

### **Lösung Fall 1: Länger an die Macht**

Die Landesregierung wendet sich gegen ein Bundesgesetz und rügt dessen Verfassungswidrigkeit. In Betracht kommt damit eine **abstrakte Normenkontrolle**<sup>1</sup> gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG. Diese hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig (A) und begründet (B) ist.

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Antragsberechtigung**

Die Landesregierung müsste im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle **antragsberechtigt** sein. Antragsberechtigt sind gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG die Bundesregierung, die Landesregierungen sowie 1/4 der Mitglieder des Bundestags.<sup>2</sup> Die Landesregierung Niedersachsens ist demnach antragsberechtigt.

##### **II. Antragsgegenstand**

Es müsste sich bei dem Gesetz zur Änderung des GG um einen **zulässigen Antragsgegenstand** handeln. Zulässiger Antragsgegenstand ist gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG Bundesrecht und Landesrecht. Hier handelt es sich um ein Bundesgesetz und damit um Bundesrecht. Das Änderungsgesetz ist damit ein zulässiger Antragsgegenstand.

##### **III. Antragsgrund**

Die Landesregierung müsste zudem einen Antragsgrund haben. Dieser ist gemäß Art. 93 I Nr. 2 GG gegeben, wenn ein Antragsberechtigter „**Zweifel**“ **bezüglich der Vereinbarkeit des Antragsgegenstandes mit dem GG** hat. Dies ist laut Sachverhalt bei der Landesregierung der Fall.

Problematisch ist indes, dass § 76 BVerfGG als einfachgesetzliche Konkretisierung des Art. 93 I Nr. 2 GG Zweifel allein nicht ausreichen lässt, sondern vielmehr verlangt, dass der Antragsteller den Antragsgegenstand „für nichtig hält“, mithin von der Verfassungswidrigkeit überzeugt ist. Diese Voraussetzung erfüllt die Landesregierung nicht. Zu beachten ist jedoch, dass **Art. 93 I Nr. 2 GG als höherrangiges Recht** dem § 76 BVerfGG vorgeht.

Maßgeblich ist damit allein der Wortlaut des Art. 93 I Nr. 2 GG und nicht der strengere Maßstab des § 76 BVerfGG. Die Landesregierung ist damit antragsbefugt.

---

<sup>1</sup> Lesen Sie zu dieser auch *Robbers*, JuS 1994, 397.

<sup>2</sup> Gemeint ist mit dieser Formulierung die gesetzliche Mitgliederzahl, vgl. Art. 121 GG.

#### **IV. Form und Frist**

Ein eventueller Antrag müsste form- und fristgerecht eingereicht werden. Für die Form bestimmt § 23 I BVerfGG die Schriftlichkeit. Zudem wäre der Antrag zu begründen. Eine Frist besteht für das Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nicht.

#### **V. Ergebnis**

Eine abstrakte Normenkontrolle der Landesregierung wäre zulässig.

#### **B. Begründetheit**

Die abstrakte Normenkontrolle ist auch begründet, soweit das Änderungsgesetz zur Verlängerung der Wahlperiode tatsächlich gegen das GG verstößt.

Zu untersuchen ist damit die formelle (I.) und materielle (II.) Verfassungsmäßigkeit des Änderungsgesetzes.

#### **I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

##### **1. Zuständigkeit**

Der Bund müsste für das Änderungsgesetz zuständig gewesen sein. Nach der aus Art. 30 und 70 GG folgenden Grundregel liegt die Gesetzgebungszuständigkeit nur dann beim Bund, wenn dieser eine ausdrückliche Kompetenz im GG nachweisen kann.

In diesem Fall ist zu beachten, dass es sich um eine Änderung des Grundgesetzes handelt. Diese Änderungen sind gemäß Art. 79 II GG nur durch ein *Bundesgesetz* zulässig. Der Bund war damit für das Änderungsgesetz zuständig.

##### **2. Verfahren<sup>3</sup>**

Es müsste das Gesetzgebungsverfahren eingehalten worden sein. Dieses richtet sich nach den **Art. 76 ff. GG**.<sup>4</sup> Das Gesetzgebungsverfahren kann gemäß Art. 76 I GG allein durch die Bundesregierung, den Bundesrat oder der Mitte des Bundestages<sup>5</sup> eingeleitet werden. Hier wurde es laut Sachverhalt zulässigerweise von der **Bundesregierung** eingeleitet. Beschlossen werden die Bundesgesetze zunächst vom Bundestag, anschließend werden sie dem Bundesrat

---

<sup>3</sup> Lesen Sie zum Gesetzgebungsverfahren die Art. 76 ff. GG, sowie §§ 75-91 GOBT.

<sup>4</sup> Lesen Sie bitte schon jetzt die Normen und - sofern Zeit vorhanden - *Maurer*, Staatsrecht I, § 17 Rn. 51-85. Siehe zum Gesetzgebungsverfahren die Vertiefung zu Fall 7.

<sup>5</sup> Gemeint ist mit dieser Formulierung das Einbringen durch ein bestimmtes Quorum von Abgeordneten. Siehe auch § 76 GOBT.

zugeleitet. Für beide Gremien ist zu beachten, dass Art. 79 II GG sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat verlangt, dass 2/3 der Mitglieder dem Änderungsgesetz zustimmen.

Dies ist laut Sachverhalt geschehen. Zudem hat der Bundespräsident das Gesetz unterzeichnet und auch ausgefertigt (vgl. Art. 82 GG). Das Verfahren ist damit gewahrt worden.

### 3. Form

Das Gesetz muss schriftlich ergehen und den Wortlaut des GG ausdrücklich ändern. Dies ist laut Sachverhalt der Fall.

### 4. Ergebnis

Das Änderungsgesetz ist formell verfassungsgemäß.

## II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Bei dem Gesetz handelt es sich um ein **verfassungsänderndes Gesetz**. Dieses ist gemäß Art. 79 III GG allein an den Grundsätzen der Art. 1 **und** 20 GG zu messen. Zu prüfen ist demnach, ob die Verlängerung der Wahlperiode auf acht Jahre gegen diese Grundsätze verstößt.

In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen das in Art. 20 GG niedergelegte **Demokratieprinzip**. Gemäß Art. 20 I GG ist die Bundesrepublik ein demokratischer Staat. Alle Staatsgewalt muss folglich vom Volke ausgehen, Art. 20 II GG. Man spricht hier von **Volkssouveränität**. Konsequenz dieser Überlegungen ist es, dass sämtliche Äußerungen der Staatsgewalt ihren Ausgangspunkt im Willen des Volkes finden müssen. Es muss also eine **ununterbrochene Legitimationskette** vom Volk zu den staatlichen Organen bestehen.

Es genügt jedoch nicht, diese Kette einmalig herzustellen, vielmehr muss sie durch periodische Wahlen regelmäßig erneuert werden.<sup>6</sup> Nur so kann die grundsätzliche Übereinstimmung zwischen Volk und Volksvertretung gesichert werden und dem Willen des Volkes als dem ausschließlichen Träger der Staatsgewalt Geltung verschafft werden.<sup>7</sup>

Den Bundestagswahlen kommt insoweit besondere Bedeutung zu, als sie nach der Konzeption des GG für das Volk die einzig verfasste Möglichkeit darstellen, auf den Staatswillen unmittelbar Einfluss zu nehmen. Eine Verlängerung der Wahlperiode ist daher zwar grds. mit

---

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 18, 154.

<sup>7</sup> Vgl. Maurer, JuS 1983, 45 (47) mit einem Fall zur Verlängerung der Wahlperiode.

dem Demokratieprinzip vereinbar, muss jedoch diese Grundsätze beachten und darf vor allem **nicht die Gefahr einer zu starken Entfremdung** des Volkes vom Parlament hervorrufen.<sup>8</sup>

Die geplante Verlängerung der Wahlperiode auf acht Jahre erscheint unter diesen Gesichtspunkten als problematisch. Innerhalb von acht Jahren kann sich die Stimmung innerhalb des Volkes nicht nur unwesentlich verändern. Besondere, unvorhergesehene Ereignisse können in einem solchen Zeitraum dazu führen, dass die politischen Einstellungen der Entscheidungsträger nur noch in sehr geringem Maße das widerspiegeln, was auch die Mehrheit im Volke als richtig und notwendig ansieht. **Es besteht also die große Gefahr, dass sich der Volkswille sehr stark von dem des gewählten Parlaments** und damit auch von dem der vom Parlament gestützten Regierung **unterscheidet**. Andererseits muss gewährleistet sein, dass das Parlament und die unterstützte Regierung funktionsfähig bleibt und notwendige Gesetze und Reformen verabschieden kann, ohne ständig durch Neuwahlen unterbrochen zu werden. Es ist in einer Demokratie also ebenso erforderlich, dass eine Regierung die Möglichkeit erhält, ihre Ideen durchzusetzen; verhindert werden muss einzig und allein, dass der Zeitraum zwischen zwei Wahlen so groß wird, dass von einer wirklichen Volkssouveränität nicht mehr gesprochen werden kann.

In Anbetracht dieser Überlegungen wird man die Wahlperiode wohl nicht auf unter vier Jahre verkürzen können. Ebenso auszuschließen hat aber eine Verlängerung auf mehr als fünf oder sechs Jahre. Die geplante Verlängerung auf acht Jahre ist damit als ein **Verstoß gegen das Demokratieprinzip** des Art. 20 GG anzusehen.

### **III. Ergebnis**

Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß, verstößt indes materiell gegen das Demokratieprinzip des GG und ist damit als **nichtig** anzusehen.

### **C. Gesamtergebnis**

Eine abstrakte Normenkontrolle der Landesregierung wäre zulässig und auch begründet und hätte damit Aussicht auf Erfolg. Es ist der Landesregierung daher zu raten, ein solches Verfahren einzuleiten.

