



Mit dieser Datei – die wöchentlich aktualisiert wird – möchten wir Sie über die aktuelle Rechtsprechung im öffentlichen Recht sowie geplante Gesetzesvorhaben auf dem Laufenden halten.

Die Datei besteht neben zahlreichen Presseveröffentlichungen unter anderem aus den wöchentlich erscheinenden Pressemitteilungen des BVerwG und des BVerfG und wird von uns in Hinblick auf die Examensrelevanz analysiert sowie im Kurs ausführlich besprochen.

Viel Spaß beim Lesen!

Harald Langels

# Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

---

## Neuregelung der "Pendlerpauschale" verfassungswidrig

---

Die Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte konnten bis zum Jahr 2006 als Werbungskosten nach § 9 EStG oder als Betriebsausgaben nach § 4 EStG bei den einkommensteuerpflichtigen Einkünften abgezogen werden. Dies geschah grundsätzlich in Form einer von tatsächlich entstandenen Kosten unabhängigen Pauschale je Arbeitstag in Höhe von zuletzt 0,30 € pro Entfernungskilometer (Entfernungspauschale, sog. Pendlerpauschale). Mit Wirkung ab 2007 bestimmte der Gesetzgeber in § 9 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 EStG (entsprechend auch in § 4 Abs. 5a EStG), dass die Aufwendungen für die Wege zur regelmäßigen Arbeitsstätte keine Werbungskosten sind (Satz 1), dass aber "zur Abgeltung erhöhter Aufwendungen" für Fahrten ab dem 21. Entfernungskilometer eine Pauschale von 0,30 € "wie Werbungskosten" anzusetzen ist (Satz 2). Die grundsätzliche Einführung des sog. Werkstorprinzips nach Satz 1 wurde im Gesetzgebungsverfahren mit dem Ziel notwendiger Konsolidierung des übermäßig verschuldeten Staatshaushalts (durch erwartete jährliche Mehreinnahmen von rund 2,53 Mrd €) begründet, die verbliebene Abzugsfähigkeit der erhöhten Aufwendungen für längere Wegstrecken als ergänzende Härtefallregelung.

Auf die Vorlagen der Finanzgerichte Niedersachsens und des Saarlandes sowie des Bundesfinanzhofs entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, dass diese Neuregelungen mangels verfassungsrechtlich tragfähiger Begründung mit den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG an eine folgerichtige Ausgestaltung einkommensteuerrechtlicher Belastungsentscheidungen nicht vereinbar und verfassungswidrig sind. Der Gesetzgeber ist danach verpflichtet, rückwirkend auf den 1. Januar 2007 die Verfassungswidrigkeit durch Umgestaltung der Rechtslage zu beseitigen. Bis zur gesetzlichen Neuregelung ist die Pauschale des § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG - vorläufig - ohne die Beschränkung auf Entfernungen erst ab dem 21. Kilometer anzuwenden.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

1. Der allgemeine Gleichheitssatz des Grundgesetzes verlangt vom Einkommensteuergesetzgeber eine an der finanziellen Leistungsfähigkeit ausgerichtete hinreichend folgerichtige Ausgestaltung seiner Belastungsentscheidungen. Nach dem geltenden Einkommensteuerrecht wird die finanzielle Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen grundsätzlich nach der Höhe seines jährlichen Nettoeinkommens bemessen, d.h., nach der Höhe der Einnahmen abzüglich beruflich bzw. betrieblich veranlasster Aufwendungen (sog. objektives Nettoprinzip) sowie abzüglich weiterer, nicht beruflich, sondern privat veranlasster Aufwendungen, insbesondere abzüglich der Aufwendungen für das Existenzminimum des Steuerpflichtigen und seiner unterhaltsberechtigten Familienangehörigen (sog. subjektives Nettoprinzip). Entscheidend für die steuermindernde Abzugsfähigkeit von Aufwendungen ist danach grundsätzlich deren jeweiliger Veranlassungszusammenhang.

Die Einführung des sog. Werkstorprinzips, nach dem nicht die berufliche oder private Veranlassung von Aufwendungen, sondern allein die räumliche Entfernung einer kostenverursachenden Fahrt zum Arbeitsplatz entscheidend für Abzugsfähigkeit oder Nichtabzugsfähigkeit der Kosten ist, stellt eine singuläre Ausnahme innerhalb des geltenden Einkommensteuerrechts dar. Sie ist am Maßstab folgerichtiger Ausgestaltung einer Besteuerung nach dem Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit zu beurteilen. Das Erfordernis folgerichtiger Ausgestaltung der einkommensteuerrechtlichen Belastungsentscheidungen verlangt, dass Ausnahmen von den das einfache geltende Recht beherrschenden Prinzipien hinreichend begründet sind. Als solche hinreichenden Gründe sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bisher außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele sowie Typisierungs- und Vereinfachungserfordernisse anerkannt, nicht jedoch der rein fiskalische Zweck staatlicher Einnahmenerhöhung. Hieran hält der Zweite Senat vorliegend fest.

Der Neuregelung fehlt danach eine hinreichende sachliche Begründung für die Abkehr vom Veranlassungsprinzip bei der Abgrenzung der einkommensteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage (2.). Der Gesetzgeber ist von den Anforderungen an einkommensteuerrechtliche Folgerichtigkeit auch nicht mit Blick auf die Möglichkeiten eines verfassungskonformen "Systemwechsels" oder einer neuen "Zuordnungsentscheidung" befreit (3.).

2. Das im Gesetzgebungsverfahren fast ausschließlich angeführte Ziel der Haushaltskonsolidierung kann trotz aller auch verfassungsrechtlichen Dringlichkeit für sich genommen die Neuregelung nicht rechtfertigen, denn es geht bei der Abgrenzung der steuerlichen Bemessungsgrundlage um die gerechte Verteilung von Steuerlasten. Hierfür kann die staatliche Einnahmenvermehrung jedoch kein Richtmaß bieten, denn diesem Ziel dient jede, auch eine willkürliche Mehrbelastung.

Förderungs- und Lenkungsziele sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann als Rechtfertigungsgrund für eine Steuerbelastung geeignet, wenn sie von erkennbaren Entscheidungen des Gesetzgebers getragen sind. Zwar wird eine Abschaffung der "Pendlerpauschale" von namhaften Vertretern der Wirtschafts- und Finanzwissenschaften im Interesse steuerlicher Anreize zu gesamtwirtschaftlich effizientem Verhalten der Steuerpflichtigen gefordert; der Gesetzgeber hat sich jedoch solche Ziele ausweislich der Materialien zum Gesetzgebungsverfahren zu keinem Zeitpunkt zu eigen gemacht, so dass schon aus diesem Grund eine derartige Rechtfertigung ausscheidet.

Auch Typisierungs- und Vereinfachungszwecke liefern keine tragfähige Begründung. Zwar ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass es sich bei den Fahrtkosten um - privat und beruflich - "gemischt" veranlasste Aufwendungen handelt, für deren angemessene einkommensteuerrechtliche Bewertung und Einordnung erhebliche Typisierungs- und Vereinfachungsspielräume eröffnet sind. Es handelt sich bei der Neuregelung jedoch nicht um eine typisierende Bewertung und Erfassung des unterschiedlichen Gewichts der privaten und beruflichen Anteile an der Kostenveranlassung, sondern um eine ausschließlich quantitativ am Ergebnis eines erhöhten Steueraufkommens orientierte Tatbestandsabgrenzung. Die zusätzliche Belastung durch Wegekosten für Entfernungen bis zu 20 km kann mangels einer korrespondierenden Abstimmung der Höhe des allgemeinen Arbeitnehmer-Pauschbetrags auch nicht unter Hinweis auf diesen allgemeinen Pauschbetrag "hinwegtypisiert" werden.

3. Schließlich fehlt es auch an einem den Gesetzgeber "befreienden" grundlegenden Systemwechsel oder einer neuen Zuordnungsentscheidung. Die dem Steuergesetzgeber zustehende Gestaltungsfreiheit umfasst zwar von Verfassungen wegen auch die Befugnis, neue Regeln ohne Bindung durch Grundsätze der Folgerichtigkeit an frühere Grundentscheidungen einzuführen. Einen zulässigen Systemwechsel kann es jedoch ohne ein Mindestmaß an neuer Systemorientierung nicht geben. Anderenfalls ließe sich jedwede Ausnahmeregelung als (Anfang einer) Neukonzeption deklarieren. Die neuen Bestimmungen zur räumlichen Abgrenzung abzugsfähiger Wegekosten lassen eine Orientierung an einer - etwa nach und nach zu verwirklichenden - neuen Grundkonzeption nicht erkennen. Der generelle Ausschluss der Wegeaufwendungen aus dem Tatbestand der Werbungskosten und die gleichzeitige Anordnung, die Kosten für Wege ab 21 km "wie" Werbungskosten zu behandeln und für diese eine aufwandsunabhängige Entfernungspauschale anzusetzen, ist durch eine widersprüchliche Verbindung und Verschränkung unterschiedlicher Regelungsgehalte und Regelungsziele gekennzeichnet und beruht nicht auf einer übergreifenden Konzeption: Insbesondere lässt sich die praktische Aufrechterhaltung der vorangehenden Rechtslage für Wege ab 21 km mangels plausibler Härtekriterien als Härtefallregelung nicht rechtfertigen, und die aufwandsunabhängige Pauschale wirkt, wie die frühere unbeschränkte Entfernungspauschale, in den Fällen fehlenden oder geringeren Aufwands wegen kostenfreier oder -günstiger Transportmöglichkeiten als Subvention zur Förderung verkehrs- und umweltpolitischer Ziele. Diesen Zielen aber widerspricht der Einsatz der Pauschale als Härteregelung, denn so werden gerade Wahl und Aufrechterhaltung längerer Wegstrecken und damit die Entscheidung für verkehrs- und umweltpolitisch weniger erwünschtes Verhalten belohnt, während die Entscheidung für nahes Wohnen am "Werkstor" zielwidrig benachteiligt wird.

---

## **Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Gefangener bei Telefongesprächen und beim Einkauf**

---

Die Verfassungsbeschwerde eines Strafgefangenen, der sich gegen die Ungleichbehandlung männlicher und weiblicher Gefangener in Bezug auf Telefonate und Einkaufsmöglichkeiten wandte, war erfolgreich.

