachtungsweise könnte angenommen werden, dass es sich um zwei verschiedene Schutzbereiche handelt, wobei nur der zweite Schutzbereich, die *Berufsausübung*, einer Regelung durch den einfachen Gesetzgeber zugänglich ist. Gleichwohl hat das BVerfG schon frühzeitig entschieden, dass es sich bei dem Grundrecht des Art. 12 I GG um ein einheitliches Grundrecht auf Berufsfreiheit handelt. Zentraler Begriff des Art. 12 I GG ist der des Berufs:

**Beruf** ist jede nicht sozial- oder gemeinschaftsschädliche Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.

Des Weiteren garantiert Art. 12 I GG die freie Wahl der (berufsbezogenen) **Ausbildungsstätte**. Dazu zählen alle Einrichtungen, die der Ausbildung für bestimmte Berufe oder Berufsgruppen dienen. Schließlich umfasst der Schutzbereich des Art. 12 I GG das Recht, den **Arbeitsplatz** frei zu wählen, d.h. anzunehmen, beizubehalten und aufzugeben. Arbeitsplatz ist die Stätte, an der eine berufliche Tätigkeit ausgeübt wird. Zur Frage, ob die Wettbewerbsfreiheit von Art. 12 GG geschützt ist, vgl. Rn 781 ff. **Träger** des Grundrechts sind alle Deutschen i.S.d. Art. 116 GG. Aber auch Bürger aus anderen Mitgliedstaaten der EU können sich aufgrund des Diskriminierungsverbots (Art. 18 I AEUV; früher: Art. 12 I EGV) auf Art. 12 I GG berufen. Die Gegenauffassung stellt auf Art. 2 I GG ab, gewährt aber ein vergleichbares Schutzniveau. Übrige Ausländer und Staatenlose genießen dagegen stets nur den Schutz aus Art. 2 I GG mit dem dafür geltenden geringen Schutzniveau.

##### II. Eingriff in den Schutzbereich

Da nur berufs- und ausbildungsspezifische Handlungen geschützt sind, stellt eine staatliche Regelung oder Maßnahme auch nur dann einen Eingriff in den Schutzbereich dar, wenn sie nicht nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Tätigkeit herbeiführt, sondern ihr subjektiv oder objektiv eine **berufsregelnde Tendenz** innewohnt.

Ein Eingriff in den Schutzbereich kommt in allen Bereichen des geschützten Verhaltens in Betracht. Besondere Bedeutung hat hier die Unterscheidung zwischen den Berufsausübungsregeln und der Wahl des Berufs, dort insbesondere zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsbeschränkungen, sog. **Drei-Stufen-Theorie**:

- Relativ gering ist die Beeinträchtigung des Grundrechts, wenn es lediglich um die Regelung der **Berufsausübung**, also um die Frage des „Wie“ der beruflichen Tätigkeit geht (1. Stufe).
- Ein mittleres Beeinträchtigungsniveau liegt bei sog. **subjektiven Zulassungsvoraussetzungen** vor, die für die Wahl eines Berufs oder den Verbleib im Beruf persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten, erworbene Abschlüsse oder erbrachte Leistungen des Berufsbewerbers vorschreiben (2. Stufe).
- Am intensivsten sind Eingriffe, welche die **objektiven Zulassungsvoraussetzungen** zu einer beruflichen Tätigkeit regeln. Objektive Zulassungsvoraussetzungen binden die Wahl eines Berufs bzw. den Verbleib darin an Voraussetzungen, die mit der Person des Bewerbers nichts zu tun haben (3. Stufe).

##### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zunächst ist gem. Art. 12 I S. 2 GG ein Gesetz erforderlich, das sowohl hinsichtlich der Berufswahl als auch der Berufsausübung die Reichweite der Beschränkung bestimmt. Zulässig sind auch Rechtsverordnungen und Satzungen, sofern der Parlamentsvorbehalt beachtet wird. Das Gesetz muss sich aber am Maßstab des Art. 12 I GG messen lassen. Gem. der Drei-Stufen-Theorie sind Beschränkungen der Freiheit der **Berufsausübung** bereits zugunsten von vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls zulässig. **Subjektive Zulassungsbeschränkungen** können zugunsten von gewichtigen Gemeinwohlbelangen vorgenommen werden. **Objektive Zulassungsbeschränkungen** sind dagegen nur zugunsten von überragend wichtigen Gemeinwohlbelangen zugelassen.

Die in Art. 12 I GG gewährleistete Berufsfreiheit gehört zu den praktisch bedeutsamsten Grundrechten. Sie garantiert die **berufsbezogene Persönlichkeitsentfaltung** und damit die **Existenzsicherung**. Es ist daher berechtigt, die Berufsfreiheit zusammen mit der in Art. 14 I GG gewährleisteten Eigentumsgarantie als verfassungsrechtlichen Grundpfeiler der Wirtschaftsordnung anzusehen.

764

## 1. Schutzbereich

Art. 12 I GG gewährleistet in S. 1 das Recht, *Beruf, Arbeitsplatz* und *Ausbildungsstätte* frei zu wählen (Freiheit der Berufswahl). Gemäß S. 2 kann die *Berufsausübung* durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Bei unbefangener Betrachtungsweise könnte angenommen werden, dass es sich um zwei verschiedene Schutzbereiche handelt, wobei nur der zweite Schutzbereich, die *Berufsausübung*, einer Regelung durch den einfachen Gesetzgeber zugänglich ist. Gleichwohl hat das BVerfG schon frühzeitig entschieden, dass es sich bei Art. 12 I GG um ein **einheitliches Grundrecht auf Berufsfreiheit** handelt. Berufswahl und Berufsausübung hängen miteinander zusammen: Mit der Berufswahl beginne die Berufsausübung, und in der Berufsausübung werde die Berufswahl immer wieder neu bestätigt.<sup>1439</sup>

765

Mit der Annahme eines einheitlichen Grundrechts hat das BVerfG also den Regelungsvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG auch auf Art. 12 I S. 1 GG erstreckt. Das Recht, *Beruf, Arbeitsplatz* und *Ausbildungsstätte* frei zu wählen, unterliegt damit dem gleichen Gesetzesvorbehalt wie die *Berufsausübung*. Allerdings ist durch die Annahme *eines* einheitlichen Schutzbereichs und *eines* Gesetzesvorbehalts die Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung nicht eingeebnet. Sie spielt insb. bei der Frage nach der Rechtfertigung von Eingriffen eine Rolle: Eingriffe in die Berufsausübung sind eher gerechtfertigt als Eingriffe in die Berufswahl. Darauf wird bei Rn 802 ff. eingegangen.

### a. Schutz berufsbezogenen Verhaltens (sachlicher Schutzbereich)

#### aa. Begriff des Berufs, des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte

Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 I GG ist zunächst durch den Begriff des **Berufs** geprägt. Unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Freiheitsvermutung der Grundrechte ist dieser weit zu verstehen. Erfasst werden nicht nur die traditionell fixierten Berufsbilder, sondern auch neu entstandene und frei erfundene Berufe.<sup>1440</sup> Nach dem BVerfG ist unter dem Begriff des Berufs jedenfalls jede Tätigkeit zu verstehen, die in ideeller und materieller Hinsicht der **Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage** dient.<sup>1441</sup> Es reicht aus, dass durch die betreffende Tätigkeit ein maßgeblicher Beitrag zur Erhaltung der Lebensgrundlage geschaffen wird, sodass auch nicht ganz unbedeutende *Nebentätigkeiten* erfasst sind.<sup>1442</sup>

766

Ob die Tätigkeit selbstständig oder abhängig ausgeübt wird, ist unerheblich. Bei juristischen Personen ist der Begriff Beruf regelmäßig zu bejahen, wenn die Tätigkeit der Gewinnerzielung dient. Daher wird eine Tätigkeit, bei der lediglich eine Kostendeckung beabsichtigt ist oder die der Freizeitgestaltung (Hobby o.ä.) dient (sog. Liebhaberei), nicht vom Begriff des Berufs erfasst. Irrelevant ist aber, ob *tatsächlich* Gewinne erzielt werden. Maßgeblich ist insoweit allein die **Gewinnerzielungsabsicht**.

767

<sup>1439</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 402 f. (Apothekenurteil); vgl. auch BVerfGE 102, 197, 212 f. (Öffentliche Spielbanken); 104, 357, 364 ff. (Ladenschlusszeiten für Apotheken); 105, 252, 264 ff. (Glykolwein); BVerfG NJW 2003, 879; BVerfG NJW 2004, 2363, 2364 f. (Verfassungsmäßigkeit des LadSchlG); ferner BVerfG NJW 2001, 1926 u. 2461; OLG Nürnberg NJW 2001, 2481; BGH NJW 2005, 2304; 2001, 1138; *Wernsmann*, Jura 2001, 106; *Kimms*, JuS 2001, 664; *Oberrath*, JA 2003, 461 ff.

<sup>1440</sup> BVerfGE 97, 12, 25 ff. (Patentgebührenüberwachung); 115, 59, 78 (Hufversorgung); *Pieroth/Schlink*, Rn 879.

<sup>1441</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 377, 397. Vgl. aus jüngerer Zeit BVerfGE 102, 197, 212; 105, 252, 264 ff.; BVerfG NJW 2003, 879; BGH NJW 2005, 2304.

<sup>1442</sup> BVerfGE 110, 141, 157 (Hundrecht des Bundes).

- 768** Des Weiteren muss die Tätigkeit **auf Dauer** angelegt sein bzw. nachhaltig ausgeübt werden.<sup>1443</sup> Das bedeutet jedoch nicht, dass sie ständig ausgeübt werden muss. Vielmehr genügt auch eine gelegentliche, aber periodisch wiederkehrende Ausübung (etwa sporadische Vortrags- oder Gutachtertätigkeit). Eine Beschäftigung, die sich jedoch in einem *einmaligen* Erwerbsakt erschöpft, erfüllt nicht die Anforderungen an einen Beruf.<sup>1444</sup>
- 769** **Schutzbereichsbegrenzung auf erlaubte Tätigkeiten?** Dass beispielsweise der Verkauf von Wein zum Zwecke der Gewinnerzielung in den bislang erörterten geschützten Freiheitsbereich fällt, kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen. Ein solcher könnte aber angenommen werden für den Fall, dass der Wein, der zum Zwecke der Gewinnerzielung verkauft wird, bspw. mit Diethylenglykol versetzt und damit gesundheitsschädlich ist. Unterstellt, dass es an einem entsprechenden Schädigungsvorsatz fehlt (die Winzer wollten den Wein lediglich versüßen, nicht die Konsumenten in ihrer Gesundheit schädigen), erfüllen die verantwortlichen Winzer (und u.U. auch die Weinhändler) den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB), sofern ihnen Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann. Mithin stellt sich die Frage, ob von der Rechtsordnung missbilligte Verhaltensweisen, insbesondere die Verwirklichung von Straftatbeständen, aus dem grundrechtlichen Schutzbereich herausgenommen werden können. Folge wäre, dass es einer (weiteren) verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (insbesondere einer gesetzlichen Rechtsgrundlage) für freiheitsverkürzende staatliche Maßnahmen nicht bedürfte.
- 770** In der Literatur wird die Schutzbereichsbegrenzung durch Elemente außerhalb des eigentlichen Grundrechtstatbestands meist als **verfassungsimmanente Grundrechtsbegrenzung** bezeichnet.<sup>1445</sup> Ihr liegt die Vorstellung zugrunde, dass bestimmte Verhaltensweisen oder Ziele nicht Gegenstand grundrechtlicher Freiheit seien und mithin erst gar nicht vom Schutzbereich eines Grundrechts erfasst würden (ausführlich Rn 126 ff.).
- 771** Auch das BVerfG sieht die Möglichkeit, bestimmte Verhaltensweisen bereits aus dem Schutzbereich des Art. 12 I S. 1 GG herauszudefinieren, auch wenn der Wortlaut dies nicht vorschreibt bzw. vermuten lässt. So ergänzt das Gericht in einigen Entscheidungen den Begriff des Berufs durch das einschränkende Merkmal der **erlaubten Betätigung**.<sup>1446</sup> Diese Vorgehensweise ist allerdings nicht ganz unbedenklich. Denn versteht man das Kriterium der erlaubten Betätigung als „Nicht-Verbotensein“ der Tätigkeit, hat es der einfache Gesetzgeber in der Hand, durch ein entsprechendes Verbotsgesetz den verfassungsrechtlichen Begriff des Berufs zu definieren und bestimmte Tätigkeiten einfach aus dem Schutzbereich von Art. 12 I GG auszuschließen. Somit würden „einfachgesetzlich verbotene Tätigkeiten“ dem Maßstab von Art. 12 I GG entzogen.<sup>1447</sup> Aus diesem Grund wird das Kriterium des „Erlaubtseins“ teilweise so verstanden, dass die beruflichen Handlungen nach den Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft nicht offensichtlich *sozial- oder gemeinschaftsschädlich* sein dürfen.<sup>1448</sup> Folgt man diesem Gedanken,

<sup>1443</sup> BVerfGE 32, 1, 28 (Vorexamierte); 102, 197, 212 f.; 105, 252, 264 ff.

<sup>1444</sup> BVerfGE 97, 228, 253 (Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung im Fernsehen). Anders Kluth, Jura 2001, 371, 372, der auch gelegentliche Vorgänge aus dem Schutzbereich des Art. 12 I GG herausnimmt, sind sie auch von noch so großer wirtschaftlicher Bedeutung.

<sup>1445</sup> Vgl. z.B. Isensee, in: HdbStR V, § 111 Rn 56; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, Vorb. Rn 88 ff.; Muckel, in: Festschrift für Hartmut Schiedermaier, 2001, S. 347.

<sup>1446</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377, 397; 81, 70, 85 (Mietwagen), 102, 197, 213; 115, 276, 300 f. Vgl. auch BVerfGE 96, 302 ff.

<sup>1447</sup> Vgl. zur Kritik Breuer, in: HdbStR VI, § 147 Rn 95 ff.; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 18; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 51; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 9.

<sup>1448</sup> BVerfGE 22, 286, 289; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 9. Offengelassen von BVerfGE 96, 293, 297.

kommt es nicht darauf an, ob der Gesetzgeber eine Tätigkeit verboten oder unter Strafe gestellt hat, sondern allein auf die offensichtliche Sozial- oder Gemeinschaftsschädlichkeit der Tätigkeit.<sup>1449</sup> Aber auch die Ersatzkriterien der Sozial- oder Gemeinschaftsschädlichkeit sind nicht ohne Bedenken. Denn zum einen sind sie völlig vage (was ist schon sozial- oder gemeinschaftsschädlich? Wer darf darüber befinden?) und zum anderen hätte es der Rechtsanwender bei der Auslegung des nicht rechtlichen Begriffs der Sozial- oder Gemeinschaftsschädlichkeit ebenfalls (ähnlich wie der Gesetzgeber bei dem Kriterium des Nicht-Verbotenseins) in der Hand, über die Reichweite des Schutzbereichs zu bestimmen. Daher wird in der Literatur überwiegend auf das Kriterium des „Erlaubtseins“ verzichtet.<sup>1450</sup>

Inkonsistent ist jedenfalls die Entscheidung des BVerfG zu den öffentlichen Spielbanken<sup>1451</sup>, in der das Gericht bei der Definition des Berufsbegriffs (auf S. 212) nicht auf das Erlaubtsein abstellt, später aber (auf S. 213) bei der Subsumtion die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 I GG gleichwohl davon abhängig macht, dass das Betreiben einer Spielbank nicht gesetzlich verboten sei. In seinen Entscheidungen zum Glykolwein und zum staatlichen Sportwetten-Monopol stellt es von vornherein nicht (mehr) auf das Erlaubtsein, sondern ausschließlich auf die Sozial- bzw. Gemeinschaftsschädlichkeit ab.<sup>1452</sup> Aber auch das BVerwG entscheidet, wie es ihm beliebt. So hat es im Fall des sog. Laserdromes, bei dem es um die simulierte Tötung von Menschen geht, ohne jedes Problembewusstsein den Schutzbereich des Art. 12 I S. 1 GG auf Seiten des Veranstalters bejaht<sup>1453</sup>, obwohl es später einen Verstoß gegen die Menschenwürde angenommen hat<sup>1454</sup>. Bei Beachtung der vom BVerfG aufgestellten Definition des Berufs, wonach nur jede erlaubte bzw. nicht sozial- oder gemeinschaftsschädliche Tätigkeit, die auf Dauer angelegt sei und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage diene, dem Schutzbereich zugeordnet sei, hätte es bereits die Eröffnung des Schutzbereichs verneinen müssen. Denn wenn es der Auffassung ist, dass die simulierte Tötung von Menschen gegen die Menschenwürde verstoße, kann es auf der Grundlage der Berufsdefinition nicht den Schutzbereich als eröffnet ansehen. Wie nämlich ein Verhalten, das gegen die Menschenwürde verstößt, „erlaubt“ bzw. „nicht sozial- oder gemeinschaftsschädlich“ i.S.d. der Berufsdefinition des BVerfG sein soll, verschließt sich dem vernünftigen Betrachter.<sup>1455</sup>

Nach der hier vertretenen Auffassung bietet sich folgender Ansatz an: Man könnte in Erwägung ziehen, die *konkrete* Handlung (Beispiel: Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichem Wein) mit dem Argument des Verbotenseins bzw. der Sozialschädlichkeit (Verwirklichung des § 229 StGB) aus dem Schutzbereich herauszudefinieren. Dies hätte zur Folge, dass die staatliche Stelle (etwa durch eine Warnung vor glykolhaltigem Wein) dann nicht den Schutzbereich des Art. 12 I GG berührt. Da der Beruf i.d.R. jedoch nicht auf eine einzelne Handlung beschränkt ist, sondern ein ganzes Tätigkeitsfeld (Handel mit Wein) beschreibt, mithin eine Bündelung von Einzelhandlungen darstellt, verbietet es sich auch bei der Frage nach der Eröffnung des Schutzbereichs, auf die konkrete, im Einzelfall zu beurteilende Tätigkeit abzustellen. Denn hier stellt die verbotene bzw. sozialschädliche Einzelhandlung nur einen Ausschnitt aus einer insgesamt nicht verbotenen bzw. nicht sozialschädlichen Tätigkeit dar. Die Verneinung des Schutzbereichs wäre lediglich dann zu diskutieren, wenn die Tätigkeit insgesamt gegen ein Verbotsgesetz

772

<sup>1449</sup> BVerwGE 22, 286, 288; 96, 293, 297; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 9.

<sup>1450</sup> *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn 7; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 18; *Breuer*, in: HdbStR VI, § 147 Rn 43 f.; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 51; *Wernsmann*, Jura 2001, 106, 107; *Kluth*, Jura 2001, 371, 372.

<sup>1451</sup> BVerfGE 102, 197 ff. Vgl. auch die Bespr. v. *Muckel*, JA 2001, 460 ff.

<sup>1452</sup> Vgl. BVerfGE 105, 252, 265 (Glykolwein) und 115, 276, 300 f. (Sportwetten).