---

<sup>8</sup> Stets unzulässig wäre eine Verlängerung der laufenden Wahlperiode. Dies würde gegen den Grundsatz verstoßen, wonach dem Parlament die Ausübung der Volkssouveränität nur für eine begrenzte Zeit übertragen wurde. Eine eigenmächtige Verlängerung dieser Zeitspanne durch das Parlament käme daher nicht in Frage.

## **Lösung Fall 2: Betreuung ohne Geld?**

**Hinweis:** Der Fall ist angelehnt an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juli 2015 (1 BvF 2/13) und wurde im Gesetzgebungsverfahren um weitere Probleme angereichert. Die Klausur bewegt sich damit im absoluten Kernbereich des Staatsorganisationsrechts, so dass erwartet werden kann, dass die Bearbeiter/innen sämtliche Probleme grundsätzlich beherrschen.

### **1. Frage**

Die Landesregierung B zweifelt vorliegend an der (formellen) Verfassungsmäßigkeit der §§ 4a bis 4d BEEG. Für eine verfassungsrechtliche Prüfung vor dem BVerfG kommt für die Landesregierung ein Antrag auf eine abstrakte Normenkontrolle gem. Art. 93 I Nr. 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG in Betracht. Dieser ist zulässig, wenn die dort genannten Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind.

### **A. Zulässigkeit**

#### **I. Antragsberechtigung**

Landesregierungen werden in Art. 93 I Nr. 2 GG ausdrücklich als antragsberechtigt bezeichnet. Die Landesregierung B ist daher antragsberechtigt.

#### **II. Antragsgegenstand**

Bei den §§ 4a bis 4d BEEG müsste es sich um einen zulässigen Antragsgegenstand handeln. Zulässiger Antragsgegenstand ist gem. Art. 93 I Nr. 2 GG, § 76 I BVerfGG Bundes- oder Landesrecht. Hier handelt es sich um ein Bundesgesetz. Dieses ist laut Sachverhalt auch bereits ausgefertigt worden ist. Die Verkündung wird nicht genannt, so dass diese entweder unterstellt werden kann oder aber die Zulässigkeit der Überprüfung muss an dieser Stelle verneint werden. Dass das Gesetz noch nicht in Kraft getreten ist, ist unschädlich für die verfassungsgerichtliche Überprüfung (BVerfGE 1, 396 (405 ff.); 10, 20 (54); 104, 23 (29)).

#### **III. Antragsgrund**

Die Landesregierung B müsste zudem einen Antragsgrund haben. Dieser liegt gem. Art. 93 I Nr. 2 GG bereits dann vor, wenn ein Antragsberechtigter zumindest „Zweifel“ bzgl. der Vereinbarkeit des Antragsgegenstandes mit dem Grundgesetz hat. Demgegenüber verlangt § 76 I BVerfGG verschärfend, dass der Antragssteller das Gesetz für nichtig halten muss.

Diese Voraussetzung erfüllt die Landesregierung vorliegend, da sie die §§ 4a bis 4d BEEG für (formell) verfassungswidrig hält. Ein Antragsgrund besteht somit.

#### **IV. Form und Frist**

Von einer den Anforderungen des § 23 I BVerfGG entsprechenden Einlegung des Antrags ist mangels anderer Angaben im Sachverhalt auszugehen. Eine Frist besteht im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nicht.

#### **B. Ergebnis**

Die abstrakte Normenkontrolle der Landesregierung B gegen die §§ 4a bis 4d BEEG ist zulässig.

### **2. Frage**

Zu prüfen ist die formelle Verfassungsmäßigkeit der Einführung des Betreuungsgeldes in den §§ 4a bis 4d BEEG. Diese ist dann formell verfassungsgemäß, wenn der Bund (A.) eine Gesetzgebungskompetenz nachweisen kann, (B.) das Gesetzgebungsverfahren und (C.) die Form eingehalten wurden.

#### **A. Gesetzgebungskompetenz des Bundes**

Nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung sind grds. die Länder für den Erlass der Gesetze zuständig (Art. 30, 70 GG). **Eine Bundeszuständigkeit besteht nur dann, wenn dem Bund eine solche durch das GG zugewiesen wird.** Zu prüfen ist damit, ob dem Bund eine Kompetenz zur Einführung eines Betreuungsgeldes zusteht.

#### **I. Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz Art. 71, 73 GG**

Im Katalog des Art. 73 GG findet sich keine Regelung, die eine entsprechende Kompetenz des Bundes begründen könnte. Eine ausschließliche Kompetenz des Bundes scheidet damit aus.

#### **II. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz, Art. 72, 74 GG**

##### **1. Kompetenz aus Art. 74 I Nr. 7 GG**

Denkbar ist indes eine konkurrierende Kompetenz des Bundes. In Betracht kommt hier die Regelung des Art. 74 I Nr. 7 GG. Danach hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die

öffentliche Fürsorge. Das Betreuungsgeld müsste also in den Bereich der öffentlichen Fürsorge fallen.

### **a) Begriff der öffentlichen Fürsorge**

Der Begriff der öffentlichen Fürsorge in Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist nicht eng auszulegen, allerdings ist mit dem Begriff auch keine Kompetenz für soziale Angelegenheiten schlechthin verbunden. Er setzt vielmehr voraus, dass eine besondere Situation zumindest potenzieller Bedürftigkeit besteht, auf die der Gesetzgeber reagiert. Dabei genügt es, wenn eine – sei es auch nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute – Bedarfslage im Sinne einer mit besonderen Belastungen einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt. Öffentliche Fürsorge umfasst demnach jede Form staatlicher Unterstützung in Bedarfssituationen sowie präventive Maßnahmen zum Ausgleich besonderer gesellschaftlicher Belastungen unter Ausschluss der in Art. 74 I Nr. 12, 19 und 19a GG angeführten Kompetenzbereiche.

### **b) Betreuungsgeld als Maßnahme der öffentlichen Fürsorge**

Die Regelungen zur Einführung des Betreuungsgeldes, welche Eltern, die ihre Kinder zu Hause betreuen, einkommensunabhängig eine finanzielle Zuwendung gewähren, müssten unter diesen Begriff der öffentlichen Fürsorge im Sinne des Art. 74 I Nr. 7 GG fallen. Mit der Schaffung eines Betreuungsgeldanspruchs wollte der Gesetzgeber auf die Belastung von Familien mit Kleinkindern und eine damit verbundene besondere Hilfs- und Unterstützungsbedürftigkeit reagieren. Dabei durfte er von einem typischerweise in dieser Altersphase auftretenden besonderen Aufwand bei der Betreuung von Kleinkindern ausgehen, ohne hinsichtlich seiner Gesetzgebungskompetenz etwa danach differenzieren zu müssen, ob Bezieher der Leistung im Einzelfall wirtschaftlich bedürftig sind. Beim Betreuungsgeld handelt es sich somit um eine öffentliche Fürsorgeleistung, für welche dem Bund eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 I Nr. 7 GG zukommt.

## **2. Erforderlichkeit nach Art. 72 II GG**

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen kann der Bund die in Art. 74 I GG genannten Materien jederzeit regeln. Sofern es sich um eine in Art. 72 II GG genannte Materie handelt – wie bei Art. 74 I Nr. 7 GG der Fall – jedoch nur dann, wenn eine bundeseinheitliche Regelung zur **Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse** im

Bundesgebiet, zur **Wahrung der Rechtseinheit** oder zur **Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich** ist.

#### **a) Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse**

Die Einführung des Betreuungsgeldes könnte zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet erforderlich sein. Eine Regelung ist in diesem Sinne erforderlich, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, dass bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickeln (BVerfGE 106, 62 (144)). Eine solche Entwicklung könnte sich daraus ergeben, dass bis heute in den Ländern große Unterschiede hinsichtlich der Verfügbarkeit öffentlicher und privater Angebote im Bereich der frühkindlichen Betreuung bestehen. Ungeachtet der Frage, ob damit hinsichtlich der Verfügbarkeit von öffentlich geförderten Betreuungsplätzen überhaupt eine nach Art. 72 Abs. II relevante Schlechterstellung der Einwohner bestimmter Länder vorliegt, bezweckt das eingeführte Betreuungsgeld aber gerade nicht, etwaige Engpässe bei der Verfügbarkeit von Betreuungsplätzen für Kleinkinder zu beheben, da es ja nicht als Ersatzleistung für den Fall gedacht ist, dass ein Kleinkind keinen Betreuungsplatz erhält. Der Anspruch auf Betreuungsgeld setzt nach § 4a BEEG nicht voraus, dass kein öffentlich geförderter Betreuungsplatz verfügbar ist; vielmehr genügt die bloße Nichtinanspruchnahme eines Betreuungsplatzes. Danach ist das Betreuungsgeld von vornherein nicht auf die Schließung einer Verfügbarkeitslücke gerichtet. Damit ist es aber, sofern man überhaupt davon ausgeht, dass sich die Lebensverhältnisse in den Ländern aufgrund der unterschiedlichen Betreuungsquote für Kleinkinder auseinander entwickeln, von vornherein ungeeignet einer solchen Rechtsentwicklung entgegenzuwirken.

Die Gewährung von Betreuungsgeld ist auch nicht nach Art. 72 II GG zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich, weil der Ausbau der Kindertagesbetreuung von Bund und Ländern seit Jahren gefördert und damit diese Form der frühkindlichen Betreuung bereits durch finanzielle Leistung unterstützt wird, so dass es einer Alternative zur Inanspruchnahme von Betreuung durch Dritte bedürfte. Die Annahme, dass die Einführung des Betreuungsgeldes erforderlich ist, um einen finanziellen Ausgleich zwischen den Familien herzustellen, die einen Betreuungsplatz in Anspruch nehmen und denjenigen, die ihre Kinder zu Hause betreuen wollen, trägt im Sinne des Art. 72 II GG nicht. Das Merkmal der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse zielt auf den Ausgleich spezifisch föderaler Nachteile der Einwohner einzelner Länder zur Vermeidung daraus resultierender Gefährdungen des bundesstaatlichen Sozialgefüges, nicht aber auf den Ausgleich sonstiger



Ungleichheiten. Wenn die Kleinkindertagesbetreuung durch Dritte stärker gefördert wird als die Betreuung von Kleinkindern im häuslichen Umfeld, so liegt darin kein spezifisch föderaler Nachteil.