In der Justizvollzugsanstalt, in der der Beschwerdeführer untergebracht ist, dürfen die in einem gesonderten Hafthaus untergebrachten weiblichen Gefangenen von ihrem Eigengeld monatlich für 30 Euro telefonieren und für 25 Euro Kosmetika einkaufen. Der Antrag des Beschwerdeführers, ihm dasselbe zu gestatten, wurde abgelehnt. Seine Klage zum Landgericht blieb erfolglos. Nach Auffassung des Landgerichts stützte sich die ablehnende Entscheidung hinsichtlich des Telefonierens zu Recht darauf, dass im Hafthaus des Beschwerdeführers, anders als in dem Hafthaus für die weiblichen Gefangenen, keine speziell für die Gefangenen eingerichteten Telefonapparate zur Verfügung stünden und die im Hafthaus des Beschwerdeführers aus Sicherheitsgründen notwendige Überwachung der Gespräche zudem personell nicht zu leisten sei. Hinsichtlich des Kosmetikeinkaufs liege eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ebenfalls nicht vor, da es sich aufgrund der grundsätzlichen Unterschiede zwischen Männern und Frauen nicht um einen im wesentlichen vergleichbaren Sachverhalt handele. Die 3. Kammer des Zweiten Senats hob den Beschluss des Landgerichts wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG (Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung u.a. wegen des Geschlechts) auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurück.

Zur Begründung heißt es in dem Beschluss unter anderem:

Die geltend gemachten Unterschiede in der Ausstattung der Hafthäuser mit Telefonapparaten sind der Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nicht von vornherein entzogen, zumal nichts dafür spricht, dass nicht eine Angleichung mit geringem Aufwand möglich wäre. Zwar kann für das Maß an Einschränkungen, das Gefangene hinzunehmen haben, auch die Ausstattung der jeweiligen Anstalt von Bedeutung sein. Angesichts des grundrechtlichen Verbots der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts kann es aber andererseits nicht im freien Belieben der Justizvollzugsanstalten oder ihrer Träger stehen, eine spezifische faktische Benachteiligung von Frauen und Männern im Haftvollzug dadurch herbeizuführen, dass deren Unterbringungseinrichtungen unterschiedlich ausgestattet und an diesen Unterschied der Ausstattung sodann Unterschiede der sonstigen Behandlung geknüpft werden. Soweit die ablehnende Entscheidung auf den Überwachungsbedarf gestützt war, hat das Landgericht versäumt, diese Begründung daraufhin zu befragen, ob sie auch und gerade im Hinblick auf die praktizierten Unterschiede in der Behandlung männlicher und weiblicher Gefangener tragfähig war. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass von unüberwachten Telefonaten aus dem Hafthaus der weiblichen Gefangenen geringere Gefahren für die Anstaltssicherheit ausgehen als von unüberwachten Telefonaten aus dem Hafthaus, in dem der Beschwerdeführer untergebracht ist, wären geeignet, die Ungleichbehandlung auch vor Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zu rechtfertigen. Solche Anhaltspunkte wurden jedoch nicht geprüft.

Die unterschiedliche Behandlung hinsichtlich des Kosmetikeinkaufs hat das Landgericht zu Unrecht als mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar angesehen. An das Geschlecht anknüpfende differenzierende Regelungen sind mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nur vereinbar, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur bei Männern oder nur bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind, oder eine Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht sie legitimiert. Geschlechtsbezogene Zuschreibungen, die allenfalls als statistische eine Berechtigung haben mögen (Geschlechterstereotype), und tradierte Rollenerwartungen können danach zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen nicht dienen. Auch wenn das Interesse an Kosmetikprodukten in der Gruppe der Frauen verbreiteter oder häufiger stark ausgeprägt sein mag als in der Gruppe der Männer, handelt es sich nicht um ein von Natur aus nur bei Frauen auftretendes Interesse. Den Angehörigen eines Geschlechts kann die Befriedigung eines Interesses nicht mit der Begründung versagt werden, dass es sich um ein typischerweise beim anderen Geschlecht auftretendes Interesse handele. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt auch das Recht, unbenachteiligt anders zu sein als andere Mitglieder der Gruppen, denen man nach den in dieser Bestimmung genannten Merkmalen angehört.

---

## **Erweiterter Eilantrag in Sachen "Vorratsdatenspeicherung" hat zum Teil Erfolg**

---

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat mit Beschluss vom 28. Oktober 2008 einem Antrag auf Erlass einer erweiterten einstweiligen Anordnung bezüglich der Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten teilweise stattgegeben.

§ 113a des Telekommunikationsgesetzes (TKG) sieht vor, dass alle Verkehrsdaten, die bei der Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten entstehen, von den Anbietern der Dienste jeweils für sechs Monate zu speichern sind. Dies gilt für Telefondienste ebenso wie für Internetzugangsdienste und E-Mail-Dienste. Die anlasslos auf Vorrat gespeicherten Daten dürfen von den Diensteanbietern an die zuständigen Behörden zur Strafverfolgung (§ 113b Satz 1 Nr. 1 TKG), zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit (§ 113b Satz 1 Nr. 2 TKG) und zur Erfüllung der Aufgaben des Verfassungsschutzes, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes (§ 113b Satz 1 Nr. 3 TKG) übermittelt werden. Gesetzliche Voraussetzung für die Übermittlung der Daten ist, dass die betreffenden Behörden jeweils durch eine Rechtsgrundlage zum Abruf ermächtigt sind, die auf § 113a TKG Bezug nimmt. Eine solche Abrufnorm existierte zunächst nur hinsichtlich der Strafverfolgung.

Mit Beschluss vom 11. März 2008 (verlängert durch Beschluss vom 1. September 2008) hatte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts auf Antrag der Beschwerdeführer eine einstweilige Anordnung erlassen, nach der die Übermittlung der Vorratsdaten zu Strafverfolgungszwecken nach § 113b Satz 1 Nr. 1 TKG bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde nur gemäß den in der einstweiligen Anordnung vorgesehenen Maßgaben erfolgen darf (Pressemitteilung Nr. 37/2008 vom 19. März 2008). Ein Anlass zur Erstreckung der einstweiligen Anordnung auf § 113b Satz 1 Nr. 2 und 3 TKG bestand damals nicht, weil weder im Bereich der Gefahrenabwehr noch des Verfassungsschutzes und der Nachrichtendienste Rechtsgrundlagen für einen Abruf der nach § 113a TKG gespeicherten Vorratsdaten vorhanden waren.

Der Gesetzgeber des Freistaats Bayern hat inzwischen mit dem Gesetz zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes vom 8. Juli 2008 und dem Gesetz zur Änderung des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes, des Ausführungsgesetzes zum Artikel 10-Gesetz und des Parlamentarischen Kontrollgremium-Gesetzes vom 8. Juli 2008 sowohl das Polizeiaufgabengesetz (BayPAG) als auch das Verfassungsschutzgesetz (BayVSG) geändert. Art. 34b Abs. 2 und Abs. 3 BayPAG und Art. 6c Abs. 2 BayVSG verweisen nunmehr auf § 113a TKG und gestatten den behördlichen Zugriff auf die nach dieser Regelung zu speichernden Daten auch zur Gefahrenabwehr und zur Erfüllung der Aufgaben des Verfassungsschutzes. Insbesondere darauf stützen die Beschwerdeführer ihren erneuten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Für den Bereich der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit enthält nunmehr auch das Thüringer Polizeiaufgabengesetz (ThürPAG) in § 34a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 34a Abs. 3 ThürPAG eine entsprechende Regelung. Der erneute und erweiterte Eilantrag der Beschwerdeführer hatte teilweise Erfolg. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts verlängerte zunächst die einstweilige Anordnung vom 11. März 2008 (bereits verlängert durch Beschluss vom 1. September 2008) für die Dauer von sechs Monaten. Gleichzeitig erweiterte er die einstweilige Anordnung dahingehend, dass die nach § 113a TKG auf Vorrat gespeicherten Daten für die Gefahrenabwehr (§ 113b Satz 1 Nr. 2 TKG) von den Telekommunikationsdiensteanbietern nur unter einschränkenden Bedingungen an die ersuchende Behörde übermittelt werden dürfen. Eine Übermittlung ist nur zulässig, wenn - zusätzlich zu den Voraussetzungen der Abrufnorm (z.B. Art. 34b Abs. 1 und Abs. 2 BayPAG) -

der Abruf der Daten zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Abwehr einer gemeinen Gefahr erforderlich ist. Die übermittelten Daten dürfen nur zu den Zwecken verwendet werden, zu denen sie abgerufen wurden. Zur Strafverfolgung dürfen sie nur weitergeleitet oder verwendet werden, wenn Gegenstand der Strafverfolgungsmaßnahme eine Katalogtat im Sinne von § 100a Abs. 2 StPO ist und die Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO vorliegen. Für Aufgaben des Verfassungsschutzes (§ 113b Satz 1 Nr. 3 TKG) gilt, dass im Falle eines Abrufs die Daten nur dann an die ersuchende Behörde übermittelt werden dürfen, wenn neben den Voraussetzungen der Abrufnorm (z.B. Art. 6c Abs. 2 BayVSG) auch die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1, § 3 des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10-Gesetz) vorliegen. Außerdem dürfen die übermittelten Daten nur zu den Zwecken verwendet werden, zu denen sie abgerufen worden sind. Anderen Behörden dürfen sie nur nach Maßgabe des § 4 Abs. 4 G 10 übermittelt werden. Der darüber hinausgehende Antrag der Beschwerdeführer wurde abgelehnt.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