<sup>1453</sup> BVerwGE 115, 189, 193 f.

<sup>1454</sup> BVerwGE 115, 189, 198 ff.

<sup>1455</sup> Vgl. dazu den Anwendungsfall bei *R. Schmidt*, Fälle zum POR, Fall 13.

(etwa eine Strafvorschrift) verstoßen würde oder sozialschädlich wäre, wenn also beispielsweise die Tätigkeit insgesamt in dem Verkauf von gesundheitsschädlichem Wein bestünde.

- 773** Stellt die fragliche Handlung also nur einen Teilbereich einer insgesamt erlaubten bzw. nicht offensichtlich sozialschädlichen Tätigkeit dar, ist der Schutzbereich des thematisch einschlägigen Grundrechts auch dann eröffnet, wenn die fragliche Handlung verboten bzw. offensichtlich sozialschädlich ist. Insoweit ist im Ergebnis, nicht aber in der Begründung, der Auffassung des BVerfG<sup>1456</sup> zu folgen.
- 774** Unabhängig von der erläuterten Unstimmigkeit dürfte aber gelten, dass extrem sozialschädliche Tätigkeiten wie „Killerdienste“ oder der Handel mit „kinderpornographischem Material“ auf jeden Fall aus dem Schutzbereich des Art. 12 I GG herauszuhalten sind. Auch Tätigkeiten, die gegen die Menschenwürde verstoßen, müssten demnach aus dem Schutzbereich herausgehalten werden. Vgl. auch Rn 776.
- 775** Insgesamt sollte auf der Basis der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG<sup>1457</sup> für den Begriff des Berufs daher folgende Definition verwendet werden:

**Beruf** ist jede nicht sozial- oder gemeinschaftsschädliche Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.

#### Beispiele:

- (1)** Zunächst stellen die **klassischen Berufe** wie Schreiner, Möbelfabrikant, Schuster, Schneider, Kaufmann, Gastronom, Winzer etc., gleichgültig, ob selbstständig (im Rahmen eines eigenen Gewerbebetriebs) oder abhängig (als Arbeitnehmer in einem Gewerbebetrieb) ausgeübt, Berufe i.S.d. Art. 12 I GG dar.
- (2)** Da der Gesetzgeber Berufsbilder fixieren, aber auch ändern und ausrichten und verwandte Berufe vereinheitlichen, monopolisieren und typisieren kann, werden auch etwa das Betreiben einer **Spielbank**<sup>1458</sup>, die gewerbliche **Personenbeförderung**, das Betreiben von **Warenautomaten** oder **Gewinnspielgeräten** und das Verkaufen von loser Milch oder die Tätigkeit des Astrologen erfasst.
- (3)** Erfasst ist auch das Betreiben von **Warenhäusern** und **Apotheken**. Bei Apothekern ist eine deutliche Tendenz weg vom Heilberuf (i.S. der „rechten Hand des Arztes“) hin zum Gewerbe erkennbar.<sup>1459</sup>
- (4)** Auch **Zweitberufe** und **Nebenbeschäftigungen** sind vom Schutzbereich des Art. 12 I GG umfasst (s.o.).<sup>1460</sup>
- (5)** Das Gleiche gilt für die sog. **Freien Berufe**, bei denen der Berufsangehörige das volle wirtschaftliche Risiko trägt (etwa **Ärzte**, **Tierärzte**, **Apotheker**, **Architekten**, **Rechtsanwälte**, **Notare**, **Schriftsteller**, die in keinem Abhängigkeitsverhältnis stehen)<sup>1461</sup>, und Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche in erster Linie dem **Staat** vorbehalten sind (Beruf des **Richters**, des **Beamten**, des **Soldaten** etc.)<sup>1462</sup>. Allerdings enthält Art. 33 GG (i.V.m. den Beamtengesetzen, dem Richterge-

<sup>1456</sup> BVerfGE 105, 252, 265.

<sup>1457</sup> BVerfGE 115, 276, 300 f. (Sportwetten).

<sup>1458</sup> BVerfGE 102, 197, 212 ff.

<sup>1459</sup> Vgl. BVerfGE 104, 357 ff. mit Bespr. v. *Terhechte*, JuS 2002, 551 ff.

<sup>1460</sup> BVerfGE 87, 287, 316 (Zulassung als Rechtsanwalt).

<sup>1461</sup> Vgl. BVerfGE 103, 1, 9 ff. (Singularzulassung von Rechtsanwälten); BGH NJW 2005, 2304 ff. (Zulassung zum BGH-Anwalt); BVerfG NJW 2000, 2734 f. (Werbung für Zahnklinik); BVerfG NJW 2002, 3091, 3092 (Werbung für Tierarztpraxis); BVerfG NJW 2001, 1926 u. 2461; OLG Nürnberg NJW 2001, 2481, BGH NJW 2001, 1138 und BGH NJW 2001, 2097 (jeweils Anwaltswerbung), BVerfG NJW 2003, 879 ff.; NJW 2001, 2788; NJW 2002, 3091; BVerfG DVBl 2001, 1371 (jeweils Arztwerbung); BVerfG NJW 2008, 1212 (Notar).

<sup>1462</sup> BVerfGE 7, 377, 397; 39, 334, 369; vgl. auch *Kluth*, Jura 2001, 371, 372.

setz oder dem Soldatengesetz) für alle Berufe des öffentlichen Dienstes weithin Sonderregelungen, sodass sich hier insbesondere die Berufsfreiheit der Bewerber auf das Recht des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern reduziert.<sup>1463</sup> Art. 33 GG überlagert also in seinem Anwendungsbereich Art. 12 I GG.

- (6) Anders verhält es sich bei sog. **staatlich gebundenen Berufen**. Das sind Tätigkeiten, bei denen öffentliche Aufgaben in privater Hand liegen, wie das etwa bei dem **Notar**, dem **öffentlich bestellten Vermessungsingenieur** oder dem **Bezirksschornsteinfeger** der Fall ist. Bei ihnen rechtfertigt die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben lediglich eine stärkere Reglementierung der Berufsausübung. Art. 12 I GG bleibt aber (neben einschlägigen Spezialvorschriften) uneingeschränkt anwendbar und wird nicht von Art. 33 GG verdrängt.<sup>1464</sup>

Bei der Lösung juristischer Fälle muss im Rahmen der Eröffnung des Schutzbereichs diskutiert werden, dass die Tätigkeit nicht ausschließlich oder überwiegend dem öffentlichen Dienst zuzuordnen ist, Art. 12 I GG also nicht von Art. 33 II und V GG überlagert bzw. verdrängt wird.

**Beispiel<sup>1465</sup>:** N hat das Zweite Juristische Staatsexamen mit der Note „Ausreichend“ bestanden. Er bewirbt sich in dem Bundesland X für die Übernahme in den Notar-dienst. Gem. einer Verwaltungsvorschrift des Landes X dürfen lediglich solche Bewerber in die engere Auswahl zugelassen werden, die das Zweite Juristische Staatsexamen mindestens mit der Note „Vollbefriedigend“ bestanden haben. Da N diese Voraussetzung nicht erfüllt, wird sein Antrag abgelehnt. Verstößt die Ablehnung seines Antrags gegen Art. 12 I GG?

Der Beruf des Notars ist zwar staatlich gebunden, gleichwohl aber ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG. N hat daher das Recht, diesen Beruf zu wählen. Allerdings steht das einheitliche Grundrecht auf Berufswahl und Berufsausübung unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG. Die Berufswahl kann daher beschränkt werden. Eine weitere Beschränkungsmöglichkeit besteht für staatlich gebundene Berufe durch die einhergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gem. Art. 33 II GG. Danach hat N lediglich einen Anspruch auf gleichheitsgemäßen Zugang zum Notarberuf. Da Notare staatliche Funktionen ausüben, ist der Staat nicht gehindert, besondere Zulassungsvoraussetzungen zu schaffen. Gleichwohl greift er damit in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein und bedarf gem. der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG einer formell-gesetzlichen Rechtsgrundlage. Eine Verwaltungsvorschrift wird diesem Erfordernis nicht gerecht und kann als Rechtsgrundlage für den Ablehnungsbescheid nicht in Betracht kommen. Der Ablehnungsbescheid verletzt N daher in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Bei staatlichen bzw. staatlich gebundenen Berufen muss in der Fallbearbeitung zunächst untersucht werden, ob Art. 12 I GG überhaupt einschlägig ist, denn Art. 12 I GG würde von Art. 33 II und V GG und anderen Spezialregelungen verdrängt bzw. überlagert, wenn die fragliche Tätigkeit überwiegend oder ausschließlich „öffentlicher Dienst“ ist. Erst wenn eine Spezialregelung den Sachverhalt nicht oder nicht abschließend regelt, ist auf Art. 12 I GG zurückzugreifen. Dies ist bei den staatlich gebundenen Berufen durchweg der Fall. Beispiel: Vertragsarzt (früher: Kassenarzt). Dieser steht weder zu den Krankenkassen noch zu seiner Kassenärztlichen Vereinigung in einem Dienstverhältnis. Vielmehr ist er ein Freiberufler, der in freiem Wettbewerb zu anderen Vertragsärzten steht. Art. 12 I GG wird damit nicht durch Spezialregelungen verdrängt bzw. überlagert.

<sup>1463</sup> Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, BesVerwR I, Rn 748 ff.

<sup>1464</sup> BVerfGE 73, 280, 292 (Auswahl von Notarbewerbern); BGH NJW-RR 2001, 1068.

<sup>1465</sup> Nach BVerfGE 73, 280 ff.

(7) Auch die Tätigkeit privater Sportwettenveranstalter, die aufgrund des **staatlichen Sportwettenmonopols** sehr stark eingeschränkt ist, ist vom Schutzbereich des Art. 12 I GG erfasst.<sup>1466</sup> Da die Darstellung der Problematik aber den Rahmen dieses Buches sprengen würde, sei auf die ausführliche Darstellung auf der Internetseite des Verlags Rubrik Falllösungen und Ergänzungen verwiesen. Zum Eingriff in den Schutzbereich und zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vgl. Rn 798a/809a.

776 **Nicht** durch Art. 12 I GG geschützt sind **extrem sozialschädliche Tätigkeiten** wie der bereits genannte Killerdienst, der Handel mit kinderpornographischem Material oder Tätigkeiten, die die Menschenwürde verletzen. Aber auch Taschendiebstahl, Drogenhandel, Zuhälterei oder Spionage sind vom Schutzbereich der Berufsfreiheit auszunehmen. Derartige Handlungen sind derart sozialschädlich, dass sie schon nicht dem Schutzbereich des Art. 12 I S. 1 GG unterfallen können. Etwas **anderes** gilt bezüglich der **Schwarzarbeit**, etwa das Fliesen eines Badezimmers oder das Reparieren eines Autos, ohne dass Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden. Diese Handlungen stellen an sich erlaubte Tätigkeiten dar. Lediglich die Steuer- und Sozialversicherungspflicht wird umgangen. Hier liegt ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG vor. Auch die **Prostitution** ist von Art. 12 I GG erfasst. Denn durch das am 1.1.2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz (BGBl I 2001 S. 3983) hat nun auch der Gesetzgeber klargestellt, dass die Prostitution nicht (mehr) schlechthin sittenwidrig ist. Seitdem sind die aus den entsprechenden „Dienstleistungsverträgen“ entstandenen (zivilrechtlichen) Forderungen der Prostituierten gerichtlich durchsetzbar. Daraus folgt der umfassende Schutz aus Art. 12 I GG. Entsprechende Konsequenzen ergeben sich für das Betreiben von **Telefonsex**.

777 Neben der Berufsfreiheit im eigentlichen Sinn garantiert Art. 12 I GG die freie Wahl der (berufsbezogenen) **Ausbildungsstätte**. Dazu zählen alle Einrichtungen, die der Ausbildung für bestimmte Berufe oder Berufsgruppen dienen.<sup>1467</sup>

**Beispiele:** Hochschulen, Fachhochschulen, staatliche Vorbereitungsdienste (Referendariate), betriebliche und überbetriebliche Ausbildungslehrgänge, Lehrstellen, Sprachschulen etc.

Bildungsstätten zählen nicht dazu, da Bildung nicht gleich Ausbildung ist, sondern einen übergeordneten Begriff darstellt und alles erfasst, was überhaupt geistig erworben werden kann. Bildungsstätten sind etwa kirchliche Akademien, private Sport- und Kultureinrichtungen und auch Grund- und Hauptschulen. Etwas anderes gilt für weiterführende Schulen wie etwa Gymnasien. Hier kann von einer Ausbildungsstätte gesprochen werden, da deren Absolvierung Voraussetzung für die Ausübung höherer Berufe ist.<sup>1468</sup>

778 Das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte gewinnt insbesondere dann an Bedeutung, wenn die **öffentlichen Ausbildungseinrichtungen** durch den Staat rechtlich oder tatsächlich **monopolisiert** sind. Das ist insbesondere bei staatlichen **Hochschulen und Universitäten**, aber auch beim **Vorbereitungsdienst (Referendariat)** der Fall. Zwar gewährt Art. 12 I GG kein subjektives öffentliches Recht auf Schaffung zusätzlicher bzw. neuer Ausbildungsstätten. Etwas anderes gilt aber für den Fall, dass die staatliche Hochschule Leistungen (in Form der Zur-Verfügung-Stellung von Ausbildungsplätzen) *bereits anderen gewährt hat*. Hier ist er nach Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 I GG und dem Sozialstaatsprinzip zur Gleichbehandlung verpflichtet und darf ohne sachlichen Grund Dritte nicht von der Leistungsgewährung ausschließen (**derivatives Leis-**

<sup>1466</sup> BVerfGE 115, 276, 300 ff. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2009, 1221 ff.

<sup>1467</sup> Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 26.

<sup>1468</sup> Vgl. BVerfGE 58, 257, 273 (Versetzung eines Schülers in die nächsthöhere Klasse).

**tungsrecht bzw. Teilhaberecht).**<sup>1469</sup> Ein sachlicher Grund besteht etwa darin, dass vorhandene Ausbildungskapazitäten erschöpft sind. Zum Hochschulzulassungsrecht, insbesondere zum Numerus clausus, vgl. Rn 799.

Schließlich umfasst der Schutzbereich des Art. 12 I GG das Recht, den **Arbeitsplatz** frei zu wählen, d.h. anzunehmen, beizubehalten und aufzugeben.<sup>1470</sup>

779

**Arbeitsplatz** ist die Stätte, an welcher der Einzelne einem gewählten Beruf im konkreten Fall nachgehen möchte.<sup>1471</sup>

Der Schutz kommt nach h.M. lediglich Arbeitnehmern zugute. Selbstständige genießen aber auf jeden Fall den Schutz der Berufsausübungsfreiheit, weshalb eine Unterscheidung dahingestellt bleiben kann. Art. 12 I GG schützt deshalb auch die **Niederlassungsfreiheit** (etwa die eines Arztes oder Rechtsanwalts), also die berufliche Freizügigkeit. Art. 11 GG wird insoweit verdrängt.

780

### **bb. Wettbewerbsfreiheit, insbesondere Konkurrenzschutz**

Wegen der sachlichen Nähe sowohl zur Berufswahl als auch zur Berufsausübung ist auch die **Wettbewerbsfreiheit** von Art. 12 I GG umfasst.<sup>1472</sup> Dabei geht es um verschiedene Formen staatlicher Einflussnahme auf die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen privater Unternehmen bzw. Gewerbetreibender bspw. durch

781

- Vergabe von Subventionen,
- Zulassung von Konkurrenten,
- öffentliche Auftragsvergabe
- sowie durch wirtschaftliche Betätigung von Staat und Kommunen.

Hinsichtlich der ersten drei Formen staatlicher Einflussnahme liegt es auf der Hand, dass die betroffenen, d.h. übergangenen Unternehmen bzw. Gewerbetreibenden ein existentielles Interesse daran haben, die Begünstigung, die dem Konkurrenten zuteil wurde, anzufechten. (Verwaltungs-)Prozessual handelt es sich um eine Drittanfechtungsklage gem. § 42 I Var. 1 VwGO in Form einer negativen **Konkurrentenklage** (auch **Begünstigungs- oder Konkurrentenabwehrklage** genannt).

782

#### **Beispiele:**

- (1) Die im Gemeindegebiet X ansässigen A-Automobilwerke befinden sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Um die Arbeitsplätze in der Region zu sichern, gewährt X ihnen eine öffentliche Beihilfe. Die ebenfalls in X ansässigen, wirtschaftlich aber gesunden B-Automobilwerke sind der Auffassung, dass die Begünstigung der A-Werke mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren sei. Es könne nicht angehen, dass eine schlechte Unternehmensführung vom Staat noch belohnt werde.

<sup>1469</sup> Ganz h.M., vgl. nur BVerfGE 33, 303, 331 f. (erstes numerus-clausus-Urteil); 43, 291, 313 f. (zweites numerus-clausus-Urteil); 85, 36, 53 f. (Gebot der erschöpfenden Kapazitätsauslastung); BVerwGE 102, 142, 146 f.; *Breuer*, in: HdbStR VI, S. 937 ff.; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 28; *Rittstieg*, in: Alternativkommentar, Art. 12 Rn 126; *Kimms*, JuS 2001, 664, 666.

<sup>1470</sup> BVerfGE 85, 360, 372 f. (Akademie der Wissenschaften der DDR).

<sup>1471</sup> BVerfGE 84, 133, 146 (Wahlfreiheit des Berufs); 85, 360, 372 f. (Akademie der Wissenschaften der DDR); BVerfG NJW 2000, 1483; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 23.

<sup>1472</sup> Zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 12 GG vgl. BVerfGE 105, 252, 265 ff.; 32, 311, 317; 46, 120, 137 f.; 82, 209, 223 f.; 86, 28, 37; BVerwGE 71, 183, 191; OVG Bremen NVwZ 2002, 874, 875; *Kluth*, Jura 2001, 371, 373 f.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 136 f.; *Pieroth/Schlink*, Rn 883 f.; *Papier*, ZHR 152 (1988), 493, 499; *Breuer*, HdbStR VI, § 148 Rn 75-77. Voraussetzung ist aber, dass die Regelung zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz besitzt. Fehlt es an dieser, ist Art. 2 I GG einschlägig (*Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn 14). Auf Art. 2 I GG wird generell abgestellt in BVerwGE 17, 306, 309; 30, 191, 198; 60, 154, 159; 65, 167, 174.

- (2) K betreibt ein Taxigeschäft in der Stadt A. Die wirtschaftliche Situation ist aufgrund reichlich vorhandener Konkurrenz angespannt. Als die zuständige Behörde weitere Erlaubnisse nach § 2 I Nr. 4, § 46 II Nr. 1, § 47 i.V.m. § 13 I, IV PBefG erteilt, möchte K, der von deren Rechtswidrigkeit überzeugt ist, erreichen, dass diese Erlaubnisse aufgehoben werden.