#### **b) Wahrung der Rechtseinheit**

Die Einführung des Betreuungsgeldes könnte jedoch zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich sein. Eine bundesgesetzliche Regelung ist dann zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich, wenn und soweit aufgrund einer Gesetzesvielfalt in den Ländern eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen entsteht, die sowohl im Interesse des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann. Eine solche Gesetzesvielfalt in den Ländern ist allerdings nicht erkennbar, da sie weit überwiegend überhaupt keine vergleichbaren Regelungen kennen.

#### **c) Wahrung der Wirtschaftseinheit**

Zuletzt ist fraglich, ob das Betreuungsgeld zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn und soweit eine Regelung Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik ist, wenn also unterschiedliche Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich brächten (vgl. BVerfGE 106, 62 (146)). Die Einführung eines Bundesbetreuungsgeldes ist jedoch nicht Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik. Unterschiedliche Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder haben keine erkennbaren erheblichen Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich gebracht. Zudem setzt das Betreuungsgeld Anreize dazu, dass Eltern ihre Kinder zu Hause betreuen und dadurch dem Arbeitsmarkt fernbleiben. Insofern verursacht das Betreuungsgeld eher Nachteile für die Gesamtwirtschaft, beseitigt jedoch keine bestehenden Nachteile.

### **3. Ergebnis zur Gesetzgebungskompetenz**

Mangels Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung fehlt es an einer Voraussetzung für eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 74 I Nr. 4 GG. Andere einschlägige Gesetzgebungskompetenzen des Bundes sind nicht ersichtlich. Es fehlt somit bereits an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Einführung des Betreuungsgeldes.

## **B. Gesetzgebungsverfahren**

Darüber hinaus könnte auch das Gesetzgebungsverfahren nach den Art. 76 ff. GG nicht ordnungsgemäß verlaufen sein.

### **I. Gesetzesinitiative**

Gem. Art. 76 I GG können Gesetze von der Bundesregierung, vom Bundesrat oder aus der Mitte des Bundestages eingebracht werden. Vorliegend brachte die einzelne Abgeordnete A den eigentlich auf die Bundesregierung zurückzuführenden Gesetzesentwurf in den Bundestag ein. Fraglich ist zum einen, ob gem. Art. 76 I GG ein Gesetzesentwurf nur von einer Mehrzahl von Abgeordneten eingebracht werden kann und zum anderen, ob die Bundesregierung das gem. Art. 76 II GG vorgesehene Erfordernis vorheriger Zuleitung an den Bundesrat in zulässiger Weise „umgehen“ konnte, indem sie den Gesetzesentwurf über eine Abgeordnete und damit „aus der Mitte des Bundestages“ einbringen ließ.

Dies kommt zunächst darauf an, wie der Begriff aus der Mitte des Bundestages auszulegen ist. Der Bundestag hat (Art. 40 I S. 2 GG) in seiner Geschäftsordnung (§ 76 I GOBT) festgelegt, dass Gesetze von fünf vom Hundert der Mitglieder des Bundestages oder von einer Fraktion eingebracht werden können. Dieser Beschränkung des Initiativrechts genügt das vorliegende Gesetz nicht. Diese Verletzung der Geschäftsordnung des Bundestages könnte einen Verstoß gegen Art. 76 I GG zur Folge haben, da § 76 I GOBT einen verfassungsverdeutlichenden Inhalt hat, indem er den Wortlaut des GG „aus der Mitte des Bundestages“ konkretisiert. Allerdings könnte auch in diesem Fall der Verfahrensverstoß durch den Bundestagsbeschluss über die Beratung der Initiative oder letztlich über den Gesetzesbeschluss selbst geheilt worden sein. Die Vorschriften der GOBT (§126) sind disponibel und stehen insoweit diesem Lösungsweg nicht entgegen. Darüber hinaus könnte sich der Bundestag die Gesetzesinitiative durch die Beratungen – jedenfalls aber durch den Gesetzesbeschluss – zu Eigen gemacht haben. Diese Lösung entspricht dem Sinn und Zweck der durch § 76 GOBT vorgenommenen Beschränkung des Initiativrechts. Der Bundestag soll vor aussichtslosen Initiativen geschützt werden. Der Schutzzweck entfällt aber, wenn der Bundestag beschließt über die Entwürfe zu beraten.

Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass der Gesetzesentwurf ursprünglich von der Bundesregierung stammt, die mit dem gewählten Vorgehen das Gesetzgebungsverfahren beschleunigen wollte. Ein solches Verhalten ist zwar verfassungspolitisch unerwünscht, da es zur Folge hat, dass der Bundesrat um seine Rechte im ersten Durchgang gebracht wird. In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist es indes schwer zu beanstanden. Zum einen steht der Mitte

des Bundestages ein Initiativrecht zu und sie kann sich die Gesetzesvorlagen der Bundesregierung zu eigen machen und zum anderen, wird das Recht des Bundesrates – im Hinblick auf das Gebot der Organtreue – auch nicht vollständig ausgeschaltet, weil die Mitwirkungsrechte aus Art. 77 GG weiterhin unberührt bleiben. Wählt man zudem nicht eine solch formale Betrachtungsweise, würde dies dazu führen, dass der materielle Urheber der Gesetzesvorlage ermittelt werden müsste, was in der Praxis überaus problematisch wäre. Lediglich bei einem gezielten Missbrauch ist daher die Verfassungswidrigkeit dieser Praxis anzunehmen. Die Ausübung des Initiativrechts ist daher verfassungsgemäß erfolgt.

## **II. Beschluss des Bundestages**

Das Gesetz müsste gemäß Art. 77 I S. 1 GG i.V.m. § 78 I S. 1 GOBT nach drei Beratungen vom Bundestag mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Art. 42 II 1 GG) beschlossen worden sein. Dies ist zwar laut Sachverhalt der Fall, angesichts der geringen Zahl der anwesenden Abgeordneten (85) ist allerdings fraglich, ob der Bundestag überhaupt **beschlussfähig** war. Nach § 45 I GOBT ist der Bundestag beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder im Sitzungssaal anwesend ist (bei einer gesetzlichen Mitgliederzahl von 598 Mitgliedern vgl. Art. 38 III GG i.V.m. § 1 BWG also mindestens 300). Ist eine geringere Anzahl von Abgeordneten anwesend, führt dies jedoch nur dann zur Beschlussunfähigkeit, wenn diese auf Antrag einer Fraktion oder 5 % der Mitglieder des Bundestages positiv festgestellt wird (vgl. § 45 II und III GOBT). Solange es an dieser Feststellung fehlt, wird die Beschlussfähigkeit vermutet bzw. fingiert. Da ein Großteil der parlamentarischen Willensbildung bereits außerhalb des Plenums in den Ausschüssen erfolgt, und die Abgeordneten der Abstimmung regelmäßig nur dann fernbleiben, wenn ohnehin ein umfangreicher parlamentarischer Konsens besteht, stellt dies auch keinen Verstoß gegen das Demokratieprinzip dar. Vorliegend wurde die Beschlussunfähigkeit nicht ausdrücklich gerügt und festgestellt. Demnach steht die geringe Anzahl der Abgeordneten der Beschlussfähigkeit des Bundestages nicht entgegen. Ein ordnungsgemäßer Beschluss des Bundestages liegt somit vor.

## **III. Beteiligung des Bundesrates**

Laut Sachverhalt hat der Bundestag dem Gesetz die Zustimmung verweigert. Dies stünde dem Zustandekommen des Gesetzes indes nur dann entgegen, wenn das Gesetz auch der Zustimmung bedürft hätte. Nach der Konzeption des GG handelt es sich bei Bundesgesetzen im Grundsatz um Einspruchsgesetze. Ein Zustimmungsgesetz liegt nur dann vor, wenn das

GG ausdrücklich die Zustimmung des Bundesrates verlangt. Diese Fälle sind im Grundgesetz abschließend aufgezählt.

Als die Zustimmungspflicht auslösende Norm sind Art. 84 I S. 6 GG oder Art. 104a Abs. IV GG denkbar, allerdings enthalten die §§ 4a bis 4d BEEG keine Regelungen über das Verwaltungsverfahren, bei dem die Abweichungsmöglichkeit der Länder ausgeschlossen wird, und die Finanzierung des Betreuungsgeldes soll aus den Mitteln des Bundes erfolgen. Damit ist das Gesetz nicht zustimmungsbedürftig. Denkbar wäre allein, die verweigerte Zustimmung zumindest in einen Einspruch umzudeuten. Hiergegen spricht jedoch der Grundsatz der Formstrenge. Selbst wenn man eine solche Umdeutung zuließe, so wäre jedenfalls das obligatorische Vermittlungsverfahren gem. Art. 77 II S. 1 GG nicht durchgeführt worden.

Damit hat der Bundesrat im Ergebnis keinen wirksamen Einspruch eingelegt und das Gesetz ist gem. Art. 78 GG wirksam zustande gekommen.

### **C. Form**

Ausfertigung und Verkündung durch den Bundespräsidenten sind ordnungsgemäß erfolgt (s.o.) A.A. vertretbar.

### **D. Ergebnis der formellen Verfassungsmäßigkeit**

Die Einführung des Betreuungsgeldes ist mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes formell verfassungswidrig. Das Gesetzgebungsverfahren ist hingegen verfassungsgemäß abgelaufen.