- I. Hinsichtlich der Nutzung der nach § 113a TKG zu speichernden Daten bleibt es, soweit eine solche Nutzung bereits Gegenstand der Entscheidung des Senats vom 11. März 2008 war, bei der bisherigen Beurteilung. Die einstweilige Anordnung ist daher in unverändertem Umfang zu verlängern. Die bisherige einstweilige Anordnung ist auch nicht im Hinblick darauf zu erweitern, dass die nach § 113a TKG gespeicherten Daten gemäß § 113b Satz 1 Halbsatz 2 TKG nach der gegenwärtigen Rechtsauslegung und praxis auch zur Erteilung von Auskünften nach § 113 TKG (sogenannte Bestandsdatenauskunft) verwendet werden. Zwar wirft auch diese Nutzung Rechtsfragen auf, die im Hauptsacheverfahren näherer Prüfung bedürfen. Das Vorbringen der Beschwerdeführer gibt aber keinen Anlass, im Rahmen der Folgenabwägung nunmehr zu einem anderen Ergebnis zu kommen und eine Nutzung dieser Daten im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig auszusetzen. Erfolglos blieb auch der Antrag auf Verlängerung der zum 1. Januar 2009 auslaufenden Übergangsregelung des § 150 Abs. 12b TKG, nach der Anbieter von Internetzugangsdiensten, E-mail-Diensten u.a. von der Speicherungspflicht des § 113a TKG vorläufig noch ausgenommen sind.
- II. Der Antrag hat jedoch teilweise Erfolg, soweit er sich gegen die - durch Art. 34b Abs. 3 BayPAG und § 34a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ThürPAG nun erheblich gewordene - Nutzung der Daten für die Gefahrenabwehr nach § 113b Satz 1 Nr. 2 TKG richtet. Durch die Schaffung der neuen Abrufnormen können nicht mehr nur die Strafverfolgungsbehörden, sondern auch die im Bereich der Gefahrenabwehr tätigen Polizeibehörden weitreichende Erkenntnisse über das Kommunikationsverhalten und die sozialen Kontakte der Betroffenen erlangen. Dabei werden neben der eigentlichen Zielperson des Auskunftersuchens möglicherweise auch Personen erfasst, die in keiner Beziehung zu den den Datenabruf rechtfertigenden Gründen stehen und auch sonst keinen Anlass für den damit verbundenen Grundrechtseingriff gegeben haben. Ins Gewicht fällt dabei, dass die durch die Vorschrift ermöglichte Nutzung der Daten sehr weit reicht und nur durch die nicht spezifizierte Voraussetzung der "Erheblichkeit", eingeschränkt wird. Durch den größer gewordenen Kreis abrufberechtigter Behörden und die Erweiterung des zulässigen Abrufszwecks erhöht sich die Wahrscheinlichkeit für den Betroffenen, auf der Grundlage der durch einen Vorratsdatenabruf erlangten Erkenntnisse weiteren polizeilichen Maßnahmen wie Telekommunikationsüberwachungen, Beschlagnahmen und Wohnungsdurchsuchungen ausgesetzt zu werden, die ohne diese Erkenntnisse nicht durchgeführt worden wären. Dadurch wird das Vertrauen in die allgemeine Unbefangenheit des elektronischen Informations- und Gedankenaustauschs sowie das Vertrauen in den durch Art. 10 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz der Telekommunikation in erheblichem Maße eingeschränkt. Die mit dem Erlass einer einstweiligen Anordnung verbundenen

Nachteile, dass sich durch die Nichterhebung von Daten erhebliche Gefahren verwirklichen, die mit Hilfe von erhobenen Daten hätten womöglich abgewendet werden können, müssen im Rahmen der vorzunehmenden Folgenabwägung insoweit zurücktreten, als die Daten nicht zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Abwehr einer gemeinen Gefahr dienen. Insoweit ist auf das Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter, nicht auf Straftatenkataloge abzustellen. Außerdem muss die Beachtung dieser Voraussetzungen verfahrensrechtlich dadurch abgesichert werden, dass - wie in den Abrufnormen vorgesehen - der Datenabruf außer bei Gefahr im Verzug durch einen Richter angeordnet wird. Eine Änderung des Verwendungszwecks mit dem Ziel einer Nutzung der Daten für die Strafverfolgung ist nur zulässig, wenn - neben den Maßgaben entsprechender gesetzlicher Bestimmungen - die Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 und 2 StPO vorliegen.

III. Teilweise Erfolg hat der Antrag auch, soweit er sich gegen eine Datenübermittlung für Aufgaben des Verfassungsschutzes, des Bundesnachrichtendienstes und des Militärischen Abschirmdienstes gemäß § 113b Satz 1 Nr. 3 TKG richtet. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift eröffnet im Vergleich zu den Zugriffsmöglichkeiten im Rahmen der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr ein grundlegend weiteres, nur schwer überschaubares und eingrenzbare Feld. Erwiese sich im Hauptsacheverfahren die Übermittlung anlasslos bevorrateter Verkehrsdaten als verfassungswidrig, wären die bevorrateten Verkehrsdaten in verfassungswidriger Weise einem weitreichenden Zugriff der Behörden schon im Vorfeld jeglicher konkreter Gefahr oder Straftat ausgesetzt. Das Risiko, ohne selbst Anlass gesetzt zu haben, in den Fokus der Beobachtung durch den Verfassungsschutz zu geraten, wäre hierbei erheblich. Ergeht hingegen eine einstweilige Anordnung, erweist sich aber später, dass der hierdurch außer Kraft gesetzte Zugriff auf die bevorrateten Verkehrsdaten verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, liegt der Nachteil in dem Verlust von Informationen, die den Verfassungsschutzbehörden ein genaueres Bild der gemäß Art. 3 Abs. 1 BayVSG zu beobachtenden Bestrebungen erlauben und es damit auf längere Sicht auch ermöglichen, solche wirksamer zu bekämpfen. Zu den in Frage stehenden Schutzgütern zählen dabei auch solche von elementarer Bedeutung. Allerdings mindern sich diese Nachteile dadurch, dass die Verfassungsschutzbehörden grundsätzlich nur im Vorfeld von Gefahren, zur Sammlung und Auswertung von Information tätig werden und eine Aussetzung der Übermittlung der Verkehrsdaten damit jedenfalls nicht in erheblichem Maße zu unmittelbaren Sicherheitsrisiken führen wird. Denn die Gefahrenabwehr selbst obliegt den dafür zuständigen Sicherheitsbehörden. Insgesamt wiegt der Nachteil einer einstweiligen Anordnung im Anwendungsbereich von § 113b Satz 1 Nr. 3 TKG deutlich geringer als in Bezug auf Zugriffe auf bevorratete Verkehrsdaten zur Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, bei denen es unmittelbar um die Verhinderung drohender oder die Ahndung tatsächlich erfolgter Rechtsgutverletzungen geht. Die Folgenabwägung führt hier deshalb ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Datenübermittlung teilweise einzuschränken ist. Eine einstweilige Anordnung ist allerdings nicht in einer umfassenden Weise geboten, die die Übermittlung der nach § 113a TKG gespeicherten Daten an die Verfassungsschutzbehörden überhaupt ausschliesse. Sofern bei einer Abfrage nach § 113b Satz 1 Nr. 3 TKG die Voraussetzungen der § 1 Abs. 1, § 3 des Artikel 10-Gesetzes vorliegen, führt die Folgenabwägung vielmehr zu dem Ergebnis, dass eine gesetzlich angeordnete Übermittlung dieser Daten nach § 113b Satz 1 Nr. 3 TKG bis zur Entscheidung in der Hauptsache vorläufig hinzunehmen ist. Der Gesetzgeber hat mit § 1 Abs. 1, § 3 G 10 eine Regelung getroffen, nach der auch bisher schon Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG seitens der Verfassungsschutzbehörden zulässig waren. Im Rahmen der vorliegend gebotenen Nachteilsabwägung ist es angemessen, für Fälle, in denen die in § 1 Abs. 1, § 3 G 10 genannten Voraussetzungen vorliegen, bis zur Entscheidung des Senats in

der Hauptsache auch die Übermittlung der nach § 113a TKG gespeicherten Verkehrsdaten zur Erfüllung der Aufgaben des Verfassungsschutzes hinzunehmen und die damit verbundenen Nachteile für die Betroffenen dem Zugewinn an Aufklärung über solche besonders gewichtigen Bedrohungen nachzuordnen. Eine darüber hinausgehende Übermittlung und Nutzung der nach § 113a TKG auf Vorrat gespeicherten Daten an die Verfassungsschutzbehörden ist demgegenüber vorläufig unzulässig.

---

## **Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Nachzahlung von Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung**

---

Der Beschwerdeführer beschäftigte als Betreiber eines Supermarktes in den Jahren 1998 bis 2001 sechs Aushilfen als geringfügig Beschäftigte. Nach einer Betriebsprüfung stellte die frühere Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (jetzt: Deutsche Rentenversicherung Bund) die Versicherungspflicht der Aushilfen in der gesetzlichen Sozialversicherung fest und forderte vom Beschwerdeführer für die Zeit von Januar 1998 bis Dezember 2001 Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 19.575,74 EUR nach. Bei der Berechnung wurden die nach den Tarifverträgen geschuldeten Mindestlöhne und nicht die tatsächlich an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelte zugrunde gelegt.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Sie ist unzulässig, da der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG nicht ausreichend begründet hat. Der Beschwerdeführer wird auch nicht in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verletzt. Die Berechnung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags zur gesetzlichen Sozialversicherung auf der Grundlage der Vorschrift des § 22 Abs. 1 SGB IV in der damals gültigen Fassung begegnet für den Zeitraum von 1998 bis Ende 2001 keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese setzte voraus, dass die Beitragsansprüche der Versicherungsträger entstehen, sobald ihre im Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen (Entstehungsprinzip). Die seit dem 1. Januar 2003 geltende Vorschrift des § 22 Abs. 1 SGB IV (seit dem 1. April 2005: § 22 Abs 1 Satz 2 SGB IV), die davon ausgeht, dass die Beitragsansprüche bei einmal gezahltem Entgelt entstehen, sobald dieses ausgezahlt ist (Zuflussprinzip), konnte in der angegriffenen Entscheidung schon aus zeitlichen Gründen keine Rolle spielen.

---

## **Erfolgreiche Verfassungsbeschwerden gegen bayerische Nichtraucherschutzregelungen**

---

Die gegen bayerische Nichtraucherschutzregelungen gerichteten Verfassungsbeschwerden einer Raucherin und zweier Gastwirte hatten keinen Erfolg. Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen, da die angegriffenen Regelungen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind.