783

Das Problematische an der Konkurrentenklage ist die Klage- bzw. Beschwerdebefugnis. Insbesondere im Berufszulassungsrecht besteht der Grundsatz, dass insgesamt kein Schutz vor Wettbewerb, Konkurrenz und Zulassung weiterer Konkurrenten besteht. Das hat den Grund, dass die wirtschaftlichen Grundrechte eine Wertentscheidung gerade zugunsten des Wettbewerbs enthalten und daher grundsätzlich nicht zur Abwehr missliebiger Konkurrenz berechtigen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Verwaltung gezielt oder faktisch die wirtschaftliche Betätigung des betroffenen Unternehmens im Verhältnis zu anderen **empfindlich beeinträchtigt**.<sup>1473</sup> Hier kann ein subjektives öffentliches Recht in Form eines Abwehranspruchs angenommen werden. Eine empfindliche Beeinträchtigung des betroffenen Unternehmens liegt nach der Rechtsprechung des BVerwG im Hinblick auf Art. 14 I GG vor, wenn die Begünstigung des anderen für ihn praktisch eine Entwertung seines aufgebauten Bestands bedeutet, im Hinblick auf Art. 12 I und Art. 2 I GG, wenn dadurch ein faktischer Ausschluss vom Wettbewerb bewirkt würde. Wo es um die Konkurrenz um ein knappes Gut geht, sind auch stets Gleichheitsaspekte (Art. 3 I GG) mitentscheidend. Zu beachten ist aber: Räumt eine einfachgesetzliche Vorschrift dem Kläger einen subjektiven Abwehranspruch ein, darf nicht auf den übergeordneten Verfassungskreis zurückgegriffen werden (sog. Anwendungsvorrang unterverfassungsrechtlicher Normen und Ansprüche gegenüber den Grundrechten).<sup>1474</sup>

In obigen **Beispiel 1** werden die A-Werke durch die Subvention in der Lage sein, günstiger produzieren zu können als die B-Werke. Dadurch könnte das von der Wettbewerbsfreiheit umfasste Recht auf eine von staatlicher Seite unbeeinflusste Preisgestaltung berührt sein. Allerdings greift die Subventionierung eines Konkurrenten nicht per se in die grundrechtlich geschützte Rechtssphäre des Übergangenen ein. Vielmehr müssen dessen Interessen willkürlich vernachlässigt bzw. verletzt und von erheblichem Gewicht sein. Ein Abwehranspruch des Drittanfechtenden ist daher nur dann gegeben, wenn der Staat (durch einseitige Parteinarbeit) derart schwerwiegend in die bestehenden Wettbewerbsverhältnisse eingreift, dass der Dritte in seiner Wettbewerbsfähigkeit *empfindlich* beeinträchtigt (Art. 12 I, Art. 2 I GG) bzw. in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht ist (Art. 14 I GG). In Bezug auf die B-Werke bedarf es dann einer genauen Sachprüfung, ob sie derart schwerwiegend betroffen sind.

In **Beispiel 2** ist K klagebefugt, wenn er sich auf eine drittschützende Norm berufen kann und diese Norm auch gerade seinen Interessen zu dienen bestimmt ist. In Betracht kommt § 13 IV PBefG. Im Personenbeförderungsrecht besteht zwar ein subjektives öffentliches Recht des Altunternehmers im Linienverkehr, sein Unternehmen leistungsfähig zu halten, aus § 13 II PBefG.<sup>1475</sup> Dem Altunternehmer im Taxigewerbe soll aber – in Übereinstimmung mit der grundsätzlichen Ablehnung subjektiver öffentlich-rechtlicher Positionen im Berufszulassungsrecht – § 13 IV PBefG keine Klagebefugnis vermitteln.<sup>1476</sup> Vielmehr soll diese Vorschrift einen Verdrängungswettbewerb verhindern.<sup>1477</sup> Zur

<sup>1473</sup> *Hufen*, VerwProzR, § 14 Rn 88; *Brohm*, Menger-FS, 1985, S. 235, 244; *Schenke*, VerwProzR, Rn 274 u. 523; *Schliesky*, DVBl 1999, 78, 82; *R. Schmidt*, JuS 1999, 1107, 1111. Vgl. auch BVerwG NVwZ 2001, 322 ff.

<sup>1474</sup> Auch das BVerwG bestätigt konsequent seine Abneigung, subjektiv-rechtliche Positionen unter Vernachlässigung des einfachen Rechts sogleich unmittelbar aus den Grundrechten abzuleiten (vgl. etwa BVerwG NVwZ 2001, 322). Dagegen prüft das VG Sigmaringen (NJW 2001, 628, 630) die Grundrechte vorrangig vor dem einfachen Recht.

<sup>1475</sup> Vgl. dazu BVerwG NVwZ 2001, 322.

<sup>1476</sup> Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn 146; *Kluth*, Jura 2001, 371, 373 f.

<sup>1477</sup> *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn 305.

Erreichung dieses Ziels steht der Verwaltung das Institut der Zugangsgenehmigung zur Verfügung. Damit wird die im öffentlichen Interesse liegende Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes insgesamt geschützt. § 13 IV PBefG schützt daher nicht die individuellen Wettbewerbspositionen der Altunternehmer, sondern begünstigt diese lediglich reflexartig. K ist somit aus einfachgesetzlichen Normen nicht klagebefugt. Eine mögliche Rechtsbeeinträchtigung kann sich daher nur noch aus einer Grundrechtsposition ergeben. Da aber nicht angenommen werden kann, dass die Vergabe weiterer Konzessionen für ihn praktisch eine Gefährdung der unternehmerischen Existenz (Art. 14 I GG) oder einen faktischen Ausschluss vom Wettbewerb (Art. 12 I, 2 I GG) bewirken würde, ist K auch nicht aus Grundrechten klagebefugt.

Möchte der Bewerber hingegen die Chancengleichheit im (horizontalen) Konkurrenzverhältnis dadurch wiederherstellen, dass er dieselbe Vergünstigung erhält, *ohne* dass der Konkurrent seine Begünstigung verlieren soll, richtet sich sein Klagebegehren auf die Gewährung derselben Begünstigung, wie sie seinem Konkurrenten zuteil wurde. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer *positiven* (oder *partizipativen*) Konkurrenzklage in Form der **Konkurrentengleichstellungsklage**<sup>1478</sup>, die verwaltungsprozessual – soweit die Vergünstigung durch Verwaltungsakt zu gewähren ist – mit einer **Verpflichtungsklage** gemäß § 42 I Var. 2 VwGO, anderenfalls mit der allgemeinen Leistungsklage durchgesetzt werden kann.

784

**Beispiel:** Die im Gemeindegebiet X ansässigen A-Automobilwerke befinden sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Um die Arbeitsplätze in der Region zu sichern, gewährt X ihnen eine öffentliche Beihilfe. Die ebenfalls in X ansässigen und sich in einer ähnlichen Situation befindenden B-Automobilwerke wollen aus Gründen der Gleichbehandlung ebenfalls subventioniert werden.

In diesem Fall liegt eine Konkurrentengleichstellungsklage vor. Wenn man unterstellt, dass die B-Werke selbst die Förderungsvoraussetzungen nicht erfüllten, wird eine auf Art. 12 I i.V.m. 3 I GG gestützte Klage mit dem Ziel, ebenfalls in den Genuss der Begünstigung zu kommen, mangels Klagebefugnis unzulässig sein. Anderenfalls wäre eine Verpflichtungsklage unter dem Aspekt der Ermessensreduzierung gegen Null (Selbstbindung der Verwaltung) zulässig und begründet, jedenfalls sofern noch Mittel zur Verfügung stehen.

Ein besonderes Problem stellt sich, wenn die Behörde eine kontingentierte Leistung, im Extremfall eine nur einmalig zu vergebende Vergünstigung, bereits erschöpfend vergeben hat. Beispielhaft seien Numerus-clausus-Studienplätze, Subventionen im Rahmen verfügbarer Haushaltsmittel, Standplätze auf Märkten, Einstellungen oder Beförderungen nach dem Beamtenrecht und kontingentierte Konzessionen etwa nach dem Personenbeförderungsgesetz (§ 13) oder dem Güterkraftverkehrsgesetz (§ 3) sowie Spielbankerlaubnisse genannt. Begehrt der bei der Verteilung des knappen Guts Übergangene nach der Erschöpfung des zu verteilenden Kontingents eine Begünstigung, kann diese nur auf Kosten des Begünstigten erreicht werden. Man spricht daher von einer **Mitbewerberklage** bzw. einer ausschließenden Konkurrenzklage oder einer **Konkurrentenverdrängungsklage**. Hier ist äußerst problematisch, auf welche Weise der Kläger sein Begehren prozessual durchsetzen kann bzw. muss. Da hier fundierte Kenntnisse bezüglich des Verwaltungsprozessrechts erforderlich sind, sei insoweit auf die Ausführungen bei *R. Schmidt*, *VerwProzR*, verwiesen.

785

Hinsichtlich Rechtsstreitigkeiten im Rahmen der **wirtschaftlichen Betätigung von Staat und Kommunen** muss zunächst geklärt werden, ob diese hier überhaupt privatrechtlich tätig werden und wie jedes Wirtschaftsunternehmen Gewinne erzielen dürfen.

786

<sup>1478</sup> BVerwGE 60, 25, 30.

Verfassungsrechtlich ist es schwierig, den damit verbundenen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, d.h. in die individuellen Interessen privater Wettbewerber, zu legitimieren.<sup>1479</sup> Jedenfalls verbieten die Art. 14 I, 12 I, und 2 I GG der öffentlichen Hand nicht grundsätzlich, sich wirtschaftlich zu betätigen.<sup>1480</sup> Die Grenzen sind allerdings dort zu ziehen, wo die öffentliche Hand ihre Machtstellung dazu missbraucht, einen Auszehrungs- oder Verdrängungswettbewerb zu betreiben. Als Bewertungsgrundlage können die §§ 138, 242, 826 BGB, § 3 UWG und § 1 GWB herangezogen werden. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, besteht (i.V.m. Art. 12 I, 14 I GG, die über die Figur der „Drittwirkung der Grundrechte“ zur Anwendung gelangen) ein zivilrechtlicher Abwehranspruch gegen die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Ein entsprechender Abwehr- bzw. Unterlassungsanspruch kann aber auch vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden, soweit er auf die Verletzung von Grundrechten gestützt wird. Da diese Problematik nebst Hinweis für die Fallbearbeitung bereits erschöpfend bei Rn 100 ff. behandelt ist, sei darauf verwiesen.

### cc. Berufswahl und Berufsausübung

- 787 Wie bereits ausgeführt, betrachten das BVerfG und die ganz herrschende Lehre den Art. 12 I GG bezüglich der Berufswahl und der Berufsausübung als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, das umfassend die Wahl (d.h. die Frage des „Ob“) und die Ausübung des Berufs (d.h. die Frage des „Wie“) schützt, wobei die Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen betrifft (dazu Rn 802 ff.).

### b. Träger des Grundrechts (personaler Schutzbereich)

- 788 Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 12 I GG in der derzeitigen Fassung sind Träger des Grundrechts auf Berufsfreiheit alle Deutschen i.S.d. Art. 116 GG. Damit zählt Art. 12 I GG zu den sog. **Deutschengrundrechten**. Das wirft vor dem Hintergrund des europarechtlich verbürgten Diskriminierungsverbots (Art. 18 I AEUV; früher: Art. 12 I EGV) und des Rechts auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der EU (Art. 45 AEUV; früher: Art. 39 EGV) die Frage auf, ob und in welcher Weise sich **Bürger aus anderen Mitgliedstaaten der EU** auf Art. 12 GG berufen können. Da dieser Problemkreis nebst Beispiel jedoch bereits bei Rn 48 behandelt wurde, wird insoweit verwiesen.
- 789 Übrige Ausländer und auch Staatenlose können sich dagegen auf keinen Fall auf Art. 12 I GG berufen.<sup>1481</sup> Dieser Personenkreis genießt lediglich den (unmodifizierten) Schutz aus Art. 2 I GG.<sup>1482</sup> Davon unabhängig gilt, dass EU-Bürger, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU beruflich und/oder unternehmerisch tätig sind, sich i.d.R. auf die **Dienstleistungsfreiheit** gem. Art. 56 AEUV (früher: Art. 49 EGV) und die **Warenverkehrsfreiheit** gem. Art. 34 AEUV (früher: Art. 28 EGV) berufen können.<sup>1483</sup>
- 790 Schließlich kommt gemäß Art. 19 III GG der Schutz des Art. 12 I GG auch **inländischen juristischen Personen des Privatrechts** sowie sonstigen *inländischen* Personenvereinigungen des Privatrechts zugute, da die Ausübung der Berufsfreiheit nicht an die Eigenschaft einer natürlichen Person anknüpft.<sup>1484</sup> Zu beachten ist aber: Wird die

<sup>1479</sup> Vgl. dazu LG Offenburg NVwZ 2000, 717 f.; Kluth, Jura 2001, 371, 374; Ehlers, Jura 1999, 212 ff.

<sup>1480</sup> OVG Münster NWVBl 2005, 343; LG Offenburg NVwZ 2000, 717; David, NVwZ 2000, 738 ff.; Gern, NJW 2002, 2593.

<sup>1481</sup> BVerfG NVwZ 2000, 1281 (Grundrechtsschutz für Ausländervereine).

<sup>1482</sup> BVerfGE 78, 179, 196 f. (Heilpraktiker); Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 5; Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn 10; a.A. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 96.

<sup>1483</sup> Vgl. dazu unten Rn 809a sowie ausführlich R. Schmidt, BesVerwR II, Rn 649.

<sup>1484</sup> BVerfG NJW 2004, 2363, 2364 f. (Verfassungsmäßigkeit des LadSchIG); BVerfGE 105, 252, 264 ff.; 102, 197, 212 f.; 95, 173, 181; 30, 292, 312; Wernsmann, Jura 2001, 106, 107; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12

Vereinigung von Ausländern beherrscht, dürfte Art. 12 I GG wohl nicht greifen.<sup>1485</sup> Hier ist ebenfalls Art. 2 I GG einschlägig. Nicht auf Art. 12 I GG berufen können sich auch *ausländische* juristische Personen des Privatrechts<sup>1486</sup> (jedenfalls sofern sie nicht dem EU-Raum entstammen) und (inländische) juristische Personen des öffentlichen Rechts<sup>1487</sup>. Zu den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vgl. Rn 80.

## 2. Eingriff in den Schutzbereich

Da nur berufs- und ausbildungsspezifische Handlungen geschützt sind, stellt eine staatliche Regelung oder Maßnahme nach überkommener Auffassung des BVerfG auch nur dann einen Eingriff in den Schutzbereich dar, wenn sie nicht nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Tätigkeit herbeiführt, sondern ihr subjektiv oder zumindest objektiv eine **berufsregelnde Tendenz** innewohnt.<sup>1488</sup>

- Eine **subjektiv berufsregelnde Tendenz** liegt vor, wenn der Staat **zielgerichtet** (d.h. final) die berufliche Betätigung ganz oder teilweise unterbinden oder sonst dafür sorgen will, dass sie „nicht in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann“<sup>1489</sup>. Erfasst werden also verbindliche Vorgaben für das „Ob“ und „Wie“ einer bestimmten beruflichen Tätigkeit, insbesondere Erlaubnispflichten bzw. Genehmigungsvorbehalte (etwa gem. § 2 I Nr. 4, § 46 II Nr. 1, § 47 i.V.m. § 13 I, IV PBefG, gem. § 5 IV, II, § 6 LottStv<sup>1490</sup>, gem. §§ 1 II, 2 ApothekenG oder gem. §§ 2 ff. GastG), Werbebeschränkungen<sup>1491</sup>, Auskunftspflichten, Regelungen der Vergütung, gesetzliche Aufhebungen von Arbeitsverhältnissen oder Gewerbeuntersagungen (etwa nach § 35 GewO).
- Aber auch staatliche Regelungen oder Maßnahmen mit *berufsneutraler Zielsetzung* können aufgrund ihrer mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkungen den Schutzbereich des Art. 12 I GG tangieren.<sup>1492</sup> Ist dies der Fall, spricht man von einer **objektiv berufsregelnden Tendenz**.<sup>1493</sup> Die Auswirkungen müssen jedoch zurechenbar, d.h. **von einigem Gewicht** sein<sup>1494</sup> und einen konkreten Kreis von Personen in ihrer Berufsfreiheit betreffen<sup>1495</sup>. Fehlt es daran, liegt nur ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) „in ihrer Ausgestaltung als wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ vor.<sup>1496</sup> So geht insbesondere die Rechtsprechung davon aus, dass Zwangsmitgliedschaften in Berufskammern (z.B. Bundesrechtsanwaltskammer, Industrie- und Handelskammer, Landesärztekammer) Eingriffe in Art. 2 I GG, nicht in Art. 12 I GG darstellten.<sup>1497</sup> Auch hat das BVerfG entschieden, dass eine **sachlich gerechtfertigte Informationstätigkeit keinen** Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG darstelle. Denn das Grundrecht der Berufsfreiheit schütze nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, auch wenn sie für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteil-

791

792

793

Rn 6; a.A. *Rittstieg*, in: Alternativkommentar, Art. 12 Rn 167 mit dem Argument, dass der Begriff „Beruf“ sehr wohl an die Eigenschaft einer natürlichen Person anknüpfe.

<sup>1485</sup> So *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 19 Rn 10; a.A. *v. Mutius*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 19 Rn 59 und wohl auch BVerfG NVwZ 2000, 1281, 1282 (Grundrechtsschutz für Ausländervereine).

<sup>1486</sup> BVerfGE 21, 207, 208 f. (Patentanmeldung einer US-amerikanischen Aktiengesellschaft).

<sup>1487</sup> BVerfGE 21, 362, 368 (Sozialversicherungsträger); 45, 63, 78 f. (Stadt Hameln); *Gubelt*, in: *v. Münch/ Künig*, GG, Art. 12 Rn 6; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 Rn 10; a.A. bei privatrechtlicher Interessenwahrnehmung: *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12 Rn 65.

<sup>1488</sup> BVerfGE 97, 228, 253 f. (Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung im Fernsehen); 95, 267, 302 (Wiedervereinigung); BVerwG NVwZ 2001, 1399; *Wernsmann*, Jura 2001, 106, 107; *Kimms*, JuS 2001, 664, 666; *Schliesky*, JA 2002, 373, 376.

<sup>1489</sup> BVerfGE 82, 209, 223; 97, 228, 253; 121, 317, 345 ff.

<sup>1490</sup> Zum staatlichen Sportwettenmonopol vgl. Rn 775 (Bsp. 7).

<sup>1491</sup> Vgl. dazu jüngst BGH NJW 2010, 1968 ff.; *Kleine-Cosack*, NJW 2010, 1921 ff.

<sup>1492</sup> BVerfGE 13, 181, 185 f. (Schankerlaubnissteuer); 61, 291, 308 (Tierpräparatoren); 81, 108, 121 f. (Vereinbarkeit der ersatzlosen Streichung von § 34 IV EStG mit dem Grundgesetz).

<sup>1493</sup> BVerfGE 70, 191, 214 (Fischereirechte); *Kluth*, Jura 2001, 371, 372; OVG Bremen NVwZ 2002, 875, 876.