### Fall 3: Rauchender Sechziger

L wendet sich gegen das Gesetz des Landes N. In Betracht kommt hier eine **Verfassungsbeschwerde**<sup>9</sup> gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG iVm §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG. Diese hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig (A) und begründet (B) ist.

#### A. Zulässigkeit

##### I. Beschwerdeberechtigung

L müsste zunächst beschwerdeberechtigt sein. Beschwerdeberechtigt ist gemäß § 90 BVerfGG grds. „**jedermann**“, also jedenfalls **jede natürliche Person**. L ist als natürliche Person damit auch beschwerdeberechtigt.

##### II. Beschwerdegegenstand

Die VB müsste gegen einen tauglichen Beschwerdegegenstand gerichtet sein. Tauglicher Beschwerdegegenstand ist gemäß § 90 I BVerfGG **jeder Akt der öffentlichen Gewalt**. Der Begriff der öffentlichen Gewalt umfasst dabei anders als in Art. 19 IV GG **alle drei Gewalten**, um so einen umfassenden Grundrechtsschutz im Sinne des Art. 1 III GG zu gewährleisten.<sup>10</sup>

Bei dem vorliegenden Gesetz, gegen das sich L wendet, handelt es sich um einen **Akt der Legislative**. Es ist damit ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

##### III. Beschwerdebefugnis

L müsste auch beschwerdebefugt sein. Dies ist gemäß § 90 I BVerfGG der Fall, wenn er durch das Gesetz **möglicherweise (1) selbst, gegenwärtig und unmittelbar (2)** in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt wird.<sup>11</sup>

##### 1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Eine Grundrechtsverletzung müsste zunächst möglich erscheinen. Eine solche Möglichkeit besteht, wenn der Grundrechtsverstoß nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen ist.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Lesen Sie zu dieser nach Möglichkeit auch *Erichsen*, Jura 1991, 585.

<sup>10</sup> *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht Rn 132.

<sup>11</sup> *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht Rn 215.

<sup>12</sup> BVerfGE 38, 139 (146); *Epping*, Grundrechte Rn 173.

### a) Geltung in „besonderen Gewaltverhältnissen“

Eine Grundrechtsverletzung könnte hier bereits dadurch ausgeschlossen sein, dass es sich um eine Regelung im Schulbereich handelt. Vor allem in den Anfangsjahren der Bundesrepublik wurde unter Anlehnung an die aus dem 19. Jahrhundert stammende Auffassung vom „**besonderen Gewaltverhältnis**“ die Ansicht vertreten, dass in den Bereichen, in denen der Einzelne dem Staat in besonderer Weise zugeordnet ist, eine Grundrechtsgeltung nicht in Betracht komme.<sup>13</sup> Neben den Betroffenen im Schulbereich sollte dies vor allem für sonstige Beamte, Soldaten und Strafgefangene gelten.

Die Ansicht wurde mit der besonderen Nähe des Einzelnen zum Staat begründet, die diesen quasi allein zu einem „**Rädchen im staatlichen System**“<sup>14</sup> mache, weshalb eine Grundrechtsgeltung ausscheiden müsse (quasi „Konfusionsargument“). Dieser Auffassung hat das BVerfG jedoch im Jahre 1972 zu Recht widersprochen.<sup>15</sup>

Aus **Art. 1 III GG** folge, dass die Grundrechte in allen Bereichen, für die Legislative, Exekutive und Judikative verbindlich seien. **Die Grundrechte gelten daher grds. auch im Bereich der „besonderen Gewaltverhältnisse“**. Eine Grundrechtsverletzung kommt nur dann nicht in Betracht, wenn es sich um eine Maßnahme handelt, die allein den internen Schulbetrieb regelt und nicht die persönliche Stellung des Einzelnen betrifft.<sup>16</sup> In diesem Fall wird jedoch die persönliche Rechtsstellung des L berührt. Da in diesem Bereich die Grundrechte volle Geltung beanspruchen, ist allein aufgrund seiner Stellung als Lehrer eine Grundrechtsverletzung nicht auszuschließen.

### b) Generelle Möglichkeit

Es ist damit nach allgemeinen Grundsätzen zu fragen, ob in diesem Fall eine Grundrechtsverletzung als möglich erscheint. Da es an einem speziellen „Rauchergrundrecht“ fehlt, kommt hier allein Art. 2 I GG in Betracht, der die **freie Entfaltung der Persönlichkeit** gewährleistet. Es erscheint dabei nicht ausgeschlossen, dass auch das Rauchen von dieser Entfaltungsmöglichkeit umfasst wird. Sollte dies der Fall sein, wird dem L somit ein geschütztes Verhalten verboten. Es erscheint daher jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass L durch das Rauchverbot in einem seiner Grundrechte verletzt wird.

<sup>13</sup> *Sachs*, Verfassungsrecht II, A 9 Rn 46 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Epping*, Grundrechte Rn 867.

<sup>15</sup> BVerfGE 33, 1 (9).

<sup>16</sup> *Epping*, Grundrechte Rn 868. Beispiel ist etwa die Regelung des Stundenplans oder die Klasseneinteilung.

## 2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar

L müsste auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Das BVerfG hat diese Voraussetzungen insbesondere für die Rechtssatz-VB entwickelt, um die strenge Subsidiarität der VB geltend zu machen.

**Selbstbetroffenheit** ist gegeben, wenn der Beschwerdeführer eigene Grundrechte geltend macht. Eine Prozessstandschaft ist also ausgeschlossen. Hier macht der L sein „Rauchrecht“ geltend, das durch das Gesetz berührt wird. Er ist also selbst betroffen.

Eine **gegenwärtige Betroffenheit** liegt vor, wenn der Beschwerdeführer schon oder noch in seinen Grundrechten betroffen ist. Da das Gesetz hier bereits in Kraft getreten ist, ist L auch gegenwärtig betroffen.

L müsste aber auch **unmittelbar** betroffen sein. Eine solche Unmittelbarkeit ist bei einer VB gegen Gesetze nur dann gegeben, wenn die grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkungen des Gesetzes ohne einen weiteren Vollzugsakt eintreten.<sup>17</sup> Es fehlt also vor allem dann an einer Unmittelbarkeit, wenn die jeweiligen Normen zu Eingriffen in die Grundrechte erst ermächtigen. Die Norm muss für eine unmittelbare Wirkung also „**selbstausführend**“ sein. Eine solche Wirkung haben vor allem **selbständige Ge- oder Verbote**,<sup>18</sup> da in diesen Fällen das Gesetz selbst ohne weitere Konkretisierung durch die Verwaltung ein bestimmtes Verhalten ge- oder verbietet. In diesem Fall wird das Rauchen an Schulen durch das Gesetz selbst untersagt. Eine Konkretisierung dieses Verbots ist durch die Verwaltung nicht mehr nötig. Daher ist L hier auch unmittelbar betroffen.

## IV. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

L müsste gemäß § 90 II BVerfGG den möglichen **Rechtsweg** ausschöpfen. Da es jedoch an einem Rechtsweg gegen Gesetze fehlt,<sup>19</sup> kann L sich ausnahmsweise direkt an das BVerfG wenden. Auch sonstige Möglichkeiten, den Grundrechtsverstoß zunächst durch die Fachgerichtsbarkeit überprüfen zu lassen (Subsidiarität), sind nicht ersichtlich.

---

<sup>17</sup> *Sachs*, Verfassungsprozessrecht Rn 487.

<sup>18</sup> *Sachs*, aaO; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 51 Rn 37.

<sup>19</sup> Vgl. *Manssen*, Staatsrecht II Rn 909.

## V. Form und Frist

L muss die VB schriftlich einlegen und begründen (§ 23 BVerfGG). Es besteht eine Frist von einem Jahr (§ 93 III BVerfGG).

## VI. Ergebnis

Die VB des L ist zulässig.

## B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde des L ist auch begründet, wenn dieser durch das Landesgesetz tatsächlich in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt wurde.

### I. Schutzbereich des Art. 2 I GG

#### 1. Persönlicher Schutzbereich

Art. 2 I GG ist ein **Menschenrecht**<sup>20</sup> und schützt damit jedenfalls jede natürliche Person. Dies gilt nach richtiger Ansicht auch für Personen im „besonderen Gewaltverhältnis“ (s.o.).<sup>21</sup> L fällt daher in den persönlichen Schutzbereich des Grundrechts.

#### 2. Sachlicher Schutzbereich

Die von L angestrebte Tätigkeit (also das Rauchen) müsste auch vom sachlichen Schutzbereich des Art. 2 I GG erfasst sein. Nach der ganz überwiegenden Ansicht schützt Art. 2 I GG umfassend die **allgemeine Handlungsfreiheit**.<sup>22</sup>

Grundrechtlich geschützt werden danach alle Handlungsmöglichkeiten, die nicht bereits Schutzgut eines anderen Grundrechts sind.<sup>23</sup> Auf eine besondere Schutzwürdigkeit der jeweiligen Handlung kommt es nicht an. Umfasst ist damit vom Schutzbereich nach dieser Ansicht auch das Rauchen.

Dieser weiten Auffassung widerspricht die auch heute noch vertretene **Persönlichkeitskerntheorie**.<sup>24</sup> Danach ist der Schutzbereich des Art. 2 I GG auf die Gewährleistung der engeren persönlichen, freilich nicht auf rein geistige und sittliche

---

<sup>20</sup> Ipsen, Staatsrecht II Rn 719.

<sup>21</sup> Dazu auch Hufen, Staatsrecht II, § 9 Rn 2.

<sup>22</sup> BVerfGE 6, 32; Sachs, Verfassungsrecht II, B 2 Rn 12; Ipsen, Staatsrecht II Rn 720.

<sup>23</sup> Ipsen, Staatsrecht II Rn 722; Manssen, Staatsrecht II Rn 220.

<sup>24</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts Rn 428.