### **Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 30. Juli 2008 entschieden, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gehindert ist, ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen. Ein solch striktes Rauchverbot gilt nach den bayerischen Regelungen zum Nichtraucherschutz für die Innenräume öffentlich zugänglicher Gaststätten. Ausnahmen sind dabei nicht vorgesehen. Das dem Gesetz zugrunde liegende Regelungskonzept wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Rauchverbot nicht für Bier-, Wein- und Festzelte sowie vorübergehend genutzte Festhallen gilt. Denn es handelt sich hierbei lediglich um eine bis zum Jahresende 2008 befristete Übergangsregelung.

Soweit das bayerische Gesetz für das Rauchverbot darauf abstellt, dass die Gaststätte "öffentlich zugänglich" ist, und daraus in der Praxis gefolgert wird, dass unter bestimmten Voraussetzungen (feste Mitgliederstruktur mit bekanntem oder abrufbarem Mitgliederbestand, Einlasskontrollen mit Zurückweisung von "Laufkundschaft", kein Erwerb der Mitgliedschaft am Eingang der Gaststätte) "Raucherclubs" vom Rauchverbot in Gaststätten nicht erfasst werden, ist damit keine Verletzung der Berufsfreiheit der Gastwirte verbunden. Da die Möglichkeit, einen "Raucherclub" einzurichten, nicht von Voraussetzungen abhängig ist, die die Betreiber bestimmter Gruppen von Gaststätten nicht erfüllen können, führt sie weder zu einer Ungleichbehandlung noch zu unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen für einzelne Sparten des Gastronomiegewerbes (wie etwa "Eckkneipen").

---

## **Verfassungsbeschwerden in Sachen "Rauchverbot" erfolgreich**

---

Die Verfassungsbeschwerden von zwei Gastwirten und einer Diskothekenbetreiberin, die sich gegen Bestimmungen der Nichtraucherschutzgesetze von Baden-Württemberg und Berlin wenden, waren erfolgreich (zum Sachverhalt vgl. Pressemitteilung Nr. 53 vom 8. Mai 2008). Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, dass die angegriffenen Regelungen die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung verletzen.

Zwar wäre der Gesetzgeber nicht gehindert, ein striktes, ausnahmsloses Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen. Entscheidet er sich aber für eine Konzeption, bei der das Ziel des Gesundheitsschutzes mit verminderter Intensität verfolgt und mit Rücksicht insbesondere auf die beruflichen Interessen der Gastwirte Ausnahmen vom Rauchverbot zugelassen werden, so müssen diese Ausnahmen auch die durch das Rauchverbot wirtschaftlich besonders stark belastete getränkegeprägte Kleingastronomie ("Eckkneipen") miteinfassen. Die Landesgesetzgeber haben bis zum 31. Dezember 2009 eine Neuregelung zu treffen. Dabei können sie sich unter Verzicht auf Ausnahmetatbestände für eine strenge Konzeption des Nichtraucherschutzes in Gaststätten entscheiden; oder sie können im Rahmen eines weniger strengen Schutzkonzeptes Ausnahmen vom Rauchverbot zulassen, die dann allerdings folgerichtig auf besondere Belastungen einzelner Bereiche des Gaststätten-gewerbes Rücksicht nehmen und gleichheitsgerecht ausgestaltet sein müssen. Die angegriffenen Bestimmungen bleiben wegen der hohen Bedeutung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens bis zu einer Neuregelung anwendbar. In Baden-Württemberg und Berlin gelten daher zunächst weiterhin die bisherigen Vorschriften über das Rauchverbot in Gaststätten. Um für die Betreiber kleinerer Gaststätten existentielle Nachteile zu vermeiden, hat das Bundesverfassungsgericht jedoch bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung die in den Nichtraucherschutzgesetzen bereits vorgesehenen Ausnahmen um eine weitere zugunsten der getränkegeprägten Kleingastronomie erweitert. Voraussetzung für eine solche Ausnahme vom Rauchverbot ist, dass die betroffene Gaststätte keine zubereiteten Speisen anbietet, eine Gastfläche von weniger als 75 Quadratmetern hat, nicht über einen abgetrennten Nebenraum verfügt und Personen unter 18 Jahren der Zutritt verwehrt ist. Zudem muss die Gaststätte im Eingangsbereich als Rauchergaststätte, zu der Personen unter 18 Jahren keinen Zutritt haben, gekennzeichnet sein.

Lässt ein Nichtraucherschutzgesetz die Einrichtung von Raucherräumen als Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten zu, ist ferner der generelle Ausschluss der Diskotheken von dieser Begünstigung nicht gerechtfertigt. Bis zu einer Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2009 zu treffen hat, gilt die Vorschrift mit der Maßgabe fort, dass in Diskotheken, zu denen nur Personen ab 18 Jahren Zutritt haben, ein Raucherraum - ohne Tanzfläche - eingerichtet werden darf.

Die Richter Bryde und Masing haben der Entscheidung jeweils eine abweichende Meinung angefügt.

**Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

I. Das Rauchverbot in Gaststätten stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte dar. In Anbetracht eines Raucheranteils von 33,9 % unter der erwachsenen Bevölkerung in Deutschland kann dies je nach Ausrichtung der gastronomischen Angebote und der damit angesprochenen Besucherkreise für die Betreiber der Gaststätten zu empfindlichen Umsatzrückgängen führen. Dieser Eingriff ist in den hier zu beurteilenden Ausgestaltungen nicht gerechtfertigt. Zwar verfolgen die Gesetzgeber mit dem Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel. Die angegriffenen Regelungen sind jedoch nicht verhältnismäßig. Sie belasten in unzumutbarer Weise die Betreiber kleinerer Einraumgaststätten mit getränkegeprägtem Angebot.

1. Bei der erforderlichen Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze des Zumutbaren gewahrt bleiben. Dabei wäre der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums zwar nicht gehindert, dem Gesundheitsschutz der Gesamtbevölkerung einschließlich des Gaststättenpersonals gegenüber den damit beeinträchtigten Freiheitsrechten den Vorrang einzuräumen und ein striktes ausnahmsloses Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen. Die Gesetzgeber durften aufgrund zahlreicher wissenschaftlicher Untersuchungen davon ausgehen, dass mit dem Passivrauchen schwerwiegende gesundheitliche Risiken verbunden sind. Da die Gesundheit und erst recht das menschliche Leben zu den besonders hohen Gütern zählen, darf ihr Schutz auch mit Mitteln angestrebt werden, die in das Grundrecht der Berufsfreiheit empfindlich eingreifen. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht gehalten, mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Gaststätten Ausnahmen von einem Rauchverbot für den Gaststättenbetrieb in Gebäuden und vollständig umschlossenen Räumen zuzulassen.
2. Zu einem anderen Ergebnis führt die Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch, wenn kein striktes Rauchverbot zur Entscheidung steht, sondern - wie in den vorliegenden Fällen - eine Konzeption gewählt wurde, bei der das Ziel des Gesundheitsschutzes wegen der Interessen der Gastwirte und der Raucher mit verminderter Intensität verfolgt wird. Sowohl in Baden-Württemberg als auch in Berlin werden praktisch bedeutsame Ausnahmen vom Rauchverbot, wie etwa die Einrichtung abgetrennter Raucherräume, zugelassen. Aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums ist der Gesetzgeber zwar nicht gehindert, ein Konzept des Nichtraucherschutzes in Gaststätten zu wählen, bei dem der Schutz der Gesundheit der Nichtraucher im Ausgleich mit den Freiheitsrechten der Gaststättenbetreiber und der Raucher weniger stringent verfolgt wird. Diese Entscheidung muss er dann aber auch folgerichtig weiterverfolgen.

Daher erlangen die spezifischen Auswirkungen des Rauchverbots für die getränkegeprägte Kleingastronomie im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung ein stärkeres Gewicht. Für sie führt das Rauchverbot wegen des außergewöhnlich hohen Anteils von Rauchern unter den Gästen zu einer erheblich stärkeren wirtschaftlichen Belastung als für die Betreiber größerer Lokale, wofür insbesondere die vom Statistischen Bundesamt vorgelegten Untersuchungen sprechen. Für größere Gaststätten, die über Nebenräume verfügen oder solche einrichten können, gilt nur ein relatives Rauchverbot; ihrem Interesse, auch den rauchenden Gästen ein Angebot unterbreiten zu können, wird nachgegeben. Hingegen besteht für kleinere Gaststätten ein absolutes Rauchverbot, sofern hier - wie aufgrund deren geringeren Grundfläche regelmäßig der Fall - Nebenräume nicht verfügbar sind. Von den Betreibern solcher Gaststätten wird die strikte Einhaltung des Rauch-

verbots selbst um den Preis des Verlustes ihrer wirtschaftlichen Existenz gefordert, obgleich die Landesgesetzgeber den angestrebten Gesundheitsschutz nicht uneingeschränkt, sondern nur unter Berücksichtigung der beruflichen Belange der Gastwirte verfolgen wollen. Die Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen erhalten so bei der Abwägung gegenüber der Berufsfreiheit der Gastwirte ein unterschiedliches Gewicht. Angesichts der Zurücknahme des erstrebten Schutzziels steht das Maß der sie hiernach treffenden Belastung nicht mehr in einem zumutbaren Verhältnis zu den Vorteilen, die die Landesgesetzgeber mit dem gelockerten Rauchverbot für die Allgemeinheit erstreben. Der getränkegeprägten Kleingastronomie kommt wegen der überwiegend rauchenden Gäste für einen effektiven Nichtrauchererschutz keine wesentliche Bedeutung zu. Die beträchtlichen Umsatzrückgänge nach dem Inkrafttreten der Rauchverbote zeigen, dass es solchen Gaststätten offensichtlich nicht gelingt, nunmehr für ihre gastronomischen Angebote verstärkt nicht rauchende Gäste zu interessieren.

II. Auch die Verfassungsbeschwerde der Diskothekenbetreiberin gegen die Regelungen im Baden-Württembergischen Nichtrauchererschutzgesetz ist begründet. Es ist mit Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar, dass auch Diskotheken, zu denen Jugendliche keinen Zutritt erhalten, von der Möglichkeit ausgeschlossen sind, Raucherräume einzurichten. Der generelle Ausschluss der Diskotheken von der Begünstigung, die in der Ausnahme abgetrennter Raucherräume vom Rauchverbot zu sehen ist, ist nicht gerechtfertigt. Die vom Gesetzgeber verfolgten Gründe sind nicht von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie ungleiche Rechtsfolgen für Diskotheken einerseits und die übrigen Gaststätten andererseits rechtfertigen könnten.