<sup>1494</sup> BVerfGE 97, 228, 253 f. (Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung im Fernsehen); 105, 252, 264 ff.; OVG Bremen NVwZ 2002, 875, 876.

<sup>1495</sup> BVerfGE 47, 1, 21 (Steuerliche Berücksichtigung der Beschäftigung einer Haushaltshilfe).

<sup>1496</sup> BVerfGE 37, 1, 18 (Stabilisierungsfonds für Wein).

<sup>1497</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2002, 335 (mit Bespr. v. *Jahn*, JuS 2002, 434); BVerwGE 107, 169 ff.

nehmer von unvorteilhafter Bedeutung sein könnten.<sup>1498</sup> Dieses Verständnis ist mit der bisher allgemein anerkannten Grundrechtsdogmatik nicht vereinbar. Ob eine Maßnahme einen Grundrechtseingriff darstellt, richtet sich nach deren Wirkung für den Grundrechtsträger, nicht nach deren Rechtmäßigkeit. Mit seiner Vorgehensweise verwendet das BVerfG das Argumentationsmuster, das bislang der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vorbehalten war. Dies war wohl Zweck der Konstruktion, denn durch die Verneinung des Eingriffs konnte das Gericht die Anforderungen, die der Gesetzesvorbehalt an Grundrechtseingriffe knüpft, aufweichen und eine Kompetenznorm wie Art. 65 GG genügen lassen.<sup>1499</sup>

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Von der zweifelhaften Auffassung des BVerfG im Glykolwein-Fall einmal abgesehen, kommt einer Vorschrift eine berufsregelnde Tendenz regelmäßig zu, wenn sie ausschließlich oder im Wesentlichen nur auf berufliche Tätigkeiten anwendbar ist. In der Fallbearbeitung sollte man sich zur Beantwortung dieser Frage auf das eigene Judiz verlassen und eine berufsregelnde Tendenz immer dann annehmen, wenn man beim Lesen des Sachverhalts ohne zu zögern an Art. 12 I GG denkt. Die Unterscheidung zwischen subjektiv und objektiv berufsregelnder Tendenz ist deshalb relevant, da Maßnahmen mit objektiv berufsregelnder Tendenz von erheblichem Gewicht sein müssen, um eine Eingriffsqualität zu erhalten.

- 794 ■ Neuerdings tendiert das BVerfG dazu, das Kriterium der berufsregelnden Tendenz **aufzugeben** und die Frage nach dem Grundrechtseingriff **allein** danach zu beantworten, ob der Grundrechtsträger **in seiner Berufsfreiheit eingeschränkt** wird.<sup>1500</sup> Dem ersten diesbezüglichen Urteil der BVerfG lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Arbeitgeber gem. § 14 I S. 1 MuSchG verpflichtet war, einer bei ihm beschäftigten Mutter drei Monate vor und nach der Niederkunft einen Zuschuss zum staatlichen Mutterschaftsgeld zu zahlen. Das BVerfG gab – unter Aufgabe seiner bisherigen Rspr. – der Verfassungsbeschwerde des Arbeitgebers statt und erklärte die angegriffene, am Maßstab des Art. 12 I GG zu messende Regelung für verfassungswidrig. Auch im Urteil bezüglich des gesetzlichen **Rauchverbots in Gaststätten** stellt das BVerfG fest, dass ein Eingriff in Art. 12 I GG vorliege, da den Gastronomen untersagt werde, ihre Leistungen und Dienste an rauchende Gäste anzubieten.<sup>1501</sup> Und der saarländische VerfGH spricht hinsichtlich des Rauchverbots in Gaststätten von einem „unmittelbaren Eingriff in die durch das Berufsgrundrecht geschützte Gewerbefreiheit von Gastwirten“.<sup>1502</sup> Ob diese Rechtsprechung die Aufgabe des Kriteriums der berufsregelnden Tendenz eingeläutet hat, muss die Zukunft zeigen. Inhaltlich bedeutet sie im Vergleich zum bisherigen Kriterium der objektiv berufsregelnden Tendenz, dass die Rspr. die Voraussetzungen, unter denen ein Eingriff in Art. 12 I GG anzunehmen ist, im Begriff ist, abzusenken.

Legt man die neuere Tendenz des BVerfG zugrunde, nicht mehr nach subjektiv oder objektiv berufsregelnder Tendenz zu unterscheiden, sondern den Eingriff allein freiheitsverkürzend zu verstehen, ergibt sich folgender Begriff des Eingriffs:

Ein **Eingriff** in den Schutzbereich des Art. 12 I GG liegt vor, wenn die durch Art. 12 I GG geschützte Tätigkeit vom Betroffenen nicht in der von ihm gewünschten Art und Weise ausgeübt werden kann.

<sup>1498</sup> BVerfGE 105, 252, 264 ff. Zum Sachverhalt vgl. Rn 200 ff.

<sup>1499</sup> Anders *Pieroth/Schlink*, Rn 884, die das BVerfG so wiedergeben, als habe es bereits den Schutzbereich verneint. Doch liest man das Ende der Entscheidung (S. 279), wonach das BVerfG einen Rückgriff auf Art. 2 I GG ablehnt, weil der Schutz der Marktteilnehmer von dem sachlich spezielleren Art. 12 I GG erfasst werde, wird klar, dass das Gericht sehr wohl von der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 I GG ausgeht, denn anderenfalls wäre der Rückgriff auf Art. 2 I GG nicht versperrt gewesen.

<sup>1500</sup> Vgl. BVerfGE 109, 64 ff.

<sup>1501</sup> BVerfGE 121, 317, 345 ff. (dazu *Sachs*, JuS 2008, 916 ff. und *Muckel*, JA 2008, 906 ff.).

<sup>1502</sup> VerfGH Saarl 28.3.2001 – Lv 3, 4, 6/10 (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2011, 638).

Ein Eingriff in den Schutzbereich kommt in allen Bereichen des geschützten Verhaltens in Betracht. Trotz entgegenstehender jüngerer Tendenzen hat nach wie vor die Unterscheidung zwischen den *Berufsausübungsregeln* und der Wahl des Berufs, dort insbesondere zwischen *subjektiven Zulassungsvoraussetzungen* und *objektiven Zulassungs-schranken* (sog. **Drei-Stufen-Theorie**), Bedeutung:

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Wie noch zu sehen sein wird, stellt die Drei-Stufen-Theorie letztlich nur eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Von daher spielt sie – sofern man sie wegen der uneinheitlichen Vorgehensweise des BVerfG überhaupt noch als maßgebend erachtet<sup>1503</sup> – an sich nur bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs eine Rolle und kann streng genommen bei der Bestimmung des Eingriffs dahinstehen. Da aber auch das BVerfG teilweise (m.E. in überflüssiger Weise) zwischen verschiedenen Arten von Eingriffen in die Berufsfreiheit differenziert, ist es nicht verkehrt (aber auch nicht zwingend), die Drei-Stufen-Theorie bereits im Rahmen der Bestimmung des Eingriffs zu behandeln.

- Relativ gering ist die Beeinträchtigung des Grundrechts, wenn es lediglich um die Regelung der **Berufsausübung**, also um die Frage des „Wie“ der beruflichen Tätigkeit geht (**erste Stufe**). Gleichwohl ist ein Eingriff in den Schutzbereich anzunehmen.

796

**Beispiele:** Regelungen der Berufsausübung sind etwa; **Anzeigepflicht** bestimmter Gewerbe (§ 14 GewO), Festlegung von **Ladenschlusszeiten**<sup>1504</sup>, **Arbeitszeiten** und **Poli-zeistunden**<sup>1505</sup>, (gesetzliches) **Verbot eines nächtlichen Verkaufs von Alkohol** (etwa an Tankstellen)<sup>1506</sup>, Verpflichtung, eine Uniform oder Dienstkleidung zu tragen<sup>1507</sup>, Verbot der Augeninnendruckmessung und Gesichtsfeldprüfung durch Optiker<sup>1508</sup>, **Werbebe-schränkung** für Ärzte, Apotheker, Notare und Rechtsanwälte (vgl. nur § 43b BRAO und die landesrechtlichen Berufsordnungen der Ärzte und Tierärzte)<sup>1509</sup>, Beschränkung der Werbung für Arzneimittel (vgl. § 3 HWG)<sup>1510</sup>, Nichtzulassung eines Rechtsanwalts zum **BGH-Anwalt** (vgl. §§ 164 ff. BRAO)<sup>1511</sup>, Verbot einer Sozietät von Anwaltsnotaren und Angehörigen anderer freier Berufe<sup>1512</sup> sowie Verbot für Apotheker, Impfstoffe an Ärzte zu versenden<sup>1513</sup>. Auch steuerrechtliche Vorschriften, deren berufsregelnde Tendenz nicht auf die Erdrosselung eines Berufs, aber doch auf die Lenkung seiner Ausübung hinaus-

<sup>1503</sup> Zur Frage, ob aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG überhaupt noch auf die Drei-Stufen-Theorie zurückgegriffen werden muss, vgl. Rn 809 (Hinweis für die Fallbearbeitung).

<sup>1504</sup> BVerfG NJW 2004, 2363, 2364 f.; BVerfGE 13, 237 ff.; 104, 357 ff.; 111, 10 ff.

<sup>1505</sup> BVerwGE 20, 321, 323.

<sup>1506</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2011, 355 ff. (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2011, 237).

<sup>1507</sup> BVerfGE 28, 21 (Robenzwang für Rechtsanwälte).

<sup>1508</sup> BVerfG NJW 2000, 2736.

<sup>1509</sup> BGH NJW 2010, 1968 (Steuerberater); BVerfGE 76, 196; 82, 18; 85, 97 (Steuerberater); 94, 372 (Apotheker); BVerfG NJW 2002, 3091 (Tierärzte); NJW 2008, 839; NJW 2002, 1331; 2003, 879 (jeweils Ärzte); NJW 2001, 1926; NJW 2001, 2461; NJW 2000, 3195; OLG Nürnberg NJW 2001, 2481; OLG Oldenburg NJW 2001, 2026; BGH NJW 2001, 1138; BGH NJW 2001, 2087; AnwGH Nds NJW 2004, 1536, 1537 (jeweils Rechtsanwälte); BVerfG NJW 1997, 2510 (Notare); BVerwGE 105, 362, 366 ff. (Ärzte); BVerwG NJW 2010, 547 f. (Tierärzte). Begründet wird die Werbebeschränkung mit dem nach wie vor herrschenden (m.E. antiquierten) Verständnis, die genannten Berufe stellten nach Tradition und Recht kein Gewerbe dar und der Bürger müsse vor übertriebener und marktschreierischer Werbung, die geeignet sei, die berufliche Integrität und Gemeinwohlbelange anzuzweifeln, geschützt werden. Erfreulicherweise hat jüngst der BGH (NJW 2010, 1968) freiberufsspezifische Werbeverbote kritisch betrachtet; vgl. dazu auch *Kleine-Cosack*, NJW 2010, 1921 ff.

<sup>1510</sup> Vgl. dazu BVerfG NJW-RR 2007, 1038 mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2008, 236.

<sup>1511</sup> Vgl. BGH NJW 2005, 2304 ff. Diese Auffassung ist jedoch sehr zweifelhaft, weil der BGH selbst an anderer Stelle seiner Entscheidungsbegründung konstatiert, dass der Anwalt mit der Wahl, BGH-Anwalt werden zu wollen, eine in beruflicher Hinsicht „Lebensentscheidung“ treffe (S. 2304 r. Sp.). Trifft der Anwalt aber eine „Lebensentscheidung“, ist die Einstufung lediglich als „Berufsausübungsregel“ willkürlich und unhaltbar. Vielmehr hätte der BGH die Zulassung zum BGH-Anwalt als *subjektive Zulassungsvoraussetzung* (dazu Rn 807) qualifizieren müssen. Offenbar hat der BGH nur einen Weg gesucht, erleichterte Zugangsbeschränkungen zu rechtfertigen. Vgl. zur Singularzulassung beim BGH auch BVerfGE 106, 216, 219 ff.

<sup>1512</sup> BVerfGE 98, 49, 59.

<sup>1513</sup> BVerfGE 107, 186 ff.

läuft, sind ebenso Regelungen der Berufsausübung<sup>1514</sup> wie die Verpflichtung zur Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Des Weiteren dürfte die Regelung des § 10 JuSchG, wonach das Anbieten von **Tabakwaren** (auch in Automaten) an Stellen, die Jugendlichen zugänglich sind, seit dem 1.1.2007 grds. verboten ist, der ersten Stufe zuzuordnen sein. Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung solcher Eingriffe vgl. Rn 798a/806 ff. Schließlich hat das BVerfG **Rauchverbote** in Gaststätten zwar nicht explizit, jedoch der Sache nach als Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit angesehen und damit (unausgesprochen) der 1. Stufe zugeordnet<sup>1515</sup>, obwohl mit einem Rauchverbot die Existenzgrundlage eines Kneipeninhabers gefährdet sein kann und daher von einem relativ geringen Beeinträchtigungsniveau, das an sich die 1. Stufe kennzeichnen soll, wohl kaum gesprochen werden kann (zur Kritik vgl. ebenfalls Rn 798a/806 ff.).

- 797 ■ Ein mittleres Beeinträchtigungsniveau liegt bei sog. **subjektiven Zulassungsvoraussetzungen** vor, die für die **Wahl eines Berufs** oder den Verbleib im Beruf persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten, erworbene Abschlüsse oder erbrachte Leistungen des Berufsbewerbers vorschreiben (**zweite Stufe**).

**Beispiele:** Zu den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zählen etwa das Abitur für die Zulassung zum gehobenen öffentlichen Dienst, die Gesellenprüfung für die Beschäftigung als Handwerksgehilfe, der große Befähigungsnachweis (sog. „Meisterprüfung“) zur Ausübung eines selbstständigen Handwerks (§ 7 HandwO) oder die Approbation als Apotheker, um eine Apotheke betreiben zu dürfen (§ 2 I Nr. 3 ApothekenG)<sup>1516</sup>. Auch Höchstaltersgrenzen für die Zulassung zu oder den Verbleib in einem bestimmten Beruf (etwa für Hebammen<sup>1517</sup>, Prüffingenieure<sup>1518</sup>, Polizeivollzugsbeamte<sup>1519</sup>, Piloten<sup>1520</sup>, die Einstellung in den staatlichen Vorbereitungsdienst, für die Neuzulassung zum Notar<sup>1521</sup>) oder die Eignung und Zuverlässigkeit<sup>1522</sup> (Beispiel: Konzession gem. § 4 GastG), das Fehlen bestimmter Vorstrafen (Beispiel: keine Vorstrafe wegen Untreue bei der Beantragung einer Rechtsanwaltszulassung – vgl. § 7 BRAO), der Vorbehalt, einen Schwangerschaftsabbruch ausschließlich durch einen *Facharzt* vornehmen zu lassen<sup>1523</sup>, oder das Vorhandensein von Finanzmitteln stellen subjektive Zulassungsvoraussetzungen dar. Ob der Betreffende auf die Eigenschaften Einfluss hat, ist nicht entscheidend. Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung solcher Eingriffe vgl. Rn 807.

Nach Auffassung des BVerfG ist auch das Verbot für Ärzte, neben der Gebietsbezeichnung „Allgemeinmedizin“ eine weitere Gebietsbezeichnung (etwa „Kinderarzt“) zu führen, in diese Stufe einzuordnen.<sup>1524</sup> Was dieses Verbot mit subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zu tun haben soll, ist nicht ersichtlich. Warum das BVerfG dieses Verbot dennoch dieser Stufe zuordnet, erschließt sich, wenn man die jeweiligen Voraussetzungen für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung und das offenbar gewünschte Ergebnis der Entscheidung betrachtet (dazu Rn 807 ff.).

- 798 ■ Am intensivsten sind Eingriffe, welche die **objektiven Zulassungsschranken** zu einer beruflichen Tätigkeit regeln. Objektive Zulassungsvoraussetzungen (besser gesagt: objektive Zulassungsschranken) binden die **Wahl eines Berufs** bzw. den **Verbleib** an Voraussetzungen, die mit der Person des Bewerbers nichts zu tun haben (**dritte Stufe**).

**Beispiele:** Als objektive Zulassungsbeschränkungen kommen insbesondere Bedürfnisklauseln in Betracht (vgl. etwa § 13 II Nr. 2 PBefG für den Linienverkehr und § 13 IV

<sup>1514</sup> BVerfGE 99, 202, 211 (Unvereinbarkeit des § 128a I und II AFG mit Art. 12 GG).

<sup>1515</sup> BVerfGE 121, 317, 345 ff.; vgl. auch *Muckel*, JA 2008, 906 ff.

<sup>1516</sup> Vgl. dazu auch Rn 809b.

<sup>1517</sup> BVerfGE 9, 338, 344.

<sup>1518</sup> BVerfGE 64, 72, 82.

<sup>1519</sup> BVerwG NVwZ 2010, 251 f.

<sup>1520</sup> BVerfG EuGRZ 2007, 231, 233; BVerfG MDR 2005, 341 f.

<sup>1521</sup> BVerfG NJW 2008, 1212 f.

<sup>1522</sup> BVerfGE 41, 378, 390 (Rechtsbeistand).

<sup>1523</sup> BVerfGE 98, 265, 305 ff. (Facharztvorbehalt bei Schwangerschaftsabbrüchen).

<sup>1524</sup> BVerfG NJW 2003, 879 ff. (Führen mehrerer Facharztbezeichnungen).

PBefG für den Verkehr mit Taxen)<sup>1525</sup>. Auch das Apothekenurteil des BVerfG hatte eine Bedürfnisklausel zum Gegenstand, die als Voraussetzung für die Errichtung einer Apotheke verlangte, dass die vorhandenen Apotheken zur Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nicht ausreichen und durch die Errichtung wirtschaftlich nicht wesentlich einträchtig würden. Auch die Vorschriften über die Bedarfszulassung von Vertragsärzten (früher: Kassenärzte) stellen eine objektive Berufszulassungsvorschrift dar. Des Weiteren kommen Errichtungsverbote, Höchstzahlen oder Inkompatibilitäten in Betracht. Auch Steuerbelastungen, die so hoch sind, dass sie einen Beruf wirtschaftlich „erdrosseln“, greifen als objektive Zulassungsbeschränkungen in das Grundrecht des Art. 12 I GG ein. Das BVerfG hat jedoch bisher noch keiner steuerrechtlichen Vorschrift diese erdrosselnde Wirkung zuerkannt und nur gelegentlich ausgesprochen, dass eine erdrosselnde Besteuerung vor Art. 12 I GG schwerlich Bestand haben könne.<sup>1526</sup> Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung solcher Eingriffe vgl. Rn 808.