Entfaltung beschränkter Lebenssphäre reduziert.<sup>25</sup> So will etwa *Grimm* den Schutz auf besonders wichtige Elemente der Persönlichkeit begrenzen, um so einer „**Banalisation der Grundrechte**“ vorzubeugen.<sup>26</sup> Ziel dieser Ansicht ist dabei auch, die durch die weite Auslegung bedingte Ausuferung der Verfassungsbeschwerde rückgängig zu machen.

Nach dieser Ansicht wäre das Rauchen folglich nicht vom Schutzbereich des Art. 2 I GG erfasst, da es kaum als ein besonders wichtiges Element der Persönlichkeit angesehen werden kann. Doch stößt diese letzte Auffassung auf Bedenken. Problematisch ist insbesondere, dass die Persönlichkeitskerntheorie zwischen schutzwürdigen und nicht schutzwürdigen Handlungen differenziert. **Der Schutz ist also nur selektiv**, während die erste Ansicht zunächst alle Verhaltensweisen in den Schutzbereich einbezieht. Für eine solche Abgrenzung fehlt es jedoch an Kriterien: „Nach welchem Maßstab soll zwischen Relevanz und Irrelevanz eines Verhaltens unterschieden werden?“<sup>27</sup>

Es erscheint ausgeschlossen, hier Entscheidungskriterien zu finden, die nicht von dem Vorverständnis der Entscheidungsinstanz vom Verhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft abhängig und damit einer **ideologischen Färbung** zugänglich wären.<sup>28</sup> In einer freien Gesellschaft muss es jedoch dem Einzelnen zustehen, kraft seiner Autonomie frei zu entscheiden, welche Zwecke er verfolgen will oder nicht will.<sup>29</sup> Daher kann allein die Auffassung überzeugen, die den Schutzbereich des Art. 2 I GG weit versteht und darunter jede Form menschlicher Bestätigung fasst.<sup>30</sup> Damit ist im Ergebnis **auch das Rauchen vom Schutzbereich des Art. 2 I GG erfasst**.

## II. Eingriff

Durch das Gesetz müsste auch in den Schutzbereich des Art. 2 I GG eingegriffen worden sein. Nach der klassischen Definition liegt ein Eingriff jedenfalls dann vor, wenn sich ein Rechtsakt **final und unmittelbar freiheitsverkürzend auf die Rechtssphäre des Bürgers** auswirkt.<sup>31</sup> In diesem Fall wird dem L durch das Gesetz das Rauchen verboten. Damit wird ihm ein Verhalten, das in den Schutzbereich des Art. 2 I GG fällt, unmittelbar durch einen Rechtsakt untersagt. Es liegt damit ein Eingriff vor.

<sup>25</sup> Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts Rn 428; *Grimm'sches* Sondervotum in BVerfGE 80, 137 (169).

<sup>26</sup> So *Grimm* in seinem Sondervotum in BVerfGE 80, 137 (168).

<sup>27</sup> *Epping*, Grundrechte Rn 536. Siehe auch *Hufen*, Staatsrecht II, § 14 Rn 6.

<sup>28</sup> *Ipsen*, Staatsrecht II Rn 726.

<sup>29</sup> *Ipsen*, Staatsrecht II Rn 726.

<sup>30</sup> So auch *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 27 Rn 3.

<sup>31</sup> *Schmidt*, Grundrechte 153.

### III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies wäre der Fall, soweit die Regelung des Gesetzes von den Schranken des Art. 2 I GG gedeckt ist.

#### 1. Generelle Einschränkung des Art. 2 I GG

Gemäß Art. 2 I GG besteht die allgemeine Handlungsfreiheit nur, soweit nicht die Rechte anderer verletzt werden oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird (**sog. Schrankentrias**).<sup>32</sup> Zentrale Bedeutung kommt hierbei dem Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ zu. Aufgrund der weiten Auslegung des Schutzbereiches umfasst diese Regelung nach der Ansicht des BVerfG **alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung im Einklang stehen**.<sup>33</sup> Damit unterliegt Art. 2 I GG letztlich einem **einfachen Gesetzesvorbehalt**.<sup>34</sup> Aufgrund dieser Auslegung kommt den „Rechten anderer“ und dem „Sittengesetz“ keine eigenständige Bedeutung mehr zu, da diese Bereiche bereits von der allgemeinen Rechtsordnung erfasst werden.<sup>35</sup> Erforderlich ist damit, dass das Gesetz formell und materiell verfassungsgemäß ist.

#### 2. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das Landesgesetz müsste formell verfassungsgemäß sein. Mangels anderer Angaben im Sachverhalt lässt sich allein die Zuständigkeit klären. Diese liegt für den Erlass eines Gesetzes grds. bei den Ländern, sofern nicht ausnahmsweise durch das GG eine Zuständigkeit des Bundes besteht. Hier handelt es sich um den Bereich des Schulrechts. Es findet sich im GG diesbezüglich keine Zuweisung an den Bund, vielmehr handelt es sich geradezu um eine „klassische“ Länderzuständigkeit. Das Gesetz ist damit **formell verfassungsgemäß**.<sup>36</sup>

#### 3. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Das Gesetz müsste auch materiell verfassungsgemäß sein. Dies setzt insbesondere voraus, dass es sich a) als verhältnismäßig darstellt. Zudem müssten b) auch die sonstigen materiellen Anforderungen erfüllt sein.

---

<sup>32</sup> Hufen, Staatsrecht II, § 14 Rn 20.

<sup>33</sup> BVerfGE 6, 32 (38).

<sup>34</sup> Hufen, Staatsrecht II, § 14 Rn 20 ff.

<sup>35</sup> Epping, Grundrechte Rn 553.

<sup>36</sup> Zur Zuständigkeitsverteilung siehe auch Reffken/Thiele, Standardfälle Staatsrecht I, Fall 3.

### a) **Verhältnismäßigkeit**

Das Gesetz muss verhältnismäßig sein. Dies setzt zunächst einen legitimen **Zweck** voraus. Dieser liegt hier laut Sachverhalt vor allem darin, nach Möglichkeit eine zu frühe Zigarettenabhängigkeit junger Schüler zu verhindern. Es geht also um Gesundheitsschutz. Dieser stellt ein legitimes Ziel dar. Mit dem Verbot des Zigarettenrauchens wird auch ein legitimes **Mittel** verwandt.

Das Gesetz müsste zur Erreichung des gesetzten Zweckes **geeignet** sein. Dies ist dabei dann der Fall, wenn es den Zweck zumindest fördert. Das Gesetz führt hier dazu, dass den Schülern zumindest während des Schultages das Rauchen nicht mehr möglich ist. Es ist daher auch geeignet, die Zahl der abhängigen Jugendlichen zu verringern, da diese während eines Großteils des Tages mit Zigaretten nicht mehr in Kontakt kommen.

Zudem müsste das Gesetz auch **erforderlich** sein. Dies wäre dann zu verneinen, wenn dem Gesetzgeber ein gleich wirksames aber weniger intensiv in die Handlungsfreiheit eingreifendes Mittel zur Verfügung stünde. Hier wäre vor allem daran zu denken, allein den Schülern das Rauchen zu verbieten und es den Lehrern etwa in besonderen Räumen weiterhin zu gestatten. Problematisch ist dann jedoch, dass die Zigaretten nicht gänzlich vom Schulgelände verschwinden würden. Zudem ließe es sich nicht vermeiden, dass Schüler die Lehrer immer wieder einmal mit Zigaretten sehen. Dadurch wird den Schülern zumindest teilweise suggeriert, dass das Rauchen eigentlich kein besonderes Problem darstelle. Hinzu kommt, dass sich auch der Zigarettenrauch im Gebäude verbreiten könnte. Daher erscheint eine solche Regelung weniger wirksam, als die vom Gesetzgeber getroffene.

Schließlich müsste das Verbot auch **angemessen** erscheinen. Es ist also abzuwägen zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der den Eingriff rechtfertigenden Gründe. Hier ist zu beachten, dass Lehrer in der Regel zwischen den Unterrichtsstunden Freistunden haben, in denen sie durchaus das Schulgelände verlassen können, um dort zu rauchen. Auf der anderen Seite geht es um die Gesundheit der Schülerinnen und Schüler, die durch eine frühe Zigarettenabhängigkeit gefährdet erscheint.

Besonders problematisch ist dabei, dass jüngere Schüler ohne ein solches Rauchverbot ständig mit dem Bild rauchender älterer Schüler und vor allem auch Lehrer konfrontiert werden. Insoweit ist es durchaus denkbar, dass sich hieraus eine gewisse Dynamik entwickelt,

die dazu führt, dass junge Schüler nur anfangen zu rauchen, um dazuzugehören und „cool“ zu sein. In Anbetracht dieser Überlegungen erscheint das vollständige Rauchverbot an Schulen jedenfalls **nicht offensichtlich fehlsam**, die Gedanken des Gesetzgebers sind nicht völlig abwegig. Daher ist das Gesetz als angemessen anzusehen und damit insgesamt verhältnismäßig.

#### **b) Sonstige materielle Anforderungen**

Auch sonstige materielle Verstöße sind nicht ersichtlich.

#### **IV. Ergebnis zu Art. 2 I GG**

Das Gesetz greift zwar in Art. 2 I GG ein, dieser Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Eine Verletzung des Art. 2 I GG liegt damit nicht vor. Damit ist die VB nicht begründet.

#### **C. Gesamtergebnis**

Die VB des L ist zulässig aber **unbegründet**.

### **Fall 4: Online-Durchsuchung**

Zu prüfen sind die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerden des P und der J vor dem Bundesverfassungsgericht gem. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG. Diese haben Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet sind.