Zwar ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Landesgesetzgeber von einer besonders hohen Schadstoffkonzentration in Diskotheken ausgeht. Er kann sich hierfür auf einschlägige wissenschaftliche Untersuchungen berufen. Dieser Umstand macht jedoch, wenn für andere Gaststätten Raucherräume zugelassen werden, den generellen Ausschluss dieser Ausnahme für Diskotheken nicht erforderlich. Ist das Rauchen nur noch in vollständig abgetrennten Nebenräumen erlaubt, so entfällt das an die besondere Betriebsart anknüpfende Argument der gesteigerten Gefährlichkeit von Passivrauchen in Diskotheken. Auch der Hinweis auf die große Bedeutung von Nachahm- und Nachfolgeeffekten bei Jugendlichen oder jungen Erwachsenen vermag die unterschiedliche Behandlung von Diskotheken gegenüber anderen Gaststättenarten nicht zu rechtfertigen. Um den angestrebten Schutz dieser Bevölkerungsgruppe zu erreichen, reicht es aus, wenn der Ausschluss von Raucherräumen auf solche Diskotheken beschränkt wird, zu denen Personen unter 18 Jahren Zutritt haben.

III. Bei der erforderlichen Neuregelung können die Landesgesetzgeber entweder dem Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens Vorrang geben und sich unter Verzicht auf Ausnahmetatbestände für eine strenge Konzeption des Nichtraucher-schutzes in Gaststätten entscheiden; oder sie können im Rahmen eines weniger strengen Schutzkonzeptes, das den Interessen der Gaststättenbetreiber und der Raucher mehr Raum gibt, Ausnahmen vom Rauchverbot zulassen. Fällt die Entscheidung zugunsten eines zurückgenommenen Gesundheitsschutzes, so müssen die zugelassenen Ausnahmen vom Rauchverbot allerdings folgerichtig auch auf besondere Belastungen einzelner Bereiche des Gaststättengewerbes Rücksicht nehmen und gleichheitsgerecht ausgestaltet sein. Daher darf der Gesetzgeber, der als Ausnahme von einem Rauchverbot in Gaststätten das Rauchen in abgetrennten Nebenräumen gestattet, insbesondere die Interessen der getränkegeprägten Kleingastronomie nicht aus dem Blick verlieren. Da die beengte räumliche Situation dieser Gaststätten typischerweise nicht die Einrichtung abgetrennter Raucherbereiche erlaubt, kommt für sie nur die Freistellung vom Rauchverbot in Betracht.

Die Entscheidung ist hinsichtlich der Zulässigkeit des strikten Rauchverbots (I 1) und hinsichtlich der Unverhältnismäßigkeit der Regelung für die getränkegeprägte Kleingastronomie (I 2) mit jeweils 6 : 2 Stimmen, im Übrigen einstimmig ergangen.

#### **Sondervotum des Richters Bryde**

Den angegriffenen Regelungen liegt aus der Perspektive des Gesetzgebers ein schlüssiges Konzept zugrunde. Es ist nicht zu erkennen, dass die Landesgesetzgeber das Ziel des Nichtraucherschutzes relativiert hätten, so dass Lebens- und Gesundheitsschutz auch als Abwägungsposition gegenüber wirtschaftlichen Interessen relativiert werden könnten. Die Gesetze wollen Nichtrauchern eine rauchfreie Gastronomie garantieren, das heißt mindestens einen rauchfreien Hauptraum. Ausnahmen vom Rauchverbot sollen nur insoweit zugelassen werden, als diese den Nichtraucherschutz nicht gefährden. Die Umsetzung dieses Konzepts mag dem Gesetzgeber nicht perfekt gelungen sein, liegt aber im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative.

#### **Sondervotum des Richters Masing**

Die angegriffenen Regelungen beruhen auf dem gesetzlichen Konzept eines anspruchsvollen, aber ausbalancierten Nichtraucherschutzes, das verfassungsrechtlich grundsätzlich tragfähig ist. Demgegenüber wäre ein ausnahmsloses Rauchverbot in Gaststätten unverhältnismäßig.

Die angegriffenen Regelungen beruhen auf dem Prinzip eines klaren Vorrangs des Nichtraucherschutzes. Sie statuieren die Pflicht einer jeden Gaststätte, das Angebot primär auf Nichtraucher auszurichten und erlauben Raucherräume nur ergänzend. Das ist grundsätzlich auch gegenüber Eckkneipen für den Gesundheitsschutz gerechtfertigt. Genauso wenig wie kleine Unternehmen von Schutzauflagen im Umweltrecht müssen Eckkneipen von Regelungen zum Gesundheitsschutz allgemein dispensiert werden, weil diese sie hart treffen. Verfassungsrechtlich ausreichend wären Härtere Regelungen zur Abmilderung des Übergangs. Nur insoweit, als auch solche fehlen, sind die angegriffenen Regelungen verfassungswidrig. Weitere Ausnahmen sind nicht geboten und entkräften das gesetzliche Schutzkonzept substantiell.

Verfassungswidrig wäre hingegen ein radikales Rauchverbot in Gaststätten ohne Ausnahme, worüber vorliegend nicht zu entscheiden war. Für den Schutz von Nichtrauchern ist ein solches Verbot bei bestehenden Nichtraucherräumen nicht erforderlich, und der Schutz von Eckkneipen vor Abwanderung von Gästen rechtfertigt es grundsätzlich nicht. Auch das Ziel der Suchtprävention kann es nicht tragen. Zwar hat der Gesetzgeber hier erhebliche Gestaltungsspielräume. Der Gesetzgeber kann aber nicht im Verbotswege das gesellige Beisammensein und Feiern bei Tabak, Speise und Trank völlig aus dem öffentlichen Raum verbannen. Eine solche kompromisslose Untersagung wäre unverhältnismäßig und trüge die Gefahr paternalistischer Bevormundung.

---

## **Regelungen des Bundeswahlgesetzes, aus denen sich Effekt des negativen Stimmgewichts ergibt, verfassungswidrig**

---

Der durch § 7 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 Bundeswahlgesetz bewirkte Effekt des negativen Stimmgewichts kann dazu führen, dass in bestimmten Konstellationen abgegebene Zweitstimmen für solche Parteien, die Überhangmandate in einem Land gewinnen, insofern negativ wirken, als diese Parteien in demselben oder einem anderen Land Mandate verlieren. Umgekehrt ist es auch möglich, dass die Nichtabgabe einer Wählerstimme der zu unterstützenden Partei dienlich ist (vgl. Pressemitteilung Nr. 38 vom 19. März 2008).

Dieser Effekt des negativen Stimmgewichts verletzt die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl. Die Regelung ist daher, soweit hierdurch der Effekt des negativen Stimmgewichts ermöglicht wird, verfassungswidrig. Dies entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Urteil vom 3. Juli 2008. Der Wahlfehler wirkt sich zwar auf die Zusammensetzung des 16. Deutschen Bundestages aus, führt aber nicht zu dessen Auflösung, da das Interesse am Bestandsschutz der im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit des Bundeswahlgesetzes zusammengesetzten Volksvertretung überwiegt. Der Gesetzgeber wurde verpflichtet, spätestens bis zum 30. Juni 2011 eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.

Im Zusammenhang mit der erhobenen Wahlprüfungsbeschwerde hatte der Zweite Senat auch über die Frage zu entscheiden, ob die nichtöffentliche Neuauszählung von Stimmen in einigen Wahlkreisen durch den Kreiswahlleiter gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl verstößt. Dies hat der Senat verneint.

### **Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

- I. Soweit der Beschwerdeführer zu 2. sich gegen die nichtöffentliche Neuauszählung der Stimmen in einigen Wahlkreisen wendet, ist die Wahlprüfungsbeschwerde unbegründet. Aus dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Wahl folgt nicht, dass sämtliche Handlungen im Zusammenhang mit der Ermittlung des Wahlergebnisses unter Beteiligung der Öffentlichkeit stattfinden müssen. Die Ordnungsmäßigkeit und Nachvollziehbarkeit der Feststellung des Wahlergebnisses wird nicht in Frage gestellt, wenn für einzelne Nachzählungen des Kreiswahlleiters im Rahmen seiner vorbereitenden Aufgaben die gebotene Öffentlichkeit nur mittelbar dadurch hergestellt wird, dass das Ergebnis solcher Nachzählungen der Überprüfung durch den Kreiswahlausschuss unterliegt, der seinerseits in öffentlicher Sitzung entscheidet. Ein Wahlfehler kann in diesem Zusammenhang nur festgestellt werden, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es bei der vorbereitenden Neuauszählung zu Unregelmäßigkeiten gekommen ist und der zuständige Wahlausschuss seinen Aufgaben nicht nachgekommen ist. Ein derartiger Wahlfehler ist nicht geltend gemacht worden.

II. Der Effekt des negativen Stimmgewichts verletzt den Grundsatz der Gleichheit der Wahl.

1. Die Erfolgswertgleichheit fordert, dass der Erfolgswert jeder Stimme, für welche Partei sie auch immer abgegeben wurde, gleich ist. Dies bedeutet auch, dass sie für die Partei für die sie abgegeben wurde, positive Wirkung entfalten können muss. Ein Wahlsystem, das darauf angelegt ist oder doch jedenfalls in typischen Konstellationen zulässt, dass ein Zuwachs an Stimmen zu Mandatsverlusten führt oder dass für den Wahlvorschlag einer Partei insgesamt mehr Mandate erzielt werden, wenn auf ihn selbst weniger oder auf einen konkurrierenden Vorschlag mehr Stimmen entfallen, führt zu willkürlichen Ergebnissen und lässt den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen. Der Effekt des negativen Stimmgewichts beeinträchtigt aber auch die Erfolgchancengleichheit der Stimmen. Diese erlaubt zwar, dass - wie z.B. im Mehrheitswahlrecht - Stimmen nicht gewertet werden, nicht aber, dass einer Wahlstimme neben der Chance, zum beabsichtigten Erfolg beizutragen, auch die Gefahr, dem eigenen Wahlziel zu schaden, innewohnt.
2. Die Beeinträchtigung der Gleichheit der Wahl durch den Effekt des negativen Stimmgewichts kann nicht durch "zwingenden Gründe" gerechtfertigt werden.