Nach den soeben aufgezeigten Kriterien ist fraglich, welcher Stufe die staatlichen Glücksspielmonopole (und damit auch das bei Rn 775 genannte **Sportwettenmonopol**) zuzuordnen sind. Da es schlechthin um den (verwehrten) Zugang zum Beruf des Sportwettenveranstalters und Sportwettenvermittlers geht und die Verwehrung sich nicht an subjektiven Kriterien orientiert, handelt es sich mithin um **objektive Berufswahlbeschränkungen**.<sup>1527</sup> Doch gemäß der Terminologie der Drei-Stufen-Theorie dürften staatliche Beschränkungen nur zum Schutz **überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter** (dazu näher Rn 808) erlassen werden. Ob die Bekämpfung der Spielsucht ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut darstellt, das ein Quasi-Berufsverbot rechtfertigt, darf bezweifelt werden. Derartige Bedenken hat auch das BVerfG offenbar gesehen. Um daher ungewollte Ergebnisse zu vermeiden, ist das Gericht schon in seiner Spielbankenentscheidung von der Systematik der Drei-Stufen-Theorie abgerückt und hat bereits „wichtige Gemeinwohlbelange“ als ausreichenden Rechtfertigungsgrund angesehen.<sup>1528</sup> Diesen Bruch in der Grundstruktur der Drei-Stufen-Theorie begründete das Gericht damals mit der Atypik des Falls und damit, dass der Betrieb einer Spielbank schließlich eine „unerwünschte Tätigkeit“ sei.<sup>1529</sup> Diese Vorgehensweise ist denn auch vom BVerwG auf die Sportwettenproblematik übertragen worden.<sup>1530</sup> Daher wurde allgemein erwartet, dass auch das BVerfG in der aktuellen Entscheidung zum Sportwettenmonopol<sup>1531</sup> die „Atypik“ des Falls feststellt und die Kriterien für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung heranzieht, die es zur Begründung des gewünschten Ergebnisses benötigt. Zumindest im Ansatz wurden diese Erwartungen nicht enttäuscht. So hat das Gericht es denn auch vermieden, das Sportwettenmonopol einer bestimmten Stufe zuzuordnen. Es hat lediglich festgestellt, dass „legitime Gemeinwohlziele“ erforderlich seien.<sup>1532</sup> Auch in seiner Entscheidung zum **Nichtraucherchutz** in Gaststätten greift das BVerfG bei der Prüfung des Eingriffs nicht explizit auf die Drei-Stufen-Theorie zurück, betont jedoch im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Schwere des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit und stellt die Bedeutung des Gesundheitsschutzes als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dar. Damit hält das Gericht die Übertragung höherer Rechtfertigungsvoraussetzungen auf Eingriffe niedrigerer Stufe für möglich, um zu einem tragfähigen Ergebnis zu kommen. Wenn das BVerfG aber schon die Drei-Stufen-Theorie, die es ja speziell für Art. 12 I GG geschaffen hat, um den Rechtfertigungsvoraussetzungen Konturen zu verleihen, in atypischen Fällen abwandelt, weil es anderenfalls zu keinen tragfähigen Ergebnissen käme, stellt sich die Frage, warum sich das Gericht nicht gleich von diesem Konstrukt verabschiedet (Rn 806 ff.).

798a

<sup>1525</sup> Zur Vereinbarkeit einer Bedarfsprüfung bezüglich der Zulassung zum qualifizierten Krankentransport vgl. BVerwG NVwZ-RR 2000, 213.

<sup>1526</sup> Vgl. BVerfGE 8, 222, 228 (Hamburgische Vergnügungssteuer); ferner BVerfGE 13, 181, 185 f. (Schank-erlaubnissteuer).

<sup>1527</sup> So BVerfGE 114, 92, 99.

<sup>1528</sup> BVerfGE 102, 197, 213 ff. (dazu oben Rn 771).

<sup>1529</sup> BVerfGE 102, 197, 215.

<sup>1530</sup> BVerfGE 114, 92, 99.

<sup>1531</sup> BVerfGE 115, 276 ff.

<sup>1532</sup> BVerfGE 115, 276, 300 ff.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Mitunter ist die Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Berufswahlregelungen und zwischen Berufswahl- und Berufsausübungsregeln schwierig. Für die Frage des Eingriffs in den Schutzbereich kann die Unterscheidung aber dahinstehen, da in jedem Fall ein solcher anzunehmen ist.<sup>1533</sup> Etwas anderes gilt im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, da bei den verschiedenen Eingriffsarten unterschiedliche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu stellen sind. Hier ist auf jeden Fall eine Auseinandersetzung mit der Drei-Stufen-Theorie erforderlich, auch wenn man sie aufgrund ihrer Starrheit im Ergebnis ablehnt.

**799** Auch bei Eingriffen in die **Ausbildungsfreiheit** ist zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen und sonstigen Regelungen des Ausbildungswesens zu unterscheiden. So sind nach den **Numerus-clausus-Urteilen** des BVerfG Zugangsbeschränkungen für bestimmte Studiengänge eine *objektive Zulassungsvoraussetzung*, da nicht nur die Wahl einer bestimmten Universität reglementiert, sondern bundesweit einheitlich Bewerbern der Zugang zu dem betreffenden Studiengang versperrt wird, obwohl die allgemeine Hochschulreife vorhanden ist.<sup>1534</sup> Auch wenn längerfristig der Zugang zu einem obligatorischen Vorbereitungsdienst (z.B. Rechtsreferendariat) oder einem anderen staatlich monopolisierten Ausbildungsgang versperrt ist, ist von einer objektiven Zulassungsbeschränkung auszugehen. Demgegenüber liegt eine *subjektive Zulassungsbeschränkung* vor, wenn der Zugang zu einem Ausbildungsgang von persönlichen Faktoren, insbesondere von persönlichen Qualifikationen, abhängt. *Sonstige Regelungen* des Ausbildungswesens liegen etwa in der Festlegung von Ausbildungszeiten oder im Kündigungsschutz. Vgl. dazu näher Rn 802 ff.

**800** In die **freie Wahl des Arbeitsplatzes** wird eingegriffen, wenn der Staat den Einzelnen am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt oder die Aufgabe seines Arbeitsplatzes verlangt.<sup>1535</sup> Auch hier kann zwischen objektiven und subjektiven Voraussetzungen für den Erhalt eines Arbeitsplatzes unterschieden werden.

**Beispiel:** Vorschriften oder Vereinbarungen, die einen Bediensteten des öffentlichen Dienstes bei dessen vorzeitiger Aufgabe der Tätigkeit zur Erstattung (eines Teils) der Ausbildungskosten verpflichten, greifen in das Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes ein, da sie den Betroffenen u.U. daran hindern, die Tätigkeit aufzugeben.<sup>1536</sup> Hier ist von einer subjektiven Voraussetzung für den Erhalt eines Arbeitsplatzes auszugehen, solange die Höhe der zu erstattenden Ausbildungskosten in einem angemessenen Verhältnis zum Ausbildungsvorteil verbleibt; anderenfalls wäre von einer objektiven Voraussetzung auszugehen.

**801** Da die Rechtsverhältnisse rund um den Arbeitsplatz überwiegend **privatrechtlicher** Natur sind, gilt das Grundrecht des Art. 12 I GG nicht unmittelbar zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber. Da aber die arbeitsrechtlichen Vorschriften über unbestimmte Rechtsbegriffe zahlreiche Einbruchstellen für die Grundrechte enthalten, besteht Grundrechtsschutz über die Figur der **mittelbaren Drittwirkung** (Rn 105).

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

**802** Art. 12 I S. 2 GG enthält einen Regelungsvorbehalt i.S.e. Gesetzesvorbehalts. Dieser bestimmt, dass (lediglich) die **Berufsausübung durch oder aufgrund eines Gesetzes**

<sup>1533</sup> Nicht überzeugend daher *Langenfeld/von Bargaen/Müller*, JuS 2008, 795, 798.

<sup>1534</sup> Vgl. BVerfGE 33, 303, 337 f. (erstes Numerus-clausus-Urteil); 43, 291, 313 f. (zweites Numerus-clausus-Urteil).

<sup>1535</sup> BVerfGE 92, 140, 151 (Kündigung eines im Polizeidienst tätigen Arbeitnehmers).

<sup>1536</sup> Vgl. BVerfGE 39, 128, 141 ff. (Erstattung der Ausbildungskosten); BVerwGE 30, 65, 69; 40, 237, 239.

geregelt werden darf. Die Berufswahl wäre demzufolge schrankenlos gewährleistet. Beide Aspekte der Berufsfreiheit lassen sich in der Praxis jedoch nicht immer trennen, sodass von einem **einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit** ausgegangen werden muss. Daher ist es nur konsequent, den Regelungsvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG auch auf Art. 12 I S. 1 GG (d.h. die Berufswahl) zu erstrecken.<sup>1537</sup> Mit der Formulierung „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ ist gemeint, dass nicht nur formelle Gesetze, sondern auch nur-materielle Gesetze wie Rechtsverordnungen und Satzungen als berufsregelnde Rechtsnormen in Betracht kommen. Selbst Verwaltungsakte auf der Grundlage eines der genannten Gesetze können demnach die Berufsfreiheit einschränken. Jedenfalls muss das ermächtigende formelle Gesetz alle für die Berufsfreiheit wesentlichen Voraussetzungen selbst regeln. Dabei gilt, dass je schwerwiegender der Eingriff in die Berufsfreiheit ausfällt, desto detaillierter die formell-gesetzliche Regelung sein muss. Lediglich Randfragen der Berufszulassung und generell Fragen der Berufsausübung können der Exekutive überlassen werden (sog. Wesentlichkeitstheorie).<sup>1538</sup> Für Rechtsverordnungen gelten dabei zusätzlich die Anforderungen des Art. 80 I S. 2 GG bzw. die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen.

Ist eine (formelle) Rechtsnorm mit berufsregelnder Tendenz vorhanden, ist sodann deren Rechtmäßigkeit zu prüfen. Die Norm muss in formeller und materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar sein.

803

- Die formelle Rechtmäßigkeit eines Parlamentsgesetzes bemisst sich insbesondere nach der **Gesetzgebungskompetenz** (für Bundesgesetze Art. 30, 70 ff. GG) und den **Verfahrensvorschriften** (für Bundesgesetze Art. 76 ff. GG).

804

So sind nach h.M. die Länder für den Erlass sog. Nichtraucherschutzgesetze (Rauchverbot in Gaststätten) zuständig. Eine konkurrierende Bundesgesetzgebungszuständigkeit (etwa aus Art. 74 I Nr. 12 GG – Arbeitsschutz; Nr. 19 – gemeingefährliche Krankheiten, Gifte; Nr. 20 – Genussmittel; Nr. 24 – Luftreinhaltung), von der der Bund abschließend Gebrauch gemacht haben könnte, wird abgelehnt. Das Gleiche gilt hinsichtlich des nächtlichen Verkaufsverbots für Alkohol.<sup>1539</sup>

- Die materielle Rechtmäßigkeit bestimmt sich neben der Beachtung der **Wesentlichkeitstheorie** und des **Bestimmtheitsgrundsatzes** insbesondere nach der **Verhältnismäßigkeit**. Das die Berufsfreiheit einschränkende Gesetz muss einen legitimen Zweck verfolgen, zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>1540</sup> Dabei macht das BVerfG bei der Bestimmung der Erforderlichkeit und der Angemessenheit (neuerdings jedoch nicht mehr konsequent) die Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Vorschrift von der Unterscheidung der drei Eingriffsstufen (vgl. bereits Rn 795 ff.) Gebrauch.

805

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Die Drei-Stufen-Theorie als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes spielt also lediglich bei der Erforderlichkeit und der Angemessenheit eine Rolle, nicht schon bei der Frage nach dem legitimen Zweck und der Geeignetheit des Gesetzes.

- ⇒ Danach bilden **Berufsausübungsregelungen**, also Regelungen, die das „Wie“, die Art und Weise der beruflichen Tätigkeit zum Gegenstand haben (zu den Beispielen vgl. Rn 796), die **erste Stufe**. Eingriffe in die Berufsausübung sind bereits dann ge-

806

<sup>1537</sup> St. Rspr. des BVerfG seit dem Apothekenurteil (E 7, 377, 402). Vgl. auch BVerfGE 102, 197, 213 f. (Öffentliche Spielbank); 104, 357 ff. (Ladenschlusszeiten für Apotheken); 105, 252, 264 ff. (Glykolwein); BGH NJW 2005, 2304 ff. (Zulassung zum BGH-Anwalt).

<sup>1538</sup> Vgl. nur BVerfGE 33, 125, 158 ff. (Facharzt); 86, 28, 40 (Bedürfnisprüfung bei Sachverständigen); 87, 287, 316 f. (Zulassung zum Rechtsanwalt).

<sup>1539</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2011, 355 ff. (§ 3a Ladenöffnungsgesetz BaWü).

<sup>1540</sup> Zum allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vgl. Rn 169 ff.

rechtfertigt, wenn **vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls** diese für zweckmäßig erscheinen lassen. So soll (nach noch überwiegender, m.E. antiquierter Auffassung) etwa ein *Werbeverbot für Ärzte und Tierärzte* verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn die Werbung Verunsicherungen bei der Bevölkerung auslösen würde bzw. geeignet ist, das Vertrauen in die berufliche Integrität des Arztes/Tierarztes in Frage zu stellen<sup>1541</sup>, ein *Werbeverbot hinsichtlich Arzneimittel* dann, wenn ein übermäßiger Medikamentenkonsum der Bevölkerung verhindert werden soll, und ein *Werbeverbot für Rechtsanwälte*, wenn das Vertrauen gestärkt wird, der Anwalt werde nicht aus Gewinnstreben zu Prozessen raten (Verhinderung übermäßiger Inanspruchnahme der Justiz) oder die Sachbehandlung an Gebühreninteressen ausrichten.<sup>1542</sup>

In jüngerer Zeit ist die Rechtsprechung aber etwas **liberaler** geworden. So ist die Werbung einer Zahnarztpraxis mit dem Qualitätssiegel „MacDent“ ebenso toleriert worden<sup>1543</sup> wie die Aktion eines (Zahn-)Arztes in einem Supermarkt, der auf seine Praxis aufmerksam macht, sofern dies nicht allzu marktschreierisch geschieht<sup>1544</sup>. Auch das Auf-Sich-Aufmerksam-Machen einer Steuerberatergesellschaft durch das Anbieten von kostenloser Erstberatung ist als erlaubt angesehen worden.<sup>1545</sup>

Weniger liberal reagiert die Rechtsprechung dagegen auf irreführende, weil gar nicht existente Bezeichnungen („Praxis für Zahnheilkunde und Implantologie“).<sup>1546</sup> Gleiches gilt hinsichtlich eines Rechtsanwalts, der nicht als Fachanwalt für Medizinrecht tätig war, sich aber dennoch „Spezialist für Zahnarztrecht“ nannte.<sup>1547</sup>

Im Übrigen schadet es selbstverständlich nicht, wenn der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit zugunsten eines überragend wichtigen Gemeinwohlbelangs vorgenommen wird, da die „vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls“ nur die Mindestvoraussetzungen darstellen (sog. Erst-recht-Schluss).

**Beispiele:** Rauchverbote in Gaststätten stellen nach Auffassung des BVerfG Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit dar, sind also Berufsausübungsregeln. Eingriffe, die der 1. Stufe zugeordnet werden, sind bereits gerechtfertigt, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls diese für zweckmäßig erscheinen lassen. Werden mit Rauchverboten sogar überragend wichtige Gemeinwohlbelange wie die menschliche Gesundheit verfolgt, führt dies erst recht zur Rechtmäßigkeit des Eingriffs, zumal die Schutzpflicht des Staates eine Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasst.<sup>1548</sup> Daher sind sogar ausnahmslose Rauchverbote verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>1549</sup> Entscheidet sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums aber für ein Konzept des Nichtrauchererschutzes in Gaststätten, das den Gesundheitsschutz im Ausgleich insbesondere mit der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber verfolgt und daher Ausnahmen vom Rauchverbot zulässt, müssen diese derart gestaltet sein, dass sie auch bestimmte Gruppen von Gaststätten (etwa Eckkneipen, die aufgrund der geringen Größe nicht wie größere Gastwirtschaften Nichtrauchererräume einrichten können) mit-

<sup>1541</sup> Vgl. die Nachweise bei Rn 796 f.

<sup>1542</sup> BVerfG NJW 2000, 3195 (Anwaltswerbung durch Sponsoring); BVerfG NJW 2001, 1926, 1927 (Werbung durch Fachanwälte mit Stichworten zur Tätigkeit); BGH NJW 2001, 2087 (Infoveranstaltung mit Mittagsimbiss ist keine unzulässige Werbung). Vgl. auch *Bardenz*, MDR 2001, 247 ff.

<sup>1543</sup> BVerfG NJW 2010, 547.

<sup>1544</sup> VG Minden GesR 2009, 301.

<sup>1545</sup> BGH NJW 2010, 1968 (Steuerberater); vgl. dazu *Kleine-Cosack*, NJW 2010, 1921 ff.

<sup>1546</sup> OVG Münster ArztR 2009, 193.

<sup>1547</sup> OLG Karlsruhe NJW 2009, 3663.

<sup>1548</sup> Vgl. BVerfGE 121, 317, 345 ff.

<sup>1549</sup> BVerfG NJW 2008, 2701. Das neue bayerische Nichtraucherschutzgesetz, das ein striktes Rauchverbot in allen Gaststätten i.S.d. GastG (also auch in Festzelten) anordnet, ist daher verfassungsgemäß (vgl. BVerfG NVwZ 2010, 1289). Zum Verbot sog. Raucherclubs vgl. RhIPfVerfGH NVwZ 2010, 1095; zum Rauchverbot in Shisha-Cafés vgl. VerfGH Saar 28.3.2001 – Lv 3, 4, 6/10 (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2011, 638). Vgl. auch *Ebert*, NVwZ 2010, 26 ff.

erfassen, um bei diesen besonders starke wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden. Anderenfalls ist nicht nur Art. 12 I GG, sondern auch Art. 3 I GG verletzt.<sup>1550</sup>

Ebenfalls mit dem Argument des Gesundheitsschutzes (aber auch mit der Gefahrenabwehr) hat das BVerfG das nächtliche Verkaufsverbot für Alkohol der 1. Stufe zugeordnet und mit Art. 12 I GG für vereinbar erklärt.<sup>1551</sup> Zur Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 3 I GG vgl. Rn 331, 342.