**Hinweis:** Es empfiehlt sich vorliegend, die Verfassungsbeschwerden zusammen zu prüfen. Da sich beide gegen die gleichen Regelungen richten, besteht insoweit ein hinreichender Zusammenhang, so dass eine solche Darstellung verständlich bleibt. Sofern ein solcher Zusammenhang nicht gegeben sein sollte, kann oftmals zumindest die Zulässigkeit zusammen geprüft werden. Bei der Begründetheit müssen Sie dann aber trennen, schon wegen der unterschiedlichen Grundrechte.

## **A. Zulässigkeit**

### **I. Beschwerdeberechtigung**

J und P müssten zunächst beschwerdeberechtigt sein. Beschwerdeberechtigt ist gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG grds. „jedermann“. Jedermann → jeder, der fähig ist Träger von Grundrechten zu sein. Dies sind zumindest alle natürlichen Personen und demnach J und P.

### **II. Beschwerdegegenstand**

Beschwerdegegenstand kann nach Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein. Der Begriff der öffentlichen Gewalt umfasst dabei – anders als in Art. 19 IV GG – alle drei Gewalten, um einen dem Art. 1 III GG entsprechenden Grundrechtsschutz zu gewährleisten. Hier richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Regelung des § 5 VSG, insbesondere gegen § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG. Dabei handelt es sich um einen Akt der Legislative und damit um einen tauglichen Beschwerdegegenstand.

### **III. Beschwerdebefugnis**

J und P müssten ferner beschwerdebefugt sein. Das heißt, sie müssen geltend machen können, durch den Beschwerdegegenstand möglicherweise (1) in einem ihrer Grundrechte selbst, gegenwärtig und unmittelbar (2) verletzt zu sein (vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG).

#### **1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung**

Die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung besteht, wenn ein Grundrechtsverstoß nicht von vornherein offensichtlich ausgeschlossen ist. Vorliegend erlaubt die Regelung des § 5 Abs. 2

Nr. 11 VSG das heimliche Beobachten und sonstiges Aufklären des Internets, wie insbesondere die verdeckte Teilnahme an seinen Kommunikationseinrichtungen. Es erscheint dabei nicht ausgeschlossen, dass zumindest das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG zumindest im Grundsatz auch vor einer solchen „online-Durchsuchung“ schützt. Zudem erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass durch eine solche Tätigkeit auch der Schutzbereich des Art. 13 und des Art. 10 GG berührt wird. Im Hinblick auf eine Rechtfertigung bestehen Bedenken zu einen im Hinblick auf die mögliche Bestimmtheit der Norm. Unklar ist zudem, ob sie auch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügt. Eine Grundrechtsverletzung kann damit nicht ausgeschlossen werden.

**Hinweis:** An dieser Stelle der Prüfung müssen Sie bereits den Sachverhalt aufnehmen. Sie müssen eine mögliche Grundrechtsverletzung prüfen und eine solche liegt dann vor, wenn der Schutzbereich möglicherweise eröffnet ist und möglicherweise ein Eingriff vorliegt (Die Frage einer Rechtfertigung wird dann regelmäßig erst im Rahmen der Begründetheit vorgenommen). Ohne eine vollständige Prüfung wie im Anschluss im Rahmen der Begründetheit vorzunehmen, müssen Sie also hier bereits die Probleme zumindest andeuten, wozu es zwingend erforderlich ist, den Sachverhalt kurz zu skizzieren.

## **2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar**

J und P müssten durch die Regelung des § 5 VSG auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Sie machen jeweils eigene Grundrechte geltend und sind daher selbst betroffen. Sie müssten auch gegenwärtig betroffen sein. Dies ist der Fall, wenn sie geltend machen können, dass sie mit einiger Wahrscheinlichkeit durch die auf den angegriffenen Rechtsnormen beruhenden Maßnahmen in ihren Grundrechten berührt werden. Es kann also nicht praktisch jedermann geltend machen, durch die Regelung des § 5 VSG gegenwärtig betroffen zu sein.

**Hinweis:** Es muss also auch bei Gesetzen, die im Grundsatz jedermann betreffen können, der Nachweis gelingen, dass für den Beschwerdeführer eine über diese allgemeine Gefahr eine hinreichend konkrete Eingriffsgefahr vorliegt.

J ist vorliegend Journalistin, die sich im Rahmen ihrer Tätigkeit auch auf Internetpräsenzen aufhält, die von verfassungsfeindlichen Personen besucht werden. Zudem speichert sie teilweise Informationen über rechtsextremistische Personen auf ihrer Festplatte. Damit erscheint es nicht ausgeschlossen, dass J auch in der nächsten Zeit mit Maßnahmen nach § 5 VSG in Berührung kommt. Sie ist daher gegenwärtig betroffen. Dies gilt im Ergebnis auch für

P, der in einer Partei Mitglied ist, die bereits gegenwärtig vom Verfassungsschutz überwacht wird. Da er das Internet für seine politische Tätigkeit nutzt, besteht damit auch hier bereits heute die Möglichkeit, dass Maßnahmen nach § 5 VSG gegen ihn gerichtet werden.

J und P müssten auch unmittelbar betroffen sein. Eine solche Betroffenheit liegt dann vor, wenn es zur Verwirklichung des Grundrechtseingriffs keines weiteren Vollzugsaktes bedarf. Das ist vorliegend der Fall. Sie sind daher unmittelbar betroffen.

**Hinweis:** Die unmittelbare Betroffenheit kann vor allem im Falle sog. Verweisungsnormen fehlen. Auch im Urteil des BVerfG fehlte es aus diesem Grund bei einigen Normen an der notwendigen Unmittelbarkeit. So erlaubte § 13 VSG der Verfassungsschutzbehörde, Daten in gemeinsame Dateien einzustellen, die nach Maßgabe von bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften geführt werden. Hier könnten erst aufgrund dieser anderen Vorschriften Maßnahmen stattfinden, die als Grundrechtseingriffe anzusehen seien. Die Öffnungsnorm des § 13 VSG laufe hingegen ohne die in Bezug genommenen Detailregelungen leer und sei daher für sich genommen grundrechtlich irrelevant.

#### **IV. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität**

Nach § 90 II BVerfGG ist vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde zunächst der Rechtsweg auszuschöpfen. Ein ordentlicher Rechtsweg gegen Gesetze besteht jedoch nicht. Auch sonstige Möglichkeiten für J und P zunächst die Fachgerichtsbarkeit mit dem Fall zu befassen (Subsidiarität), sind vorliegend nicht ersichtlich.

**Hinweis:** Eine Subsidiarität ist auch bei VB gegen Gesetze dann gegeben, wenn es dem Beschwerdeführer zumutbar ist, Rechtsschutz durch die Anrufung der Fachgerichte zu erlangen. So war in diesem Fall eine VB unmittelbar gegen die nach der Ansicht der Beschwerdeführer vom Gesetz vorgesehene Speicherung nicht mehr benötigter Daten unzulässig. Wie weitgehend das Gesetz die Löschung solcher Daten ausschließt, bedürfe nämlich zunächst einfachrechtlich der Klärung durch die Behörden und Fachgerichte. Generell enthalte das Gesetz keine ausdrücklichen Regelungen über den Umgang mit nicht mehr benötigten elektronischen Sachakten, so dass die Rechtslage insoweit nicht eindeutig sei. Auch gegen Rechtsverordnungen besteht kein ordentlicher Rechtsweg. Im Grundsatz ist also eine unmittelbare Verfassungsbeschwerde auch gegen RVO zulässig. Indes ist hier eine mögliche Subsidiarität ausführlicher zu prüfen. So ist vor allem im Falle von Bundesrechtsverordnungen an eine (negative) Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten zu denken.

#### **V. Form und Frist**

J und P müssten die Form des § 23 I BVerfGG (schriftlich und begründet) und die Jahresfrist des § 93 III BVerfGG einhalten. Im Hinblick auf die Wahrung der Form ist es erforderlich, dass der Beschwerdeführer darlegt, mit welchen verfassungsrechtlichen Anforderungen die angegriffene Maßnahme kollidiert. Dazu muss aufgezeigt werden, inwieweit sie die

bezeichneten Grundrechte verletzen soll. Diese Anforderungen sind bei J und P jedenfalls im Hinblick auf die Maßnahme nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG erfüllt. Insoweit ist die VB daher ordnungsgemäß erhoben. Die Frist ist bei dieser neuen Regelung von J und P eingehalten.

**Hinweis:** Die Frist kann nach Ansicht des BVerfG auch dann gewahrt sein, wenn sie sich gegen eine an sich ältere Regelung richtet, diese alte Regelung aber durch neue Regelungen auf die danach zulässigen Maßnahmen erstreckt wird. So war vorliegend auch eine VB gegen den alten § 17 VSG insoweit zulässig, als dessen Anwendungsbereich auf die neu geregelten Maßnahmen erstreckt wurde. Darin liege nämlich eine neue grundrechtliche Beschwer, für welche die Beschwerdefrist neu in Gang gesetzt werde. Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn eine alte Norm allein durch eine Novelle erneut in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen wird. Hierdurch wird die Beschwerdefrist nicht neu in Gang gesetzt.

## **VI. Ergebnis**

Die Verfassungsbeschwerden sind damit zulässig. Von einer Annahme zur Entscheidung gem. § 93a BVerfGG ist auszugehen.

## **B. Begründetheit**

Die Verfassungsbeschwerde der J und des P sind begründet, wenn sie durch die Regelung des § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG tatsächlich in einem ihrer Grundrechte oder den in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten grundrechtsgleichen Rechten verletzt sind.

## **I. Verletzung des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG**

In Betracht kommt eine Verletzung des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG i.V.m. 1 I GG.