Die Regelungen, aus denen sich der Effekt des negativen Stimmgewichts ergibt, dienen Belangen des föderalen Proporz. Föderale Belange können zwar grundsätzlich bei der Ausgestaltung des Wahlrechts berücksichtigt werden. Diese Aspekte bilden jedoch keinen zwingenden Grund, der geeignet wäre, den Effekt des negativen Stimmgewichts zu rechtfertigen. Der Eingriff in die Gleichheit der Wahl durch den Effekt des negativen Stimmgewichts ist von hoher Intensität. Er führt nicht nur dazu, dass Wählerstimmen bei der Zuteilung der Mandate unterschiedlich gewichtet werden, sondern bewirkt, dass der Wählerwille in sein Gegenteil verkehrt wird. Demgegenüber kommt dem föderalen Element hier kein hinreichendes Gewicht zu, zumal der Gesetzgeber die bundesstaatliche Gliederung und den daraus folgenden Aufbau der Parteien im Wahlrecht in vielfältiger Weise berücksichtigt hat und die insoweit getroffenen Regelungen unabhängig sind von den Regelungen, aus denen sich der Effekt des negativen Stimmgewichts ergibt. Bei der Gewichtung des Anliegens einer föderalen Zuordnung der Stimmen ist zudem zu berücksichtigen, dass es bei der Wahl zum Bundestag um die Wahl des unitarischen Vertretungsorgans des Bundesvolkes geht. Bei einer solchen Wahl ist der Bundesgesetzgeber nicht verpflichtet, föderative Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Der Effekt des negativen Stimmgewichts ist auch keine zwangsläufige Folge einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl. Der Effekt hängt von verschiedenen Faktoren, vor allem aber von der Konzeption der Verrechnung der Erst- mit den Zweitstimmenmandaten ab, die das Wahlsystem als solche nicht determinieren. Von Verfassungen wegen ist der Gesetzgeber nicht gehindert, eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl ohne den Effekt des negativen Stimmgewichts anzuordnen.

III. Die Regelung verletzt auch die verfassungsrechtlich verbürgte Unmittelbarkeit der Wahl. Der Wähler kann schon nicht erkennen, ob sich seine Stimme stets für die zu wählende Partei und deren Wahlbewerber positiv auswirkt, oder ob er durch seine Stimme den Misserfolg eines Kandidaten seiner eigenen Partei verursacht.

IV. § 7 Abs. 3 in Verbindung mit § 6 Abs. 4 und 5 BWG ist daher verfassungswidrig, soweit er den Effekt des negativen Stimmgewichts bewirkt.

Der Wahlfehler hat auch Mandatsrelevanz. Es handelt sich bei diesem Effekt nicht um eine sehr seltene Ausnahme, sondern er wirkt sich regelmäßig auf das Wahlergebnis aus, wenn bei einer Wahl zum Deutschen Bundestag Überhangmandate entstehen. Dies gilt auch für die Wahl zum 16. Deutschen Bundestag, bei der es zu insgesamt 16 Überhangmandaten kam. Wären zum Beispiel in Hamburg für die SPD etwa 19.500 Zweitstimmen weniger abgegeben worden, so hätte diese Partei im Ergebnis einen Sitz mehr im Deutschen Bundestag beanspruchen können.

Gleichwohl führt der Wahlfehler nicht zur Ungültigerklärung der Wahl und damit zur Auflösung des 16. Deutschen Bundestags. Der Fehler beruht auf einer nicht ganz einfach nachzuvollziehenden Paradoxie des geltenden Bundeswahlgesetzes und betrifft insgesamt nur wenige Mandate des Deutschen Bundestages. Eine Auflösung des Deutschen Bundestages, ohne dass zuvor dem Parlament Gelegenheit gegeben wird, das Bundeswahlgesetz anzupassen, würde darüber hinaus dazu führen, dass auch der dann zu wählende Bundestag auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage gewählt werden müsste. Im Gegensatz dazu sind die Folgen einer Entscheidung, die die bisherige Rechtslage für eine angemessene Übergangszeit billigt, von Verfassungs wegen hinnehmbar.

V. Dem Gesetzgeber ist eine angemessene Frist einzuräumen, die Verfassungswidrigkeit des geltenden Wahlsystems zu beheben. Die Behebung der Verfassungswidrigkeit dieser Normen betrifft nicht nur die Unterverteilung von Sitzen bei Listenverbindungen einer Partei, sondern das gesamte Berechnungssystem der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag. Der Gesetzgeber hat mehrere Möglichkeiten der Neuregelung, die jeweils deutliche Auswirkungen auf die geltenden Regelungen der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag haben. Im Hinblick darauf, dass der Effekt des negativen Stimmgewichts untrennbar mit den Überhangmandaten und der Möglichkeit von Listenverbindungen zusammenhängt, kann eine Neuregelung sowohl beim Entstehen der Überhangmandate oder bei der Verrechnung von Direktmandaten mit den Zweitstimmenmandaten oder auch bei der Möglichkeit von Listenverbindungen ansetzen. Je nach dem, für welche Alternative sich der Gesetzgeber entscheidet, ergeben sich Auswirkungen auf das gesamte Wahlsystem. Im Hinblick auf die hohe Komplexität des Regelungsauftrags und unter Berücksichtigung der gesetzlichen Fristen zur Vorbereitung einer Bundestagswahl erscheint es daher unangemessen, dem Gesetzgeber aufzugeben, das Wahlrecht rechtzeitig vor Ablauf der gegenwärtigen Wahlperiode zu ändern. Ein derart kurzer Zeitraum birgt die Gefahr, dass die Alternativen nicht in der notwendigen Weise bedacht und erörtert werden können. Dem Gesetzgeber wäre damit auch die Möglichkeit genommen, das für den Wähler kaum noch nachzuvollziehende Regelungsgeflecht der Berechnung der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag auf eine neue, normenklare und verständliche Grundlage zu stellen.

---

## **Heraufsetzung des Pensionsalters für Polizeibeamte in Rheinland-Pfalz verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden**

---

Früher traten in Rheinland-Pfalz Polizeibeamte mit Vollendung des 60. Lebensjahres in den Ruhestand. Seit dem 1. Januar 2004 sieht das Landesbeamtengesetz Rheinland-Pfalz eine Altersgrenze von 60 Jahren nur noch für Polizeibeamte vor, die mindestens 25 Jahre lang in bestimmten Sonderfunktionen eingesetzt waren. Für alle anderen Polizeibeamten wurde die Altergrenze je nach Laufbahngruppe und gestaffelt nach Geburtsjahrgang heraufgesetzt. Die allgemeine Altersgrenze für Beamte bildet das vollendete 65. Lebensjahr.

Der 1945 geborene Beschwerdeführer war zuletzt Kriminalhauptkommissar im gehobenen Polizeidienst des Landes Rheinland-Pfalz. Er wendet sich dagegen, dass seine Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand auf das 62. Lebensjahr festgesetzt wurde. Die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat seine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

### **Dem Nichtannahmebeschluss liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

Die Festsetzung der unterschiedlichen Altersgrenzen verstößt nicht gegen die Fürsorgepflicht des Dienstherrn als hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums. Der Gesetzgeber kann für einzelne Beamtengruppen besondere Altersgrenzen festsetzen. Er hat hier einen weiten Gestaltungsspielraum und kann auf der Grundlage von Erfahrungswerten generalisierende Regelungen dazu treffen, bis zu welchem Zeitpunkt er die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit der jeweiligen Beamtengruppe noch als gegeben ansieht. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass eine Heraufsetzung der Altersgrenze für Polizeibeamte, welche die allgemeine Altersgrenze für Beamte nicht übersteigt, sondern für alle Polizeibeamte bis auf die Beamten im höheren Dienst weiterhin darunter liegt, auf einer Fehleinschätzung beruht, die mit der Fürsorgepflicht nicht vereinbar wäre.

Der Beschwerdeführer ist auch nicht in seinem Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Der Gesetzgeber hat sich bei der Neubewertung der Altersgrenze maßgeblich von Erwägungen zu den Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Beamten und den besonderen Belastungen seines Dienstes leiten lassen, die seit jeher bei der Bestimmung der Altersgrenze eine Rolle gespielt haben. Sie sind sachgerecht und geben zu verfassungsrechtlichen Bedenken keinen Anlass. Wenn die Neuregelung auch das Ziel einer Haushaltskonsolidierung verfolgt, verbietet dies nicht eine systemgerechte Neubestimmung der Altersgrenzen. Dabei stellt die niedrige Altersgrenze für Beamte, die mindestens 25 Jahre lang besondere Funktionen wahrgenommen haben, eine zulässige Differenzierung dar. Die Regelung trägt der besonderen Belastung von Polizeibeamten in Sonderfunktionen wie dem Wechselschichtdienst Rechnung. Bei den Beamten, die über einen längeren Zeitraum besonderen physischen und psychischen Belastungen ausgesetzt sind, wird ein früherer Verlust der Leistungsfähigkeit vermutet. Dagegen ist die Rufbereitschaft, die der Beschwerdeführer lange Zeit ausgeübt hat, nach der zulässigen Einschätzung des Gesetzgebers nicht mit denselben Belastungen verbunden. Auch die Staffelung der Altersgrenze nach Geburtsjahrgängen erweist sich als verfassungsrechtlich zulässige Differenzierung. Der Gesetzgeber hat damit eine Übergangsregelung geschaffen, die den Interessen der Beamten am Fortbestand der bisherigen Rechtslage umso größeres Gewicht einräumt, je näher sie bei Inkrafttreten der Neuregelung bereits dem Ruhestandsalter waren.

---

## **Versagung des Verheiratetenzuschlags bei eingetragener Lebenspartnerschaft verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden**

---

Beamten wird neben ihrem Grundgehalt ein Familienzuschlag gewährt. Seine Höhe richtet sich nach der Besoldungsgruppe und der Stufe, die den Familienverhältnissen entspricht. Zur Stufe 1 gehören gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 1-3 Bundesbesoldungsgesetz (BBesG) verheiratete und verwitwete, außerdem geschiedene Beamte, soweit sie aus der Ehe zum Unterhalt verpflichtet sind ("Verheiratetenzuschlag"). Andere Beamte erhalten nach § 40 Abs. 1 Nr. 4 BBesG den Familienzuschlag der Stufe 1 nur, wenn sie einer in ihre Wohnung aufgenommenen Person Unterhalt gewähren und das Einkommen dieser Person eine bestimmte Höhe nicht überschreitet.