- ⇒ Bei den Eingriffen in die **Berufswahl**, also Regelungen, die das „Ob“ der Betätigung regeln, ist zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden. Die die **zweite Stufe** bildenden **subjektiven Zulassungsvoraussetzungen** (zu den Beispielen vgl. Rn 797) sind in Vorschriften enthalten, welche die Aufnahme oder den Verbleib im Beruf von persönlichen Eigenschaften (etwa Höchstalter) und Fähigkeiten, erworbenen Abschlüssen (etwa Approbation als Apotheker, um eine Apotheke betreiben zu dürfen, § 2 I Nr. 3 ApothekenG<sup>1552</sup>) oder erbrachten Leistungen der Berufsbewerber abhängig machen. Eingriffe in diese Stufe sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie dem **Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter** dienen. So ist etwa (nach fragwürdiger Auffassung des BVerfG) das Erfordernis der Meisterprüfung als Voraussetzung für die Ausübung eines bestimmten selbstständigen Handwerks zum Schutze der Leistungsfähigkeit des betroffenen Handwerks verfassungsrechtlich gerechtfertigt.<sup>1553</sup> Auch Altersgrenzen für die Ausübung bestimmter Berufe sind damit gerechtfertigt worden, dass ab einem bestimmten Alter die Leistungsfähigkeit herabgesetzt und so eine ordnungsgemäße Ausübung des Berufs nicht mehr gewährleistet sei. Hinsichtlich der (mittlerweile abgeschafften) Altersgrenze für die Vertragsarztzulassung (vgl. § 98 II Nr. 12 SGB V a.F.: 55 Jahre) oder der Altersgrenze für die erstmalige Bestellung zum Notar (vgl. § 6 I S. 2 BNotO: 60 Jahre) seien als überragend wichtiges Rechtsgut die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung<sup>1554</sup> bzw. die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege<sup>1555</sup> anzusehen. Die Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Piloten diene dem Schutz von Leben und Gesundheit einer Vielzahl von Menschen, die bei einem Versagen des Piloten aufgrund von altersbedingten Ausfallerscheinungen gefährdet sein können.<sup>1556</sup> Die Höchstaltersgrenze von 25 Jahren für die Einstellung in den Polizeivollzugsdienst (des Landes Berlins) diene der Funktionstüchtigkeit des Polizeidienstes.<sup>1557</sup>

- ⇒ **Objektive Zulassungsschranken**, auch objektive Zulassungsvoraussetzungen genannt (die **dritte Stufe**), knüpfen an Umstände an, die mit der persönlichen Qualifikation des Berufsbewerbers nichts zu tun haben und die dieser auch nicht beeinflussen kann. Dazu zählen insbesondere Bedürfnisklauseln (zu den Beispielen vgl. Rn 798). Auch der Numerus clausus bei Studienplätzen (dazu sogleich Rn 810) stellt eine objektive Zulassungsbeschränkung dar. Eingriffe auf dieser Stufe sind im Allgemeinen nur dann zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher **schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut** zwingend geboten sind.<sup>1558</sup> Als überragend wichtig hat das BVerfG neben der Gesundheit der Bevölkerung<sup>1559</sup> (auch im Hinblick auf den Schutz vor Rauchern, obwohl es das Rauchverbot in Gaststätten der 1. Stufe zugeordnet hat, siehe Rn 796/798a/806), die

<sup>1550</sup> BVerfGE 121, 317, 345 ff.; vgl. auch RhlfVerfGH NVwZ 2009, 244 f.; SächsVerfGH NVwZ 2009, 245; *Sachs*, JuS 2008, 916, 918; *Muckel*, JA 2008, 906 ff.

<sup>1551</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2011, 355 ff. (§ 3a Ladenöffnungsgesetz BaWü).

<sup>1552</sup> Vgl. dazu auch Rn 809b.

<sup>1553</sup> Vgl. BVerfGE 13, 97, 107 (Befähigungsnachweis Handwerk); 69, 209, 218 (Steuerberaterprüfung).

<sup>1554</sup> Vgl. BVerfGE 103, 172, 185 ff. (mit Bespr. v. *Welti*, JA 2002, 110 ff.).

<sup>1555</sup> BVerfG NJW 2008, 1212 f.

<sup>1556</sup> BVerfG MDR 2005, 341 f. (Piloten). Das BAG hat die Entscheidung zur Vereinbarkeit einer tariflichen Regelung mit dem EU-Recht über eine Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten ausgesetzt und dem EuGH vorgelegt (BB 2009, 1469 ff.).

<sup>1557</sup> BVerwG NVwZ 2010, 251 f.

<sup>1558</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 408 (Apothekenurteil); vgl. auch BVerfGE 102, 197, 214 (Öffentliche Spielbanken); BVerwGE 102, 92, 95 ff. (Oddset-Wetten - mit Bespr. v. *Oberrath*, JA 2002, 116).

<sup>1559</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377, 414 f. (Apothekenurteil) und BVerfG NJW 2001, 2788 (Arztwerbung).

807

808

Steuerrechtspflege<sup>1560</sup>, den Schutz vor ungeeigneten Rechtsberatern<sup>1561</sup> und die Leistungsfähigkeit der öffentlichen Personenbeförderung<sup>1562</sup> anerkannt.

809

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Drei-Stufen-Theorie letztlich um nichts anderes, als um eine spezielle Erscheinungsform des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach umso höhere Rechtfertigungsanforderungen an die Maßnahme zu stellen sind, je intensiver der Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen ausfällt. Bei Art. 12 GG hat diese „Faustformel“ durch die Rspr. des BVerfG also lediglich vermeintlich präzisere Konturen erlangt. Gerade der neueren Rspr. des BVerfG ist teilweise aber zu entnehmen, dass das Gericht zunehmend dazu übergeht, die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs **nicht mehr anhand der starren Drei-Stufen-Theorie vorzunehmen**, sondern den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anzuwenden. Oft ist folgende Formulierung zu finden: „Je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen die Regelung zu dienen bestimmt ist“<sup>1563</sup>. Von einer „Stufe“ ist nicht mehr die Rede.<sup>1564</sup> Damit schafft sich das Gericht insbesondere in Fällen, in denen eine Einordnung in eine Stufe unmöglich scheint<sup>1565</sup>, eine begrüßenswerte Flexibilität in der Argumentation und verabschiedet sich von dem „Kategoriendenken“ der Drei-Stufen-Theorie.

Wo das BVerfG aber noch an der Drei-Stufen-Theorie festhält ist – trotz des bisweilen richtigen Ergebnisses – oftmals die Dogmatik fraglich. Das gilt etwa hinsichtlich der Entscheidung bzgl. des (landesrechtlichen) Verbots für Ärzte, neben der Gebietsbezeichnung „Allgemeinmedizin“ eine weitere Gebietsbezeichnung (etwa die Facharztbezeichnung „Kinderarzt“) zu führen. Denn das Gericht ordnet das Werbeverbot der zweiten Stufe zu.<sup>1566</sup> Was dieses Verbot jedoch mit subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zu tun haben soll, verschließt sich dem vernünftigen Betrachter. Warum das BVerfG dieses Verbot dennoch dieser Stufe und nicht – wie es dies eigentlich müsste – der ersten Stufe zuordnet, erschließt sich, wenn man die jeweiligen Voraussetzungen für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung betrachtet. Denn während nach dem bisher Gesagten Eingriffe der ersten Stufe bereits durch vernünftige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt sind, ist das bei Eingriffen der zweiten Stufe nur bei wichtigen Gemeinschaftsgütern der Fall. Da das BVerfG jedoch zutreffend erkannt hat, dass das genannte Verbot die Berufsausübung besonders stark beeinträchtigt und es bei einer Einordnung des Verbots in die erste Stufe dieses wegen Vorliegens vernünftiger Gemeinwohlbelange für verfassungsmäßig hätte erklären müssen, hat es – um das Ver-

<sup>1560</sup> Vgl. BVerfGE 21, 173, 179 (Beschränkung der Freiheit der Berufswahl durch Schaffung von Inkompatibilitäten); 69, 209, 218 (Zulassung zur Steuerberatungsprüfung).

<sup>1561</sup> Vgl. BVerfGE 75, 246, 267 (Beseitigung des Berufs der Rechtsbeistände). Freilich ist das „überragende“ Schutzgut *Rechtsberatung* nach dem am 1.7.2008 in Kraft getretenen Rechtsdienstleistungsgesetz, das im Übrigen der Umsetzung einer Vorgabe der EU-Kommission dient, zu relativieren. Danach darf einfache Rechtsberatung als Nebenleistung auch von Nicht-Juristen gegeben werden (vgl. § 5 I RDG). Als Beispiel ist der Bankberater zu nennen, der dem Bauherrn steuerrechtliche Rechtsauskünfte hinsichtlich des Bauvorhabens gibt.

<sup>1562</sup> Vgl. BVerfGE 11, 168, 184 f. (Bedürfnisprüfung im Personenbeförderungsrecht).

<sup>1563</sup> Vgl. dazu BVerfG NJW 2001, 2734 mit Bespr. v. *Laufs*, NJW 2001, 1768 und *Schwerin*, NJW 2001, 1770; BVerfGE 103, 1, 9 ff.; 102, 197, 220; 115, 276, 300 ff. (Sportwetten); BVerfG NJW 2001, 1926 (Werbung von Fachanwälten mit Stichworten zur Tätigkeit).

<sup>1564</sup> Vgl. etwa BVerfG NJW 2002, 3091, 3092; NJW 2002, 1331, 1332 (Bezeichnung von Ärzten als „Spezialisten“); vgl. aber auch BVerfG NJW 2007, 2317, 2318 (mit Bespr. v. *Muckel*, JA 2008, 155); BVerfGE 104, 357 ff., BVerfG NJW 2003, 879 ff.; MDR 2005, 341 f.; BVerfGE 121, 317, 345 ff. Insgesamt gewinnt man den Eindruck, das BVerfG argumentiere, wie es ihm beliebt. Rechtsdogmatische Überzeugungskraft und Glaubwürdigkeit bleiben auf der Strecke.

<sup>1565</sup> So ist z.B. äußerst fraglich, auf welcher Stufe das für verfassungswidrig erklärte, in § 25 BRAO a.F. statuierte Verbot, dass der bei einem OLG zugelassene Rechtsanwalt nicht zugleich bei einem anderen Gericht zugelassen sein darf, anzusiedeln ist. Nahezu unmöglich ist es auch, die Erlaubnispflicht zum Betreiben einer Spielbank einer Stufe zuzuordnen. Daher behandelt das BVerfG die gesetzlichen Vorschriften, die das Betreiben einer Spielbank durch Private nahezu unmöglich machen „wie“ objektive bzw. subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen (vgl. BVerfGE 102, 197, 214).

<sup>1566</sup> BVerfG NJW 2003, 879 ff. (Führen mehrerer Facharztbezeichnungen).

bot für verfassungswidrig erklären zu können – dieses der zweiten Stufe zugeordnet und wichtige Gemeinschaftsgüter gefordert (die im vorliegenden Fall selbstverständlich nicht vorlagen). Da das Verbot aber – wie gesehen – nichts mit subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zu tun hat, ist das Gericht schlicht dazu übergegangen zu sagen, eine derartige Regelung komme einer Berufswahlregelung (also der zweiten Stufe) nahe, sodass gewichtige Gründe des Gemeinwohls vorhanden sein müssten, um sie zu rechtfertigen.<sup>1567</sup>

Nicht überzeugend ist es auch, wenn das BVerfG die Drei-Stufen-Theorie lediglich „halbherzig“ anwendet. So spricht es im Urteil bzgl. des Rauchverbots in Gaststätten (vgl. Rn 806) von einem „schwerwiegenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit“, dem „überragend wichtige Gemeinwohlbelange“ gegenüberstünden.

Spätestens mit dieser Entscheidung dürfte klar sein, dass das BVerfG dort, wo es die Drei-Stufen-Theorie für nicht opportun hält, diese „zurechtbiegt“ (etwa, indem es eine Übertragung höherer Rechtfertigungsvoraussetzungen auf Eingriffe niedrigerer Stufe für möglich hält) oder mit Verweis auf die „Atypik des Falls“<sup>1568</sup> ganz auf sie verzichtet, um zu dem gewünschten Ergebnis zu gelangen. Damit führt das BVerfG die Drei-Stufen-Theorie ad absurdum. Es bleibt zu hoffen, dass das Gericht sich bald vollständig von diesem Konstrukt löst und ausschließlich den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anwendet. Schließt man sich dem an, bietet sich für die Fallbearbeitung folgende Vorgehensweise an:

- ⇒ Zunächst ist der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG zu bestimmen.
- ⇒ Sodann ist die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung aufzuwerfen. Es ist danach zu fragen, ob das die Berufsfreiheit einschränkende Gesetz einen legitimen Zweck verfolgt, geeignet, erforderlich und angemessen ist. Da es um einen Eingriff in die Berufsfreiheit geht, ist bei der Erforderlichkeit/Angemessenheit auf die hierzu vom BVerfG entwickelte Drei-Stufen-Theorie einzugehen und diese (wie oben gezeigt) kurz darzulegen.
- ⇒ Nachdem die Drei-Stufen-Theorie entsprechend dargestellt wurde, ist festzustellen, dass diese letztlich nichts anderes darstellt als einen Spezialfall des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, sich aber wesentlich starrer und unflexibler zeigt, sodass auch die aktuelle Rspr. des BVerfG dazu übergeht, Formulierungen zu verwenden, die ausschließlich dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.
- ⇒ Schließt man sich dieser aktuellen Tendenz an, ist die Drei-Stufen-Theorie schlichtweg überflüssig. Geprüft wird also die staatliche Maßnahme unter Zugrundelegung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Möchte man gleichwohl an der Drei-Stufen-Theorie festhalten, ist (ggf. bereits beim Eingriff) zu prüfen, auf welcher Stufe die fragliche staatliche Maßnahme anzusiedeln ist, um anschließend bei der Rechtfertigung auf die von der einschlägigen Stufe abhängigen Rechtfertigungsvoraussetzungen einzugehen.

Auch in seinem **Sportwetten-Urteil** (vgl. bereits Rn 775 und 798a) hat das BVerfG mit Verweis auf die „Atypik“ des Falls den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (und nicht die Drei-Stufen-Theorie) angewendet. Der **legitime Zweck** des Sportwettenmonopols bestehe in der Suchtprävention, weil Glücksspiele und Wetten zu krankhaftem Suchtverhalten führen könnten. Die Spielsucht mache außerdem mit ihren Folgen nicht bei dem Betroffenen selbst halt, sondern erfasse das gesamte soziale Umfeld und betreffe sogar die Gesellschaft. Daher sei es legitim, dass der Staat die Sportwetten nicht den freien Kräften des Marktes überlasse, sondern staatlichen Veranstaltern vorbehalte.<sup>1569</sup> Zudem sei ein staatliches Wett-

809a

<sup>1567</sup> BVerfG NJW 2003, 879, 880 f. Vgl. auch BVerfG NJW 2003, 3470, 3471, wo das Gericht nur noch undifferenziert von Gemeinschaftsgütern spricht. Abzulehnen ist auch die Auffassung des BGH (NJW 2005, 2305 ff.) zur Zulassung eines Rechtsanwalts zum BGH-Anwalt (vgl. Rn 796).

<sup>1568</sup> So BVerfGE 102, 197, 213 ff. Vgl. auch BVerfGE 115, 276, 300 ff. (dazu sogleich Rn 809a).

<sup>1569</sup> BVerfGE 115, 276, 300 ff.

monopol geeignet<sup>1570</sup>, den Spieler vor betrügerischen Machenschaften<sup>1571</sup> zu schützen und ihn vor der Zahlungsunfähigkeit des Veranstalters zu bewahren. Zusätzlich könne ein staatliches Wettmonopol verhindern, dass sich kriminelle Strukturen im Wettmarkt etablierten. Gerade bei Sportwetten bestehe die Gefahr, dass Kriminelle versuchen, auf den Spiel Ausgang Einfluss zu nehmen. Derartiger Folge- und Begleitkriminalität mit einem staatlichen Wettmonopol entgegenzuwirken, sei durchaus ein legitimes Ziel.<sup>1572</sup>

Fraglich ist indes, ob das staatliche Sportwettenmonopol auch **geeignet** ist, die Spielsucht abzuwehren. Das wäre zumindest dann der Fall, wenn durch das staatliche Sportwettenmonopol die Bekämpfung der Spielsucht gefördert würde. Während dies wohl noch angenommen werden kann, ist die **Erforderlichkeit** mehr als fraglich. Es dürfte kein anderes, milderes Mittel ersichtlich sein, die Spielsucht zu bekämpfen. Als ein solches kommt aber z.B. die staatlich kontrollierte Zulassung der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten durch Private („unter staatlicher Kontrolle stehendes Konzessionssystem“) in Betracht.<sup>1573</sup> Dadurch wird zum einen der Markt auch Privaten eröffnet und zum anderen behält der Staat eine Kontroll- und Einflussmöglichkeit. Dass eine derartige Konstruktion funktionieren kann, beweist die Konzessionsvergabe etwa an private Personenbeförderungsunternehmen, Sicherheitsdienste u.ä.

Das BVerfG lässt dem Gesetzgeber aber auch die Möglichkeit, sich für den Erhalt des Wettmonopols zu entscheiden. Dann aber habe dieses folgende Anforderungen zu erfüllen<sup>1574</sup>: Art und Zuschnitt der Sportwetten müssten gesetzlich festgelegt sowie Vorgaben zur Beschränkung ihrer Vermarktung getroffen werden; die Werbung habe sich auf eine Information und Aufklärung über Möglichkeiten zum Wetten zu beschränken; Vorkehrungen für den Einzelschutz des Spielers (z.B. Selbstsperrungen) sollten eingeführt werden und Maßnahmen zur Abwehr von Suchtgefahren, die über das bloße Bereithalten von Informationsmaterial hinausgehen, seien zu ergreifen. Des Weiteren seien die Vertriebswege so zu wählen, dass Möglichkeiten des Spieler- und Jugendschutzes genutzt würden. Eine Verknüpfung von Wettmöglichkeiten mit Fernsehübertragungen von Sportereignissen laufe dieser Zielvorgabe zuwider und sei daher unzulässig. Schließlich solle eine unabhängige Kontrollinstanz geschaffen werden, die die Einhaltung der o.g. Anforderungen gewährleiste.

**Fazit:** Das BVerfG hat also das bisherige staatliche Sportwettenmonopol für mit Art. 12 I GG unvereinbar erklärt. Es hat zwei Alternativen aufgezeigt, den Interessen der Beteiligten gerecht zu werden. Die Gesetzgeber des Bundes und der Länder hätten bis zum 31.12.2007 Zeit, eine entsprechende gesetzliche Regelung zu schaffen. Bis dahin seien die staatlichen Wettanbieter aufgefordert, ein „Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wetsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung (des) Monopols andererseits herzustellen“. <sup>1575</sup> Der Staat dürfe die Übergangszeit nicht für eine extensive Vermarktung von Wetten nutzen. <sup>1576</sup> Bislang nicht genehmigte private Wettveranstaltungen und Wettvermittlungen dürften jedoch bis zum Erlass der Neuregelung „weiterhin als verboten angesehen und ordnungsrechtlich unterbunden werden.“<sup>1577</sup> Die Länder haben am 30.1. bzw. am 31.7.2007 eine Änderung des Glücksspielstaatsvertrags beschlossen. Das daraufhin ergangene, am 1.1.2008 in Kraft getretene Niedersächsische Glücksspielgesetz ist nach der jüngsten diesbezüglichen Entscheidung des BVerfG mit Art. 12 I GG vereinbar.<sup>1578</sup>

<sup>1570</sup> Eigentlich hätte es heißen müssen: „legitim“, da das Gericht an dieser Stelle noch nicht die Geeignetheit des Monopols, sondern nur dessen legitimen Zweck prüft. Derartige unpräzise Begriffe dürfen in der Fallbearbeitung auf keinen Fall verwendet werden.