**Hinweis:** Im Folgenden wird sofort mit der Prüfung des Art. 2 I GG begonnen. Denkbar und vielleicht sogar systematisch „sauberer“ wäre es auch, zunächst mit den klassischen Grundrechten aus Art. 10 GG und Art. 13 GG zu beginnen, da das „neue“ Grundrecht allein eine Lücke füllen soll, die von diesen nicht erfasst wird. Andererseits ist dies nicht im Sinne einer Subsidiarität zu verstehen, da es allein um eine Abgrenzung von Schutzbereichen geht. Vorliegend wird daher sogleich Art. 2 I GG geprüft, da hier der Schwerpunkt der Klausur liegen sollte. Wenn Sie mit anderen Grundrechten beginnen, müssen Sie ansonsten oftmals nach oben verweisen.

## **1. Eröffnung des Schutzbereiches**



In persönlicher Hinsicht enthält Art. 2 I i.V.m. 1 I GG keine Einschränkungen. Es müsste jedoch auch der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eröffnet sein. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist im GG nicht ausdrücklich erwähnt. Das BVerfG – das die normative Grundlage dieses Rechts in Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG sieht – geht davon aus, dass dem Einzelnen durch dieses Recht ein autonomer Bereich privater Lebensgestaltung gesichert wird, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Die Rechtsprechung hat dabei im Laufe der Zeit den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Herausarbeitung einzelner Rechte weiter aufgefächert (Eine Aufzählung im Einzelnen erfolgt bei *Dreier*, in: ders., GG-Kommentar Bd. 1, Art. 2 I GG Rn. 68 ff.). Zu nennen sind etwa das Recht am eigenen Bild und am eigenen Wort oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Diese Entwicklung des Umfangs des Schutzbereichs ist indes nicht abgeschlossen, sondern muss aktuellen Gefährdungen und Entwicklungen angepasst werden. Zu beachten ist insoweit, dass die zunehmende Verbreitung vernetzter informationstechnischer Systeme für den Einzelnen neben neuen Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung auch neue Persönlichkeitsgefährdungen mit sich bringt. Solche Gefährdungen ergeben sich bereits daraus, dass komplexe informationstechnische Systeme ein breites Spektrum von Nutzungsmöglichkeiten eröffnen, die sämtlich mit der Erzeugung, Verarbeitung und Speicherung von Daten verbunden sind. Werden diese Daten von Dritten erhoben und ausgewertet, so kann dies weitreichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Nutzers bis hin zu einer Profilbildung ermöglichen. Bei einem vernetzten, insbesondere an das Internet angeschlossenen System werden diese Gefährdungen in verschiedener Hinsicht vertieft. Zum einen führt die Vernetzung dazu, dass gegenüber einem alleinstehenden System eine noch größere Vielzahl und Vielfalt von Daten erzeugt, verarbeitet und gespeichert werden. Vor allem aber eröffnet die Vernetzung des Systems Dritten eine technische Zugriffsmöglichkeit, die genutzt werden kann, um die auf dem System vorhandenen Daten auszuspähen oder zu manipulieren. Das aus dieser Situation folgende erhebliche grundrechtliche Schutzbedürfnis wird weder durch Art. 10 GG noch durch Art. 13 GG ausreichend erfasst.

Der Schutz des Art. 10 GG erfasst Telekommunikation, einerlei, welche Übermittlungsart und welche Ausdrucksform genutzt werden. Der Grundrechtsschutz des Art. 10 GG erstreckt sich allerdings nicht auf die nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Telekommunikation, soweit dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff treffen kann. Der Schutz besteht zudem dann nicht, wenn eine staatliche Stelle

die Nutzung eines informationstechnischen Systems als solche überwacht, oder die Speichermedien des Systems durchsucht. Art 10 GG greift mithin allein dann, wenn sich die Überwachung ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränkt. Soweit dies vorliegend ermöglicht wird, ist also hier der Schutzbereich des Art. 10 GG eröffnet (s.u.).

Art. 13 GG schützt die räumliche Sphäre, in der sich Privatleben entfaltet. Dies schützt zwar auch vor der Überwachung der Nutzung eines informationstechnischen Systems in der Wohnung durch die Messung elektromagnetischer Abstrahlungen. Art. 13 GG vermittelt dem Einzelnen allerdings keinen generellen, von den Zugriffsmöglichkeiten unabhängigen Schutz gegen die Infiltration seines informationstechnischen Systems, auch wenn sich dieses in der Wohnung befinden sollte. Denn der Eingriff kann ganz unabhängig vom Standort erfolgen, so dass ein raumbezogener Schutz nicht in der Lage ist, die spezifische Gefährdung abzuwehren. Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vermag die aktuellen Bedrohungen nicht (vollständig) zu erfassen. Denn dieses Recht berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen ist und dabei dem System persönliche Daten anvertraut oder schon allein durch dessen Nutzung zwangsläufig liefert. Ein Dritter, der auf ein solches System zugreift, kann sich einen potentiell äußerst großen und aussagekräftigen Datenbestand verschaffen, ohne noch auf weitere Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsmaßnahmen angewiesen zu sein. Dieser Zugriff geht in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen, vor denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt, weit hinaus.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Schutzbedarf in seiner lückenlosen Funktion über seine bisher anerkannten Ausprägungen hinaus dadurch Rechnung trägt, dass es die Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme gewährleistet, soweit kein hinreichender Schutz vor Persönlichkeitsgefährdungen besteht, die sich daraus ergeben, dass der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung informationstechnischer Systeme angewiesen ist. Art. 2 I GG iVm. Art. 1 I GG umfasst folglich das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme. Dieses Grundrecht schützt insbesondere das Interesse des Nutzers, dass die von einem informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben. Damit ist auch vorliegend der Schutzbereich in sachlicher Hinsicht eröffnet.

**Hinweis:** Das neue Grundrecht ist also ein „Lückenfüller“ und greift nur dort, wo der bisherige Schutz unzureichend war. Sofern Eingriffe mit den „alten“ Grundrechten vollständig erfasst werden können, spielt es also keine Rolle.

Zudem: Dies war natürlich eine sehr ausführliche Darstellung des Schutzbereiches. In einer Klausur könnte dies also auch kürzer ausfallen. Entscheidend ist aber auch dann, dass Sie die Gefährdungslage darstellen und eine kurze Abgrenzung zu Art. 10 („Schützt die Kommunikation selbst“) und Art. 13 GG („Schützt die räumliche Privatsphäre“) vornehmen. Deutlich sollte auch werden, dass dieses „neue Grundrecht“ allein der Lückenfüllung dient.

## **2. Eingriff**

Die Regelung des § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG müsste auch einen Eingriff darstellen. Vorliegend ermöglicht § 5 VSG den Zugriff auf entsprechende Daten sowohl zu repressiven als auch zu präventiven Zwecken. Ein Eingriff liegt damit vor.

## **3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist nicht schrankenlos. Einschränkungen bedürfen indes einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage.

### **a) Verfassungsmäßige Rechtsgrundlage**

§ 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG müsste als gesetzliche Grundlage auch verfassungsgemäß sein.

#### **(1) Generelle Einschränkung des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG**

Fraglich ist zunächst, welchen Schranken das (von der Rechtsprechung entwickelte) allgemeine Persönlichkeitsrecht und dessen verschiedene Ausprägungen überhaupt unterliegt. Angesichts der Grundlage des Rechts in Art. 2 I GG erscheint es einleuchtend, auch hier für Beschränkungen die Schrankentrias des Art. 2 I GG heranzuziehen. Das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme unterliegt mithin einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Die insbesondere im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu beachtenden Anforderungen steigen jedoch in dem Maße, in dem sich der Eingriff dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts nähert.

## **(2) Formelle Verfassungsmäßigkeit**

§ 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG müsste formell verfassungsgemäß sein. Vorliegend ist keine Zuweisung der Materie an den Bund ersichtlich. Das Land N war damit zuständig. Für mögliche Fehler im Gesetzgebungsverfahren enthält der Sachverhalt keine Angaben.

## **(3) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Die Regelung müsste auch materiell verfassungsgemäß sein. Bedenken bestehen vorliegend im Hinblick auf die notwendige Bestimmtheit und auf die Wahrung des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

### **aa) Normenklarheit und Bestimmtheit**

Fraglich ist, ob die Norm hinreichend bestimmt ist. Das Bestimmtheitsgebot findet seine Grundlage im Rechtsstaatsprinzip. Es soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können. Ferner sichern Klarheit und Bestimmtheit der Norm, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann (vgl. BVerfGE 110, 33 (52 ff.); 113, 348 (375 ff.)). Mit dem Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit ist nicht vereinbar, dass § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG für die Verweisung auf das Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz darauf abstellt, ob eine Maßnahme in Art. 10 GG eingreift. Die Antwort auf die Frage, in welche Grundrechte Ermittlungsmaßnahmen der Verfassungsschutzbehörde eingreifen, kann komplexe Abschätzungen und Bewertungen erfordern. Zu ihnen ist zunächst und vorrangig der Gesetzgeber berufen. Seiner Aufgabe, die einschlägigen Grundrechte durch entsprechende gesetzliche Vorkehrungen zu konkretisieren, kann er sich nicht entziehen, indem er durch eine bloße tatbestandliche Bezugnahme auf ein möglicherweise einschlägiges Grundrecht die Entscheidung darüber, wie dieses Grundrecht auszufüllen und umzusetzen ist, an die normvollziehende Verwaltung weiterreicht. Eine derartige "salvatorische" Regelungstechnik genügt dem Bestimmtheitsgebot nicht bei einer Norm wie § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG, die neuartige Ermittlungsmaßnahmen vorsieht, welche auf neuere technologische Entwicklungen reagieren sollen. Auch der Verweis auf das Gesetz zu Art. 10 GG genügt nicht den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot. § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG verweist auf die "Voraussetzungen" des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz. Die Norm lässt damit

weitgehend im Unklaren, auf welche Teile des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz verwiesen werden soll. Ihr lässt sich nicht entnehmen, ob unter den Voraussetzungen dieses Gesetzes nur die in § 3 G 10 geregelte materielle Eingriffsschwelle zu verstehen ist oder ob auch weitere Vorschriften in Bezug genommen werden sollen. So könnten auch die Verfahrensregelungen der §§ 9 ff. G 10 zu den Voraussetzungen eines Eingriffs nach diesem Gesetz gezählt werden. Zumindest denkbar wäre sogar, die Verweisung noch weitergehend auf sowohl die materiellen Eingriffsschwellen als auch sämtliche Verfahrensvorkehrungen des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz zu beziehen, wie dies die nordrhein-westfälische Landesregierung vorschlägt. Danach wären auch die in § 4 G 10 enthaltenen Regelungen über den Umgang mit erhobenen Daten und die Normen der §§ 14 ff. G 10 über die parlamentarische Kontrolle erfasst, obwohl diese Normen Regelungen enthalten, die erst nach einem Eingriff zu beachten sind und daher sprachlich kaum zu den Eingriffsvoraussetzungen gezählt werden können. Es ist nicht ersichtlich, dass die unbestimmte Fassung des Gesetzes besonderen Regelungsschwierigkeiten geschuldet wäre. Dem Gesetzgeber wäre ohne weiteres möglich gewesen, in der Verweisungsnorm einzelne Vorschriften des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz aufzuzählen, auf die verwiesen werden soll.