Der Beschwerdeführer ist Beamter. Er begründete Mitte 2004 eine eingetragene Lebenspartnerschaft. Seine Klage vor den Verwaltungsgerichten auf Zahlung des Verheiratetenzuschlags blieb ohne Erfolg.

Die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, da die Beschränkung des Verheiratetenzuschlags auf verheiratete Beamte - wie bereits im Beschluss vom 20. September 2007 ausgeführt (vgl. Pressemitteilung Nr. 100 vom 12. Oktober 2007) - verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Insbesondere steht die Vorschrift des § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG und ihre Anwendung durch die Gerichte im Einklang mit der Richtlinie 2000/78/EG in der Auslegung, die sie durch den Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil vom 1. April 2008 erfahren hat.

### **Dem Nichtannahmebeschluss liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

Nach der Entscheidung des Gerichtshofs kommt es für die Beantwortung der Frage, ob im vorliegenden Fall eine Diskriminierung vorliegt, darauf an, ob sich die Lebenspartner in einer Situation befinden, die in Bezug auf den Familienzuschlag mit der Situation von Ehegatten vergleichbar wäre. Dies ist zu verneinen. In Anknüpfung an die verfassungsrechtliche Wertung in Art. 6 Abs. 1 GG berücksichtigt § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG den in der Lebenswirklichkeit anzutreffenden typischen Befund, dass in der Ehe ein Ehegatte namentlich wegen der Aufgabe der Kindererziehung und hierdurch bedingter Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit tatsächlich Unterhalt vom Ehegatten erhält und so ein erweiterter Alimentationsbedarf entsteht. Demgegenüber hat der Gesetzgeber bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft in der Lebenswirklichkeit keinen typischerweise bestehenden Unterhaltsbedarf gesehen, der eine rechtliche Gleichstellung nahe legen könnte. Auch wenn die Lebenspartnerschaft der Ehe bezüglich der gegenseitigen Unterhaltspflichten der Partner grundsätzlich entspricht, besteht daher keine Gleichstellung bei den typisierenden Vereinfachungen im Bereich des Familienzuschlags.

---

## **Gewerbsteuerfreiheit von Selbständigen und Landwirten und Abfärberegung verfassungsgemäß**

---

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hatte aufgrund einer Vorlage des Niedersächsischen Finanzgerichts über zwei Fragen im Zusammenhang mit der Gewerbesteuer zu entscheiden und kam zu folgendem Ergebnis:

Es ist mit dem Gleichheitssatz vereinbar, dass die Einkünfte der freien Berufe, der sonstigen Selbständigen und der Land- und Forstwirte nicht der Gewerbesteuer unterliegen.

Es verstößt auch nicht gegen den Gleichheitssatz, dass nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 Einkommensteuergesetz ("Abfärberegung") die gesamten Einkünfte einer Personengesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gelten und damit der Gewerbesteuer unterliegen, wenn die Gesellschaft auch nur teilweise eine gewerbliche Tätigkeit ausübt.

### **Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

- I. Der Gesetzgeber hat bei der Entscheidung darüber, ob die freien Berufe, sonstigen Selbständigen und die Land- und Forstwirte zusammen mit den übrigen Gewerbetreibenden zur Gewerbesteuer herangezogen werden sollen, den ihm zustehenden Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum nicht überschritten. Es gibt nach wie vor hinreichend tragfähige Gründe für eine Differenzierung.
  1. Die Nichteinbeziehung der freien Berufe in die Gewerbesteuer spiegelt eine mittlerweile über 70 Jahre währende Rechtstradition wider. An dieser über einen so langen Zeitraum tradierten Differenzierung zwischen Gewerbetreibenden und freien Berufen darf der Gesetzgeber so lange festhalten, bis offen zutage tritt, dass im Hinblick auf den Steuergegenstand und die wesentlichen Besteuerungsmerkmale keine tragfähigen Unterschiede mehr zwischen diesen Berufsgruppen bestehen. Dies ist indes nicht der Fall. Die im Regelfall akademische oder vergleichbare besondere berufliche Qualifikation oder schöpferische Begabung als Voraussetzung für die Erlernung und Ausübung eines freien Berufs, die besondere Bedeutung der persönlichen, eigenverantwortlichen und fachlich unabhängigen Erbringung der Arbeit, verbunden mit einem häufig höchstpersönlichen Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber, aber auch die spezifische staatliche, vielfach auch berufsautonome Reglementierung zahlreicher freier Berufe insbesondere im Hinblick auf berufliche Pflichten und Honorarbedingungen lassen bei der gebotenen typisierenden Betrachtung auch heute noch signifikante Unterschiede zwischen freien Berufen und Gewerbetreibenden erkennen.

Diese Unterschiede stehen in einem sachlichen Bezug zu der traditionellen Rechtfertigung der Gewerbesteuer aus dem Äquivalenzprinzip. Danach erweist sich die Herausnahme der freien Berufe aus der Gewerbesteuer nicht als willkürlich. Der Gedanke, dass die Gewerbesteuer einen pauschalen Ausgleich für die besonderen Infrastrukturlasten bietet, die durch die Ansiedlung von Gewerbebetrieben verursacht werden, hat nach wie vor Bestand. Die Annahme, dass die freien Berufe typischerweise in geringerem Umfang Infrastrukturlasten der Gemeinden verursachen als die Gewerbetreibenden, liegt nahe. Die Annäherungen im Berufsbild einer Reihe von freien Berufen auf der einen und von Gewerbetreibenden auf der anderen Seite ändern nichts an der Berechtigung zur typisierenden Einordnung der freien Berufe als im Regelfall weniger personal- und produktionsmittelintensiv. Die auf dieser Annahme beruhende Differenzierung rechtfertigt sich vor allem auch vor dem Hintergrund, dass die Freibeträge für die Gewerbeertrag- und bis 1993 für die Gewerbekapitalsteuer mehrfach erhöht worden sind. Dies hat dazu geführt, dass in den vergangenen Jahren nur noch etwa 30% der Gewerbetreibenden tatsächlich mit Gewerbesteuer belastet wurden. Steuerpflichtig sind danach nicht die kleineren Gewerbebetriebe, die hinsichtlich der Beanspruchung von Infrastrukturleistungen am ehesten mit den freien Berufen vergleichbar sind, sondern die ertragsstarken und damit regelmäßig die mittleren und größeren Gewerbebetriebe mit einer typischerweise höheren Verursachung von Infrastrukturlasten.

2. Die Land- und Forstwirte unterscheiden sich von den Gewerbetreibenden wesentlich durch das in der Flächegebundenheit ihrer Betriebe zum Ausdruck kommende besondere Gewicht des Produktionsfaktors Boden und die Abhängigkeit ihres Wirtschaftserfolges von den Wetterbedingungen. Außerdem unterliegen sie einer Sonderbelastung im Bereich der Grundsteuer. Das Bundesverfassungsgericht hat es daher schon bisher als in der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers liegend angesehen, die Land- und Forstwirte nicht der Gewerbesteuer zu unterwerfen.
3. Schließlich reduzieren verschiedene Anrechnungs- oder Kompensationsbestimmungen im Einkommensteuerrecht, die die "Doppelbelastung" der Gewerbebetriebe mit Einkommen- und Gewerbesteuer mindern oder weitgehend beseitigen sollen, das Gewicht der Ungleichbehandlung zwischen Gewerbetreibenden und freien Berufen, sonstigen Selbständigen und Land- und Forstwirten im Ergebnis beträchtlich und schließen damit ebenfalls die Annahme einer willkürlichen Entscheidung des Gesetzgebers aus.

II. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ("Abfärberegulation") ist mit dem Gleichheitssatz vereinbar. Die hieraus folgende Ungleichbehandlung der gemischt tätigen Personengesellschaft gegenüber dem Einzelunternehmer, der im Gegensatz zur Personengesellschaft gleichzeitig mehrere verschiedene Einkunftsarten verwirklichen kann, ist durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt.

Die Regelung verfolgt in erster Linie das Ziel, die Ermittlung der Einkünfte gemischt tätiger Personengesellschaften zu vereinfachen, indem sie alle Einkünfte typisierend auf die Einkunftsart gewerblicher Einkünfte konzentriert. Der Einwand, die Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Einkünfte und Abgrenzung der Einkunftsarten bestünden in gleicher Weise beim Einzelunternehmer, vernachlässigt die Dimension der Probleme bei den Personengesellschaften. Im Fall des Einzelsteuerpflichtigen geht es um die Abgrenzung mehrerer Einkunftsarten bei einem Steuersubjekt. Bei einer Personengesellschaft hingegen ist die Abgrenzung mehrerer Einkunftsarten bei mehreren Steuerpflichtigen erforderlich, die diese zudem noch in unterschiedlicher Intensität verwirklichen können. Dies eröffnet eine Vielfalt von Kombinations-

möglichkeiten an Tätigkeiten und Vermögensobjekten mit Einkunftsarten und Steuerpflichtigen bei einer Personengesellschaft, die die Möglichkeiten eines Einzelunternehmers bei weitem übertreffen. Außerdem ist die Einkünfteermittlung bei der Personengesellschaft durch eine ganze Reihe von steuerlichen Besonderheiten gekennzeichnet, die beim Einzelunternehmer fehlen. Angesichts dieser Schwierigkeiten ist es von Verfassung wegen nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber bei den Personengesellschaften ein gewichtiges Vereinfachungsbedürfnis im Hinblick auf die Ermittlung der Einkünfte gesehen hat.

Ein weiterer legitimer Zweck der Regelung besteht in der Sicherung des Gewerbesteueraufkommens. Die Abfärberegelung soll verhindern, dass infolge unzureichender Abgrenzungsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Tätigkeiten einer Gesellschaft gewerbliche Einkünfte der Gewerbesteuer entzogen werden.