<sup>1571</sup> Die das BVerfG offenbar privaten Wettveranstaltern unterstellt.

<sup>1572</sup> BVerfGE 115, 276, 300 ff.

<sup>1573</sup> So BVerfGE 115, 276, 300 ff.

<sup>1574</sup> BVerfGE 115, 276, 300 ff.

<sup>1575</sup> BVerfGE 115, 276, 300 ff.

<sup>1576</sup> BVerfGE 115, 276, 300 ff.

<sup>1577</sup> BVerfGE 115, 276, 300 ff.

<sup>1578</sup> BVerfG NVwZ 2009, 1221 ff. Vgl. auch OVG Lüneburg NVwZ 2009, 1241 f., das eine behördliche Untersagung der Veranstaltung von Onlineglücksspielen für rechtmäßig erachtet, weil nicht zweifelsfrei sei, ob es derzeit bereits technisch ausgereifte Möglichkeiten gebe, ausschließlich niedersächsische Internetzugänge zu sperren.

Keinen Eingang in die Argumentation des BVerfG finden die **europarechtlichen Vorgaben**. Denn wegen des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts muss die **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 56 AEUV; früher: Art. 49 EGV) auch für die Sportwetten gelten. Verfügt also ein privater Sportwettenanbieter über eine entsprechende Genehmigung in einem anderen Mitgliedstaat der EU, ist ein nationales Verbot unbeachtlich. Daraus folgt zugleich, dass ein nationaler privater Sportwettenanbieter gegenüber denen aus anderen Mitgliedstaaten, die in der Bundesrepublik aufgrund des Art. 56 AEUV Sportwetten veranstalten dürfen, diskriminiert würde, ließe man nicht auch seine Tätigkeit zu.<sup>1579</sup>

Im Übrigen findet der Anwendungsvorrang des EU-Rechts auch Eingang in die aktuelle Diskussion um die sog. **Internet-Apotheken**. Nach der in Deutschland geltenden Gesetzeslage bedarf jemand, der eine Apotheke betreiben möchte, der Genehmigung (§ 1 II ApothekenG). Die Genehmigung darf u.a. nur erteilt werden, wenn der Antragsteller die deutsche Approbation als Apotheker besitzt (§ 2 I Nr. 3 ApothekenG). Existieren also in einem anderen Mitgliedstaat der EU weniger strenge Voraussetzungen für den Betrieb einer Apotheke, überlagert Art. 56 AEUV die Zulassungsvorschriften des ApothekenG. Demzufolge muss dem Inhaber einer Internet-Apotheke, der in der Bundesrepublik eine stationäre Filiale eröffnen möchte, die Zulassung gewährt werden, sofern er über eine entsprechende Zulassung in seinem EU-Heimatstaat verfügt.

809b

Auf das **Rauchverbot in Gaststätten** sowie auf das **nächtliche Verkaufsverbot für Alkohol** wurde bereits hinreichend eingegangen, vgl. Rn 794, 796, 798a, 806 einerseits und Rn 796, 804, 806 andererseits.

809c

Objektive Berufswahlregelungen (objektive Zulassungsvoraussetzungen bzw. -schränken) gewinnen insbesondere dann an Bedeutung, wenn **öffentliche Ausbildungseinrichtungen** durch den Staat rechtlich oder tatsächlich **monopolisiert** sind. Das ist insbesondere bei staatlichen **Hochschulen und Universitäten**, aber auch beim **Vorbereitungsdienst (Referendariat)** der Fall. Wie bereits erläutert, gewährt Art. 12 I GG zwar kein subjektives öffentliches Recht auf Schaffung zusätzlicher bzw. neuer Ausbildungsstätten. Etwas anderes gilt aber für den Fall, dass die staatliche Hochschule Leistungen (in Form der Zur-Verfügung-Stellung von Ausbildungsplätzen) *bereits anderen gewährt hat*. Hier ist er nach Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 I GG und dem Sozialstaatsprinzip zur Gleichbehandlung verpflichtet und darf ohne sachlichen Grund Dritte nicht von der Leistungsgewährung ausschließen (**derivatives Leistungsrecht bzw. Teilhaberecht**). Ein sachlicher Grund besteht etwa darin, dass vorhandene Ausbildungskapazitäten erschöpft sind. Denn ginge man über die vorhandene Kapazität hinaus, würden zum einen die Ausbildung der anderen Studierenden gefährdet und zum anderen die Funktionsfähigkeit von Forschung und Lehre sowie – beim Studium der Medizin – die Patientenversorgung in Frage gestellt werden. Für die Versagung der Zulassung ist aber aufgrund der Grundrechtswesentlichkeit stets eine **formell-gesetzliche Rechtsgrundlage** erforderlich.<sup>1580</sup> Durch das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage soll gewährleistet werden, dass nicht einzelne Universitäten oder Hochschulen bei Über-

810

<sup>1579</sup> Allerdings hat der EuGH am 8.9.2009 (NJW 2009, 3221) ein in Portugal bestehendes Monopol für Lotterien, Lottospiele und Sportwetten im Internet mit Blick auf die steigende Internetkriminalitätsrate und den Suchtgefahren für rechtmäßig erklärt. Ein Verbot für andere Anbieter sei mit dem grds. in der EU geltenden freien Dienstleistungsverkehr vereinbar. Mit Urteil v. 8.9.2010 (NVwZ 2010, 1409 ff.) hat der EuGH entschieden, dass ein staatliches Glücksspielmonopol für Sportwetten und Lotterien mit dem Unionsrecht (nur dann) unvereinbar sei, wenn es nicht tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen vermeidet und die Spielsucht bekämpft. Das im aktuellen Glücksspielstaatsvertrag der 16 deutschen Bundesländer verankerte Sportwettmonopol für staatliche Anbieter werde diesen Vorgaben jedoch nicht gerecht und sei daher nicht gerechtfertigt. Das gelte v.a. im Hinblick auf die intensiven Werbekampagnen der Inhaber des staatlichen Glücksspielmonopols, die der Suchtprävention als notwendiger Grundlage eines Glücksspielmonopols zuwiderliefen. Sollten die Bundesländer daher den Glücksspielstaatsvertrag unter Beachtung der Rspr. des EuGH ändern, dürfte das staatliche Glücksspielmonopol auch weiterhin bestehen. Vgl. dazu auch BVerwG NVwZ 2011, 549; NVwZ 2011, 554; BeckRS 2011, 47354; *Pagenkopf*, NVwZ 2011, 513 ff.

<sup>1580</sup> Ganz h.M. seit BVerfGE 33, 303, 336 f. (erstes Numerus-clausus-Urteil).

füllung der Studienplätze in eigener Machtvollkommenheit Bewerber ausschließen und damit die Verwirklichung des Rechts aus Art. 12 I GG vereiteln.<sup>1581</sup> Seine derzeitige formell-gesetzliche Einschränkung findet das Hochschulzulassungsrecht in den Hochschulgesetzen der Länder, den Bestimmungen des Staatsvertrags (StV) über die Vergabe von Studienplätzen (GVBl NRW 1993, 204) und in den aufgrund der Ermächtigung in den Hochschulgesetzen der Länder erlassenen Rechtsverordnungen. Materiell-rechtlich ist die Zulassungsbeschränkung gerechtfertigt, wenn sie dem Schutz eines **überragend wichtigen Gemeinschaftsguts** dient und nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet wird. Darüber hinaus müssen Auswahl der Bewerber und Verteilung der Studienplätze nach sachgerechten Kriterien erfolgen, damit jeder Studienbewerber die gleiche Chance für das Studium erhält.<sup>1582</sup>

**Beispiel:** Abiturient A begehrt die Zulassung zum Medizinstudium an der Universität U. Diese verweigert – obwohl noch freie Plätze vorhanden sind – die Zulassung mit der Begründung, A habe in den mathematisch-naturwissenschaftlichen Fächern lediglich ausreichende Noten erhalten.

**Variante:** A erhält nur deshalb keinen Studienplatz, weil die vorhandenen Studienplätze bereits vergeben sind.

Verletzen diese Entscheidungen A in seinem Grundrecht aus Art. 12 I GG?

**Zum Ausgangsbeispiel:** Die Universität ist eine Ausbildungsstätte i.S.d. Art. 12 I GG. Nach ganz herrschender Ansicht folgt aus dem in Art. 12 I GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufs und der Ausbildungsstätte i.V.m. Art. 3 I GG und dem Sozialstaatsprinzip das grundsätzliche Recht eines jeden Bewerbers mit Hochschulreife auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl unter maximaler Berücksichtigung der gewählten Ausbildungsstätte.<sup>1583</sup> Vorliegend hat A die allgemeine Hochschulreife nachgewiesen. Er hat damit die Zulassungsvoraussetzung erfüllt. Da noch Studienplätze vorhanden sind, steht der Zulassung kein nachvollziehbarer Grund entgegen. A muss deshalb zugelassen werden.

**Zur Variante:** Das grundsätzliche Recht auf Zulassung zu einem bestimmten Studium wird allerdings nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern durch die vorhandenen Kapazitäten eingeschränkt. Daher sind Zulassungsbeschränkungen (Numerus clausus) trotz des grundsätzlichen Rechtsanspruchs unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Erforderlich ist aufgrund des mit der Nichtzulassung verbundenen Eingriffs in Art. 12 I GG zunächst eine formell-gesetzliche Grundlage. Eine solche besteht in den Regelungen des HRG und der Hochschulgesetze der Länder. Materiell-rechtlich ist der Numerus clausus bei Studienplätzen nur dann mit Art. 12 I GG vereinbar, wenn er dem Schutz eines **überragend wichtigen Gemeinschaftsguts** dient und nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet wird.

Ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut könnten die ungehinderte Ausbildung der anderen Studierenden sowie die Funktionstüchtigkeit von Forschung und Lehre sein. Denn ginge man über die vorhandene Kapazität hinaus, würden zum einen die Ausbildung der anderen Studierenden gefährdet und zum anderen die Funktionsfähigkeit von Forschung und Lehre sowie – beim Studium der Medizin – die Patientenversorgung in Frage gestellt werden. In der Zulassung über die bereits ausgeschöpfte Kapazität hinaus läge deshalb eine Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut vor. Die Versagung der Zulassung ist deshalb verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

<sup>1581</sup> Vgl. *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 30.

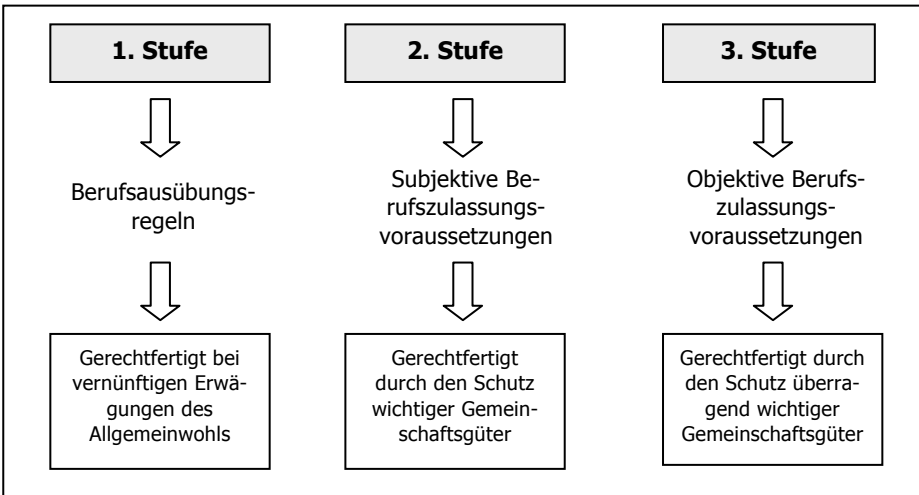
<sup>1582</sup> BVerfGE 33, 303, 338, 345 ff.; 43, 291, 314 ff.; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 31.

<sup>1583</sup> So in den beiden Grundsatzentscheidungen BVerfGE 33, 303, 331 und 43, 291, 313.

**d. Zusammenfassung:**

Sofern man der Fallbearbeitung noch die Drei-Stufen-Theorie zugrunde legen möchte, ergeben sich bei der Verhältnismäßigkeit folgende Abstufungen:

811

**II. Schutzgewähr- und Teilhaberecht des Art. 12 I GG**

Art. 12 I GG beinhaltet nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch ein Schutzgewähr- und ein Teilhaberecht.

812

**1. Art. 12 I GG als Schutzgewährrecht**

Unter dem Gesichtspunkt „Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren“ wirkt sich der Schutz des Art. 12 I GG in besonderer Weise auch auf den Inhalt und die Gestaltung von **Prüfungsverfahren** aus, welche den Zugang zu einem Beruf ermöglichen (Beispiel: Juristische Staatsprüfung). Da aber insbesondere das berufsspezifische Prüfungsverfahren hoch komplexe Wertungen beinhaltet und/oder von komplexen Diagnosen abhängt, ist fraglich, ob eine derartige Prüfung in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren überhaupt vollständig nachvollzogen und überprüft werden kann. Zwar fordert das Rechtsstaatsprinzip grundsätzlich die volle richterliche Kontrolle von Hoheitsakten. Eine Ausnahme von diesem Postulat ist aber dort zu machen, wo komplexe prüfungsspezifische Bewertungen – z.B. bei der Gewichtung verschiedener Aufgaben untereinander, bei der Einordnung des Schwierigkeitsgrades der Aufgabenstellung oder bei der Würdigung der Qualität der Darstellung – im Gesamtzusammenhang des Prüfungsverfahrens getroffen werden müssen und sich nicht ohne weiteres im nachfolgenden Verwaltungsstreitverfahren einzelner Prüflinge nachvollziehen lassen.<sup>1584</sup> Eine gerichtliche Überprüfung beschränkt sich dann darauf, ob der gesetzliche **Rahmen**, der dem Gesetzesanwender eingeräumt wurde, **eingehalten wurde**, ob also **keine Beurteilungsfehler** gemacht wurden. Als beurteilungsfehlerhaft gilt es, wenn<sup>1585</sup>

813

- besondere **Verfahrensvorschriften** missachtet wurden (Beispiel: Fehlende Protokollierung einer mündlichen Prüfung; fehlende Qualifikation des Prüfers<sup>1586</sup>),

<sup>1584</sup> Vgl. dazu BVerwG NJW 2000, 1055; NJW 2000, 1280; NVwZ 2001, 200; NVwZ 1998, 738; VG Lüneburg NVwZ 2001, 767.

<sup>1585</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2002, 1368 f.; BVerwG NVwZ-RR 2002, 49; *Beaucamp*, JA 2002, 314, 319.

<sup>1586</sup> Vgl. dazu VGH Mannheim NVwZ 2001, 937 und VGH Mannheim NVwZ 2002, 235.

- von einem **unzutreffenden Sachverhalt** ausgegangen wurde<sup>1587</sup>,
- ein **Tatbestandsmerkmal falsch ausgelegt** wurde (Beispiel: Die Note „ausreichend“ wird als weit über dem Durchschnitt liegend angesehen),
- **allgemein anerkannte Bewertungs- bzw. Wertmaßstäbe** nicht zugrunde gelegt wurden<sup>1588</sup> (Beispiele: Befangenheit des Prüfers<sup>1589</sup>; bei der Bewertung einer juristischen Examensarbeit wird eine Meinung als abwegig bezeichnet, obwohl sie im Schrifttum vertreten wird<sup>1590</sup>; zutreffende Antworten und brauchbare Lösungen werden als falsch bewertet oder eine richtige Behandlung einer Rechtsnorm wird als „eher zufällig“ bewertet<sup>1591</sup>). Wird hingegen bei einer Beamtenbewerberin allein deswegen ein Eignungsmangel angenommen, weil diese im Dienst aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen möchte, soll nach Auffassung des BVerwG der Beurteilungsspielraum nicht überschritten sein.<sup>1592</sup>),
- **sachfremde Erwägungen herangezogen** wurden (Beispiel: hohe Misserfolgsquote im Staatsexamen zwecks Reduzierung der Juristenzahl),
- der **Prüfungsinhalt** den von der Prüfungsordnung vorgegebenen **Rahmen verlässt**<sup>1593</sup>
- oder die **Chancengleichheit** (Art. 3 I GG) **missachtet** wurde<sup>1594</sup>.

**814** Eine Klage gegen eine Prüfungsentscheidung wird aber nur dann erfolgreich sein, wenn nicht nur ein Beurteilungsfehler vorliegt, sondern sich dieser Beurteilungsfehler auch auf das **Gesamtergebnis ausgewirkt hat!** Vgl. insgesamt zu dieser Problematik die Ausführungen bei *R. Schmidt*, AllgVerwR, Rn 283 ff.

## 2. Art. 12 I GG als Teilhaberecht

**815** Wie bereits bei Rn 10 ff. erläutert, fungieren die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliche Eingriffe (*status negativus*), sondern auch als Leistungs- bzw. Teilhaberechte (*status positivus*) und Mitwirkungsrechte (*status activus*). Zu beachten ist jedoch, dass die Grundrechte unter Berücksichtigung von Wortlaut und Funktion überwiegend nicht als Anspruchsgrundlagen konzipiert sind und dass sich nur bei einigen Grundrechten aus dem Wortlaut oder zumindest im Wege der Auslegung ein Anspruch ergibt. Ob das bei Art. 12 I GG außerhalb des Berufszulassungsrechts der Fall ist, wurde bereits ausführlich anhand der Konkurrentengleichstellungsklage dargestellt.

## III. Konkurrenzen

**816** Im Verhältnis zu **Art. 2 I GG** ist Art. 12 I GG *lex specialis*. Wenn man auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als von Art. 12 I GG umfasst ansieht, steht dem betroffenen Wirtschaftssubjekt somit der Schutz des Art. 12 I GG zu. Im Verhältnis zu **Art. 14 I GG** besteht regelmäßig ein Ausschlussverhältnis, weil das Eigentumsgrundrecht primär das Erworbene und das Berufsgrundrecht den Erwerb schützt. Lediglich, wenn durch einen Akt gleichzeitig der Erwerb und das Erworbene beeinträchtigt werden, ist von Idealkonkurrenz auszugehen.

<sup>1587</sup> BVerfG NVwZ 2002, 1368 f.

<sup>1588</sup> BVerfG NVwZ 2002, 1368 f.

<sup>1589</sup> Vgl. dazu VGH Mannheim NVwZ 2002, 235.

<sup>1590</sup> BVerwG NJW 2000, 1055 (Zweite Juristische Staatsprüfung).

<sup>1591</sup> OVG Saarlouis NVwZ 2001, 942.