#### **bb) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Fraglich ist ob § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG darüber hinaus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Mit der Novellierung des Verfassungsschutzgesetzes wurde nach der Gesetzesbegründung insbesondere auch das Ziel verfolgt, eine effektive Terrorismusbekämpfung durch die Verfassungsschutzbehörde angesichts neuer, insbesondere mit der Internetkommunikation verbundener, Gefährdungen sicherzustellen. Der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme ist geeignet, diesen Zielen zu dienen. Mit ihm werden die Möglichkeiten der Verfassungsschutzbehörde zur Aufklärung von Bedrohungslagen erweitert. Bei der Beurteilung der Eignung ist dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Einschätzungsspielraum eingeräumt (vgl. BVerfGE 77, 84 (106); 90, 145 (173); Journalistin, die sich im Rahmen ihrer Tätigkeit auch auf Internetpräsenzen aufhält, die von heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme verletzt auch den Grundsatz der Erforderlichkeit nicht. Im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative durfte der Gesetzgeber annehmen, dass kein ebenso wirksamer, aber den Betroffenen weniger belastender Weg gegeben ist, die auf solchen Systemen vorhandenen Daten zu erheben. Grundsätzlich ist zwar eine - im Verfassungsschutzgesetz nicht vorgesehene - offene Durchsuchung des Zielsystems gegenüber dem heimlichen Zugriff als milderes Mittel anzusehen (vgl. Hornung, DuD 2007,

S. 575 (580)). Hat die Verfassungsschutzbehörde jedoch im Rahmen ihrer Aufgabenstellung einen hinreichenden Grund, die auf den Speichermedien eines informationstechnischen Systems abgelegten Dateien umfassend - unter Einschluss verschlüsselter Daten - zu sichten, über einen längeren Zeitraum Änderungen zu verfolgen oder die Nutzung des Systems umfassend zu überwachen, so sind mildere Mittel, diese Erkenntnisziele zu erreichen, nicht ersichtlich.

Problematisch ist indes, ob die Regelung auch als angemessen angesehen werden kann. Dieses Gebot der Angemessenheit verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf (vgl. BVerfGE 90, 145 (173); 109, 279 (349 ff.); 113, 348 (382); stRspr). Der Gesetzgeber hat das Individualinteresse, das durch einen Grundrechtseingriff beschnitten wird, den Allgemeininteressen, denen der Eingriff dient, angemessen zuzuordnen. Die Prüfung an diesem Maßstab kann dazu führen, dass ein Mittel nicht zur Durchsetzung von Allgemeininteressen angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Grundrechtsbeeinträchtigungen schwerer wiegen als die durchzusetzenden Belange (vgl. BVerfGE 115, 320 (345 f.); BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 (2469)).

§ 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG ermächtigt zu Grundrechtseingriffen von hoher Intensität. Eine staatliche Datenerhebung aus komplexen informationstechnischen Systemen weist ein beträchtliches Potential für die Ausforschung der Persönlichkeit des Betroffenen auf. Dies gilt bereits für einmalige und punktuelle Zugriffe wie beispielsweise die Beschlagnahme oder Kopie von Speichermedien solcher Systeme (vgl. zu solchen Fallgestaltungen etwa BVerfGE 113, 29; 115, 166; 117, 244). Das Gewicht des Grundrechtseingriffs ist zudem von besonderer Schwere, wenn - wie dies die angegriffene Norm vorsieht - eine heimliche technische Infiltration die längerfristige Überwachung der Nutzung des Systems und die laufende Erfassung der entsprechenden Daten ermöglicht. Die Eingriffsintensität des geregelten Zugriffs wird weiter durch dessen Heimlichkeit bestimmt. In einem Rechtsstaat ist Heimlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen die Ausnahme und bedarf besonderer Rechtfertigung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2007 - 1 BvR 1550/03 u.a. -, NJW 2007, S. 2464 (2469 f.)).

Angesichts der Schwere dieser möglichen Grundrechtseingriffe wäre es erforderlich gewesen, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um die Interessen des Betroffenen verfahrensrechtlich abzusichern. Insbesondere bedürfen solch heimliche Zugriffe grundsätzlich einer vorherigen gerichtlichen Entscheidung. Eine solche ist in § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG indes nicht vorgesehen.

Zudem können solch schwerwiegende Eingriffe nur dann gerechtfertigt sein, wenn die Eingriffsermächtigung ihn davon abhängig macht, dass tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen. Auch insoweit ist die Norm viel zu weit und verstößt daher gegen den Grundsatz der Angemessenheit. Zudem fehlt es an Vorkehrungen, die verhindern, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung vorgenommen werden.

## **b) Ergebnis**

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

## **II. Art. 10 Abs. 1 GG**

In Betracht kommt zudem eine Verletzung des Art. 10 Abs. 1 GG.

### **1. Schutzbereich**

Der Schutzbereich ist sowohl in persönlicher als auch in sachlicher Hinsicht eröffnet. Die Regelung ermöglicht auch die Überwachung von Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang (s.o.).

### **2. Eingriff**

In den Schutzbereich wird auch eingegriffen.

### **3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

#### **a) Verfassungsmäßige Rechtsgrundlage**

##### **(1) Generelle Einschränkbarkeit**

Art. 10 Abs. 1 GG unterliegt nach Art. 10 II GG einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Das Gesetz ist auch formell verfassungsgemäß.

##### **(2) Materielle Verfassungsmäßigkeit**

Das Gesetz müsste auch materiell verfassungsgemäß sein.

##### **aa) Bestimmtheit/Normenklarheit**

Das Gesetz verstößt gegen den Grundsatz der Normenklarheit (s.o.).

### **bb) Verhältnismäßigkeit**

Fraglich ist, ob das Gesetz im Hinblick auf Art. 10 Abs. 1 GG als verhältnismäßig angesehen werden kann. Vorliegend wiegt der Eingriff schwer. Auf der Grundlage der Norm kann die Verfassungsschutzbehörde auf Kommunikationsinhalte zugreifen, die sensibler Art sein und Einblicke in die persönlichen Angelegenheiten und Gewohnheiten des Betroffenen zulassen können. Ein derart schwerwiegender Eingriff hätte zumindest die Normierung einer qualifizierten materiellen Eingriffsschwelle vorausgesetzt. Daran fehlt es aber vorliegend. Auch sind keine Vorkehrungen zum Schutz des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung getroffen worden. Daher ist das Gesetz auch insoweit unverhältnismäßig.

### **cc) Zitiergebot**

Zuletzt ist fraglich, ob die Regelung den Anforderungen des Zitiergebots gerecht wird, soweit ein Eingriff in Art. 10 GG vorliegt. Danach muss ein Gesetz dasjenige Grundrecht unter Angabe seines Artikels benennen, das durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes eingeschränkt wird. Das Zitiergebot erfüllt eine Warn- und Besinnungsfunktion (vgl. BVerfGE 64, 72 (79 f.)). Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll gesichert werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vorsieht, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt (vgl. BVerfGE 5, 13 (16); 85, 386 (404)). Die ausdrückliche Benennung erleichtert es auch, die Notwendigkeit und das Ausmaß des beabsichtigten Grundrechtseingriffs in öffentlicher Debatte zu klären. Nicht ausreichend ist hingegen, dass der Gesetzgeber sich des Grundrechtseingriffs bewusst war, wenn sich dies im Gesetzestext nicht niedergeschlagen hat (vgl. BVerfGE 113, 348 (366 f.)). Die angegriffene Norm wahrt das Zitiergebot im Hinblick auf Art. 10 Abs. 1 GG nicht. Entgegen der Ansicht der nordrhein-westfälischen Landesregierung genügt die angegriffene Norm den Anforderungen nicht schon deshalb, weil § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG durch die Verweisung auf das Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz darauf hindeuten mag, dass der Gesetzgeber einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis für möglich gehalten hat. Dem Zitiergebot ist nur Rechnung getragen, wenn das Grundrecht im Gesetzestext ausdrücklich als eingeschränkt benannt wird. Im Übrigen ergibt sich angesichts des Umstands, dass § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG zwei unterschiedliche Eingriffsermächtigungen enthält, aus dem Gesetz keineswegs mit hinreichender Deutlichkeit, für welche von ihnen der Gesetzgeber zumindest mit der Möglichkeit eines Eingriffs in Art. 10 GG gerechnet hat.



**C. Ergebnis**

Die Verfassungsbeschwerden der J und des P sind zulässig und begründet und haben daher Aussicht auf Erfolg.

**Rechtsprechung:** BVerfGE 64, 261 ff.; 45, 187 ff.; 25, 202 ff.; 120, 274