<sup>1592</sup> BVerwG NJW 2002, 3344 ff.; anders VG Lüneburg NJW 2001, 767, 768. Vgl. nunmehr auch BVerfGE 108, 282, 294 ff. Zur Frage, ob die Einstellungsbehörde eine Zulassung zum Vorbereitungsdienst („Referendariat“) verwehren darf, um eine von einer Bewerberin befürchtete „abstrakte Gefährdung des religiös-weltanschaulichen Schulfriedens“ vorzubeugen, vgl. BVerwG NJW 2008, 3654 mit Bespr. v. *Sachs*, JuS 2009, 166 ff.

<sup>1593</sup> BVerwG NJW 1998, 323, 327 f. Zur Akteneinsicht bei Prüfungsanfechtung vgl. *Steike*, NVwZ 2001, 868 ff.

<sup>1594</sup> VGH Mannheim NVwZ 2002, 235 f. (Fairnessgebot in der mündlichen Prüfung). Aus dem Gebot der Chancengleichheit folgt auch das grundsätzliche Verbot der Verschlechterung, soweit eine Prüfungsleistung erneut überprüft wird, vgl. BVerwG NJW 2000, 1055.

**Beispiel:** Hat eine behördliche Warnung vor Lebensmitteln eines bestimmten Lebensmittelherstellers zur Folge, dass sämtliche Produkte dieses Herstellers gemieden werden, genießt der Hersteller nach der hier vertretenen Auffassung sowohl den Schutz des Art. 12 I GG als auch den des Art. 14 I GG, da nicht nur die Berufsfreiheit tangiert, sondern auch die Existenz des Betriebes gefährdet wird. Die Warnung ist also nur gerechtfertigt, wenn sie den Anforderungen beider Grundrechte standhält.

#### **IV. Übungsfälle**

In jüngerer Zeit mussten sich die Gerichte mit zahlreichen Klagen hinsichtlich der bereits genannten Werbebeschränkung für Ärzte und Rechtsanwälte auseinandersetzen. Im Kern ging es um die Frage, ob und inwieweit in einer Gesellschaft, in der der Konkurrenzdruck stetig steigt, Werbebeschränkungen auf der Grundlage von §§ 43b BRAO, §§ 6 I, 7 BORA oder von Vorschriften der Berufsordnungen für Ärzte mit Art. 12 I GG überhaupt noch vereinbar sein können. Einige dieser Entscheidungen sind als Übungsfälle aufbereitet, deren ausformulierte Lösungen auf der Internetseite des Verlags Rubrik Falllösungen und Ergänzungen zum kostenlosen Download zur Verfügung stehen.

**817  
-818**

## Sachverzeichnis

- Abschaffung Grundrechte** 224
- Abwehrrechte 10
- Administrativenteignung 896
- Akt öffentlicher Gewalt 1031
- Akust. Wohnraumüberwachung 831, 860, 861
- Alkoholverbot 331, 342, 796, 804, 806
- Allgemeine Gesetze 502, 507
- Allgemeine Grundrechtslehren 1 ff.
- Allgemeine Handlungsfreiheit 246 ff.
- Allgemeiner Gleichheitssatz 323 ff.
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 56, 266 ff.
- Angemessenheit 179
- Anliegerrecht 886
- Anmeldepflicht 657
- Annahmeverfahren 1079
- Anstalten 68
- Apothekenurteil 181
- Arbeitsplatz 779
- Arbeitszimmer (häusliches) 330
- Asylrecht 949 ff., 979 ff.
- Auflösung Versammlung 642
- Aufrührerischer Verlauf 623
- Ausbildungsstätte 777
- Ausbürgerung 949 ff., 958 ff.
- Ausgestaltungsvorbehalt 144, 156
- Ausländer 45
- Auslieferung 949 ff., 969 ff.
- Ausreisefreiheit 756
- Ausstrahlungswirkung der Grundrechte 23
- Ausweisung 973
- automatisierte Kennzeichenerfassung 273, 275, 283, 1049, 1070
- automatisierte Kontoabfrage 273, 283
- Bagatelleingriff** 144
- Bannmeile 645
- Beamtenrechtliche Rechtsverhältnisse 206 ff.
- Befriedete Bezirke 645
- Begründetheit Verfassungsbeschwerde 1080
- Beliehene 70
- Berufsausübungsregeln 796, 806
- Berufsfreiheit 764 ff.
- Beschwerdebefugnis 1036
- Beschwerdefähigkeit 1021
- Beschwerdegegenstand 1031
- Beteiligtenfähigkeit 1021
- Betriebsverhältnis 207
- Betroffenheit des Beschwerdeführers 1042 ff.
- Briefgeheimnis 723 ff.
- Bundesrechtsanwaltskammer 190
- Bürgerrechte 1, 44
- Caroline von Monaco** 285
- Chiffregeheimnis 472
- Deutschenrechte** 44
- Diskriminierungsverbote 323 ff., 352 ff.
- DNA Analyse 227
- Dosenpfand 187, 188
- Dreistufentheorie 795 ff., 809
- Drittwirkung der Grundrechte 23, 105, 111, 162, 193, 196, 197a, b, 275b, 278, 384, 517
- duales System 491
- Durchlieferung 974
- Durchsuchung einer Wohnung 835
- Ehe und Familie** 552 ff.
- Ehrensache (Roman) 536
- Ehrverletzung 439
- eigene Beschwer 1043
- Eigengesellschaft 72
- Eigentumsbegriff 878 ff.
- Eigentumsgarantie 877 ff.
- Eilversammlung 615b
- Einehe 558
- Einfacher Gesetzesvorbehalt 160
- Eingriff in den Schutzbereich 143 ff.
- Eingriffsbegriff 149
- Einrichtungsgarantien 26
- Elfes 134, 246, 247, 756
- Elternrecht 563
- enger Eingriffsbegriff 149
- enteignender Eingriff 944
- Enteignung 894
- enteignungsgleicher Eingriff 939
- Erforderlichkeit 176
- Ergänzungsschule 594
- Ermessensreduzierung 35
- Eröffnung des Schutzbereichs 114 ff.
- Ersatzschule 594
- Erwerbswirtschaftliche Betätigung 100
- Esra 532, 536
- EU-Bürger 48
- Europäische Grundrechtecharta 9
- Europäische Menschenrechtskonvention 4 ff.
- Europäische Verfassung 9
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 5, 284, 285, 517
- faktisch-mittelbarer Eingriff** 151
- Familie 561
- Fernmeldegeheimnis 723 ff.
- Filmfreiheit 494
- finaler Eingriff 149
- finaler Rettungsschuss 233, 298
- fiskalische Hilfsgeschäfte 98
- Fiskalverwaltung 25, 96 ff.
- Flächenverbote 652
- Folter 233
- Form der Verfassungsbeschwerde 1056
- Fotomontage 287, 451
- Freiheit der Person 311 ff.
- Freiheitsbeschränkung 315
- Freiheitsentziehung 314
- Freizügigkeit 752 ff.
- Friedlichkeit 620
- Frist der Verfassungsbeschwerde 1056
- funktionaler Schutzbereich 130
- Geburt** 49
- Geeignetheit 174
- Gefahr im Verzug 853
- gegenwärtige Beschwer 1052
- Gemeinden 190
- gemeinsame Zweckverfolgung 605
- gemischtwirtschaftliche Unternehmen 80, 94
- Genetischer Fingerabdruck 270, 273
- Genforschung 227
- Genomanalyse 227
- Gesetzesvorbehalt 160, 165 ff.
- gesetzlicher Richter 1002 ff.
- Gewerbebetrieb 881
- Gewerbesteuer 142, 330
- Gewissensfreiheit 409
- Glaubensfreiheit 370 ff.
- Gleichheitsgebot 322 ff.
- Gleichheitsrechte 18

## Sachverzeichnis

- Glykolwein 137, 200  
Graffiti 527  
Grundrechte (Definition) 1  
Grundrechtecharta (der EU) 9  
Grundrechtsadressaten 71, 197a, b  
Grundrechtsberechtigung 39 ff.  
Grundrechtsbindung 87 ff.  
Grundrechtsfähigkeit 39 ff.  
grundrechtsgleiche Rechte 1001 ff.  
grundrechtsimmanente Schutzbereichs-  
begrenzung 124 ff.  
Grundrechtskollision 140, 193, 196, 284 f., 517  
grundrechtskonforme Auslegung 33  
Grundrechtskonkurrenz 136  
Grundrechtsmündigkeit 81  
Grundrechtsprüfung 112 ff.  
Grundrechtsschranke 154 ff.  
Grundrechtsschutz durch Organisation und  
Verfahren 36  
grundrechtstypische Gefährdungslage 60, 76  
Grundrechtsverwirkung 224a  
Grundrechtsverzicht 146  
Grundverhältnis 208  
Grundrechtsverpflichtete 71, 197a, b
- H**andy-Ortung 273, 734e  
hinkende Ehe 556  
Hochschulzugang 778, 810  
Holocaustmahnmal 652  
Humanexperiment 240
- I**nfectionsschutzgesetz 295, 743, 839, 850,  
1050  
Informationelle Selbstbestimmung 270  
Informationsfreiheit 453 ff.  
Ingewahrsamnahme 315  
Inhalts- und Schrankenbestimmung 894, 932  
Institutionelle Garantien 29  
Institutsgarantie 27  
Internet 473  
Internet-Apotheke 809b  
Interventionsminimum 177
- J**edermann 1022  
Jedermannsrechte 42  
Jugendschutz 513  
Jugendsekte 406  
Jugendstrafvollzug 319  
Junktimklausel 913  
Juristische Personen des ÖR 66 ff.  
Juristische Personen des PR 57 ff.  
Justizgrundrechte 1001 ff.
- K**ammerentscheidung 1079  
Karikatur 525  
Keine Gleichheit im Unrecht 343  
Kennzeichenerfassung 273, 275, 283,  
1049, 1070  
Kind als Schaden 238  
klassischer Eingriffsbegriff 149  
Koalitionsfreiheit 700 ff.  
Kollidierendes Verfassungsrecht 193, 196  
Konkurrenzschutz 781  
Kopftuch 222, 380  
Körperschaften 67  
Körperwelten 551  
Kriegsdienstverweigerung 420  
Kriminalvorbehalt 763  
kultische Handlungen 374
- Kunsthilfe 521 ff.  
Kunsturhebergesetz 283-285, 517  
kunstvermittelnde Medien 79
- L**adenschluss 181, 330, 342  
Landesärztekammer 190  
Laserturm 241  
Lauschangriff 739, 831, 861  
Lebensbereich 123  
lebenslange Freiheitsstrafe 321  
Lebenspartnerschaftsgesetz 553, 555  
Legislativenteignung 896  
Legitimer Zweck 171  
Lehre vom funktionalen Schutzbereich 130  
Leistungsrechte 14  
Luftsicherheitsgesetz 235, 244, 306  
Lüth 108, 181, 429
- M**ehrehe 558  
Meldeauflagen 317  
Meinungsfreiheit 427 ff.  
Menschenrechte 1  
Menschenwürde 225 ff.  
Mephisto 54 ff., 230  
mittelbare Drittwirkung der Grundrechte 23 f.,  
105, 111, 162, 193, 196, 197a, b, 275b, 278,  
284 f., 278, 384, 517  
Mitwirkungsrechte 18  
Mobiltelefon (Ortung) 273, 734e  
Möglichkeitstheorie 1037  
muslimischer Religionsunterricht 587
- N**amensehe 557  
nasciturus 49  
natürliche Personen 41 ff.  
Naturrechtslehre 225  
negative Glaubensfreiheit 377  
negative Meinungsfreiheit 447  
neue Formel 336  
nichtöffentliche Versammlungen 662 ff.  
Nichtraucherschutz 794, 796, 804, 809c  
Nidation 52  
normgeprägter Schutzbereich 144, 878  
Nötigung 620  
Numerus clausus 799
- o**bjektiv berufsregelnde Tendenz 793  
objektive Wertordnung 23, 31, 105, 197a, 437, 517  
objektive Zulassungsschranken 798, 808  
objektiv-rechtliche Funktion Grundrechte 21  
öffentliche Ämter 366  
öffentliche Versammlung 637  
öffentliche Warnungen 198 ff.  
Onlinedurchsuchung 273, 286, 734d, 864 ff.  
Osho 201, 406
- P**arlamentsvorbehalt 166, 191  
Parodie 525  
Persiflage 525  
Personales Substrat 60  
Postgeheimnis 723 ff.  
postmortales Persönlichkeitsrecht 56, 283, 285  
Praktische Konkordanz 111, 162, 193, 196, 197a,  
197b, 275b, 278, 284, 285, 384, 517  
Pressefreiheit 461 ff.  
Pressesubvention 479  
Privatschule 591 ff.  
Prostitution 237  
Prozessfähigkeit 1028

## Sachverzeichnis

- Q**ualifizierter Gesetzesvorbehalt 161
- R**asterfahndung 270, 273, 283  
Rauchverbot 794, 796, 804, 809c  
Recht am eigenen Bild 56, 271, 283, 284-285  
Recht am eigenen Wort 272  
Recht auf Gegendarstellung 272  
Recht auf körperliche Unversehrtheit 288 ff.  
Recht auf Leben 288 ff.  
Recht auf Selbstbestimmung 269  
Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme 270a, 864  
rechtliches Gehör 1011 ff.  
Rechtsakte 150  
Rechtsanwaltskammer 190  
Rechtsberatungsgesetz 109, 186, 508, 808  
Rechtsdienstleistungsgesetz 109, 186, 508, 808  
rechtsförmliches Handeln 150  
Rechtsschutzbedürfnis 1060  
Rechtsverordnung 187  
Rechtswegerschöpfung 1061  
Regelungsbereich 123  
Regelungsvorbehalt 144, 156  
Reiten im Wald 249, 265  
Religionsfreiheit 370 ff.  
Religionsunterricht 585  
Remonstrations 223  
Richtervorbehalt 315, 320, 850  
Roman 536  
Rücklieferung 975  
Rundfunkfreiheit 480 ff.
- S**alvatorische Klausel 914  
Satire 525  
Satirische Fotomontage 287  
Satzung 190 ff.  
Schächten 374, 386  
Schaukeltheorie 508  
Scheinehe 557  
Schmähkritik 439  
Schockwerbung 520  
Schrankenübertragung 196  
Schulbezogene Grundrechte 579 ff.  
Schutzbereichsbegrenzung 124, 130  
Schutzbereichseröffnung 114 ff.  
Schutzpflicht des Staates 301  
Schutzverpflichtung des Staates 22, 229  
Schwangerschaftsabbruch 301  
Scientology 204, 388, 396  
Selbstbestimmungsrecht 269  
Selbstbindung der Verwaltung 35  
Sexualkundeunterricht 584  
Simulierte Tötungshandlungen 241  
Sittengesetz 264  
Solange – Entscheidungen 8  
Sonderrechtstheorie 504  
Sonderrechtsverhältnis 206 ff.  
Sonderstatusverhältnis 206 ff.  
Soziale Grundrechte 15  
Sozialstaatsprinzip 15  
Spätaussiedler 760  
Sphärentheorie 278  
Spontanversammlung 615a  
Sportwetten 775, 792, 798a, 809a  
Staatenlose 45  
Staatliche Schutzpflicht 22  
Staatliche Warnungen 198 ff.  
Staatliches Informationshandeln 198 ff.
- Staatsangehörigkeitsrecht 951  
Staatsbürgerschaft 951  
Standortfeststellung (Handy-Ortung) 273, 734e  
status activus 20  
status negativus 13  
status positivus 14  
Steuerhinterziehung 342b  
Stiftungen 69  
Straßenverkehrsgesetz 187  
subjektiv berufsregelnde Tendenz 792  
subjektive Zulassungsvoraussetzungen 797, 807  
subjektiv-rechtliche Funktion d. Grundrechte 10  
Subsidiarität Verfassungsbeschwerde 1067
- T**arifautonomie 705  
Tatsachenbehauptung 432  
Teilhaberecht 16  
Teilrechtsfähigkeit 59  
Telekommunikationsüberwachung 738 ff.  
Tod 49, 54  
Todesstrafe 297
- U**ngeborener Mensch 49  
Unionsbürger 48  
Unmittelbare Betroffenheit 1048  
unmittelbare Drittwirkung Grundrechte 23, 105, 197a, 437, 517  
Untermaßverbot 304  
Unverletzlichkeit der Wohnung 819 ff.
- V**ereinigungsfreiheit 673 ff.  
Verfahrensrechtliche Dimension Grundrechte 36  
Verfassungsbeschwerde 1019 ff.  
- Akt öffentlicher Gewalt 1031  
- Annahmeverfahren 1079  
- Begründetheit Verfassungsbeschwerde 1080  
- Beschwerdebefugnis 1036  
- Beschwerdefähigkeit 1021  
- Beschwerdegegenstand 1031  
- Beteiligtenfähigkeit 1021  
- Betroffenheit Beschwerdeführer 1042 ff.  
- eigene Beschwer 1043  
- Form der Verfassungsbeschwerde 1056  
- Frist der Verfassungsbeschwerde 1056  
- gegenwärtige Beschwer 1052  
- jedermann 1022  
- Kammerentscheidung 1079  
- Möglichkeitstheorie 1037  
- Prozessfähigkeit 1028  
- Rechtsschutzbedürfnis 1060  
- Rechtswegerschöpfung 1061  
- Subsidiarität Verfassungsbeschwerde 1067  
- unmittelbare Betroffenheit 1048  
- Zulässigkeit Verfassungsbeschwerde 1020 ff.  
Verfassungsimmanente Einschränkung 127, 130, 162, 193, 196, 384  
Verfassungskonforme Auslegung 33, 186  
Verfassungsmäßige Ordnung 263  
Verfassungsrechtliche Rechtfertigung 154 ff.  
Verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranke 159  
Verhältnismäßigkeit 169 ff.  
Verjährungsfristen (bei Steuerhinterziehung) 342b  
Verkaufsverbot Alkohol 331, 342, 796, 804, 806  
Verkehrsdaten 273, 738  
Versammlungsbegriff 614, 628  
Versammlungsfreiheit 603 ff.  
Versammlungsgesetz 633 ff., 635, 647 ff.  
Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme 864

## Sachverzeichnis

Verwaltungsprivatrecht 25, 90 ff.  
Verwirkung von Grundrechten 224a  
Videoüberwachung 270, 273, 287  
Völkerrecht 4  
Vorfeldmaßnahmen 619, 640  
Vorratsdatenspeicherung 273, 738

**W**affenlosigkeit 620  
Warnungen 198 ff.  
Wechselwirkungslehre 108, 508  
Wehrpflicht 330  
Weiter Eingriffsbegriff 151  
Werbebeschränkung 817 ff.  
Werkbereich 530  
Werturteil 429  
Wesensgehalt der Grundrechte 223a  
Wesentlichkeitstheorie 166, 187, 191  
Wettbewerbsfreiheit 254, 781  
Wirkbereich 530  
Wissenschaftsfreiheit 539 ff.  
Wohnraumüberwachung 831, 832, 860, 861  
Wohnsitz 753  
Wohnungsbegriff 820 ff.  
Wohnungsgrundrecht 819 ff.

**Z**ensurverbot 518  
Zugang zur Versammlung 618  
Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde 1020  
ff.  
Zwischenrecht 4