Die mit der Typisierung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG für die Personengesellschaften verbundenen Nachteile stehen in einem vertretbaren Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Zielen. Das Gewicht der mit ihr einhergehenden Ungleichbehandlung der Personengesellschaften ist zwar erheblich. Die Belastung wird allerdings vor allem durch die Möglichkeit gemildert, der Abfärberegelung durch gesellschaftsrechtliche Gestaltung auszuweichen, die mit keinen nennenswerten Belastungen oder Risiken verbunden ist.

---

## **Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen über der Türkei bedurfte der Zustimmung des Bundestags**

---

Für den Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen der NATO zur Luftraumüberwachung über dem Hoheitsgebiet der Türkei im Frühjahr 2003 hätte die Bundesregierung die Zustimmung des Deutschen Bundestags einholen müssen. Dies entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Urteil vom 7. Mai 2008. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte greift ein, wenn nach dem jeweiligen Einsatzzusammenhang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist. Diese Voraussetzungen lagen hier vor. Mit der Luftraumüberwachung der Türkei in AWACS-Flugzeugen der NATO haben sich deutsche Soldaten an einem Militäreinsatz beteiligt, bei dem greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine drohende Verstrickung in bewaffnete Auseinandersetzungen bestanden.

(Zum Sachverhalt vgl. Pressemitteilung [Nr. 4 vom 21. Januar 2008](#))

### **Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

1. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 12. Juli 1994 aus dem Gesamtzusammenhang wehrverfassungsrechtlicher Vorschriften des Grundgesetzes und vor dem Hintergrund der deutschen Verfassungstradition dem Grundgesetz ein allgemeines Prinzip entnommen, nach dem jeder Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Deutschen Bundestags bedarf. Die in Art. 24 Abs. 2 GG enthaltene Ermächtigung zur Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit bildet danach die verfassungsrechtliche Grundlage für die Beteiligung der Bundeswehr an Einsätzen außerhalb des Bundesgebiets, soweit diese im Rahmen und nach den Regeln eines solchen Systems erfolgen. Der Deutsche Bundestag muss nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG der Vertragsgrundlage eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit zustimmen. Die Konkretisierung des Vertrags, die Ausfüllung des mit ihm niedergelegten Integrationsprogramms ist dagegen Aufgabe der Bundesregierung. Die deutsche Mitwirkung an der strategischen Gesamtausrichtung und an der Willensbildung über konkrete Einsätze des Bündnisses liegt damit ganz überwiegend in den Händen der Bundesregierung.
2. Die bündnispolitische Gestaltungsfreiheit der Bundesregierung schließt aber nicht die Entscheidung ein, wer innerstaatlich darüber zu befinden hat, ob sich Soldaten der Bundeswehr an einem konkreten Einsatz beteiligen, der im Bündnis beschlossen wurde. Wegen der politischen Dynamik eines Bündnissystems ist es umso bedeutsamer, dass die größer gewordene Verantwortung für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte in der Hand des Repräsentationsorgans des Volkes liegt. Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt stellt insoweit ein wesentliches Korrektiv für die Grenzen der parlamentarischen Verantwortungsübernahme im Bereich der auswärtigen Sicherheitspolitik dar. Der Deutsche Bundestag ist bei Einsatz bewaffneter Streitkräfte zur grundlegenden, konstitutiven Entscheidung berufen, ihm obliegt die Verantwortung für den bewaffneten Außeneinsatz der Bundeswehr. Angesichts der Funktion und Bedeutung des wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalts darf seine Reichweite nicht restriktiv bestimmt werden. Vielmehr ist der Parlamentsvorbehalt im Zweifel parlamentarsfreundlich auszulegen. Wenn und soweit dem Grundgesetz eine Zuständigkeit des Deutschen Bundestags in Form eines wehrverfassungsrechtlichen Mitentscheidungsrechts entnommen werden kann, besteht gerade kein eigenverantwortlicher Entscheidungsraum der Bundesregierung. Der Parlamentsvorbehalt ist Teil des Bauprinzips der Gewaltenteilung, nicht seine Durchbrechung.

3. Ein unter dem Grundgesetz nur auf der Grundlage einer konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestags zulässiger Einsatz bewaffneter Streitkräfte liegt vor, wenn deutsche Soldaten in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind. Für den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt kommt es nicht darauf an, ob bewaffnete Auseinandersetzungen sich schon im Sinne eines Kampfgeschehens verwirklicht haben, sondern darauf, ob nach dem jeweiligen Einsatzzusammenhang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist. Die bloße Möglichkeit, dass es bei einem Einsatz zu bewaffneten Auseinandersetzungen kommt, reicht hierfür nicht aus. Erst die qualifizierte Erwartung einer Einbeziehung in bewaffnete Auseinandersetzungen führt zur parlamentarischen Zustimmungsbedürftigkeit eines Auslandseinsatzes deutscher Soldaten. Hierfür bedarf es zum einen hinreichender greifbarer tatsächlicher Anhaltspunkte, dass ein Einsatz nach seinem Zweck, den konkreten politischen und militärischen Umständen sowie den Einsatzbefugnissen in die Anwendung von Waffengewalt münden kann. Zum anderen bedarf es einer besonderen Nähe der Anwendung von Waffengewalt. Danach muss die Einbeziehung unmittelbar zu erwarten sein. Ein Anhaltspunkt für die drohende Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen besteht, wenn sie im Ausland Waffen mit sich führen und ermächtigt sind, von ihnen Gebrauch zu machen.

Die Frage, ob eine Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Unternehmungen besteht, ist gerichtlich voll überprüfbar. Ein vom Bundesverfassungsgericht nicht oder nur eingeschränkt nachprüfbarer Einschätzungs- oder Prognosespielraum ist der Bundesregierung hier nicht eröffnet.

4. Nach diesem Maßstab war die Beteiligung deutscher Soldaten an der Luftraumüberwachung der Türkei durch die NATO vom 26. Februar bis zum 17. April 2003 ein Einsatz bewaffneter Streitkräfte, der nach dem wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt der Zustimmung des Deutschen Bundestags bedurfte. Mit der Luftraumüberwachung der Türkei in AWACS-Flugzeugen der NATO haben sich deutsche Soldaten an einem Militäreinsatz beteiligt, bei dem greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine drohende Verstrickung in bewaffnete Auseinandersetzungen bestanden. Die eingesetzten AWACS-Aufklärungsflugzeuge waren Teil eines Systems konkreter militärischer Schutzmaßnahmen gegen einen befürchteten Angriff auf das Bündnisgebiet der NATO. Die Überwachung des türkischen Luftraums hatte von Beginn an einen spezifischen Bezug zu einer aufgrund konkreter Umstände für möglich gehaltenen militärischen Auseinandersetzung mit dem Irak. Auf eine solche Auseinandersetzung hatte sich die NATO spätestens ab dem 18. März 2003 ernsthaft eingestellt, weil der Beginn der Kampfhandlungen im Irak allgemein erwartet wurde. Es bestand ersichtlich mehr als eine lediglich abstrakte Möglichkeit bewaffneter Auseinandersetzungen. Es lagen vielmehr greifbare tatsächliche Anhaltspunkte vor, nach denen die Verwicklung der NATO in eine militärische Auseinandersetzung zu erwarten war.

Eine Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen war auch unmittelbar zu erwarten. Spätestens mit den aufgrund der Lageverschlechterung erweiterten Einsatzregeln hing die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen nur noch davon ab, ob und wann der Irak einen Angriff auf die Türkei unternehmen würde.

---

## **Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Durchsuchung bei einem Rechtsanwalt**

---

Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt. Wegen einiger Passagen in einem Beschwerdeschriftsatz für einen Mandanten erstattete der erkennende Amtsrichter gegen den Beschwerdeführer Strafanzeige wegen Beleidigung. In der Anzeige macht der Richter unter anderem geltend, dass ihm in der Beschwerdeschrift vorgeworfen werde, er hätte in diesem Beschluss 'wider besseres Wissen' Tatsachen falsch dargestellt, hätte zu einer Summe einen Betrag von 400.000 € 'hinzugemogelt' und Beträge in 'unzulässiger und rechtswidriger Weise' übertrieben, sei seiner Verpflichtung nicht nachgekommen, selbst die Grundlagen seiner Entscheidung zu beurteilen, hätte sich für eine behauptete Ungereimtheit scheinbar nicht interessiert, 'weil sie ja vielleicht zugunsten des Beschuldigten gewertet werden müsste' und hätte sich gegenüber einer bestimmten behaupteten Konstellation 'stur nicht erkennend' gestellt. In dem daraufhin von der Staatsanwaltschaft eingeleiteten Ermittlungsverfahren erließ das Amtsgericht einen Durchsuchungsbeschluss, um in der Wohnung und in den Kanzleiräumen "Handakten und Unterlagen" aufzufinden, "aus denen sich ergibt, ob der Beschuldigte wider besseren Wissen gehandelt hat und was Grundlage seiner Behauptungen in der Beschwerdeschrift vom 14.10.2005 ... ist". Bei der Durchsuchung der Kanzlei gab der Rechtsanwalt verschiedene Unterlagen heraus. In seinem Wohnhaus wurden sämtliche Unterlagen durchgesehen, aber nichts gefunden.

Die gegen die Durchsuchungsanordnung und die sie bestätigende Entscheidung des Landgerichts gerichtete Verfassungsbeschwerde des Rechtsanwalts hatte Erfolg. Die 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, dass die angegriffenen Entscheidungen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) verletzen. Zur Begründung heißt es in dem Beschluss unter anderem:

Die herausgehobene Bedeutung der Berufsausübung eines Rechtsanwalts für die Rechtspflege und für die Wahrung der Rechte seiner Mandanten gebietet die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, auch wenn die Beschlagnahme und die auf sie gerichtete Durchsuchung bei einem als Strafverteidiger tätigen Rechtsanwalt durch § 97 StPO nicht generell ausgeschlossen ist, wenn dieser selbst Beschuldigter in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren ist.

Die Durchsuchung der Kanzleiräume und der Wohnung des Beschwerdeführers war nicht erforderlich, um den Tatverdacht zu erhärten. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Äußerungen ergaben sich aus einem Schriftsatz in einer den Ermittlungsbehörden zugänglichen Gerichtsakte. Die Handakte des Beschwerdeführers war zum Beweis der ihm vorgeworfenen Äußerungen nicht erforderlich, denn es war nicht zweifelhaft, dass die vorgeworfenen Äußerungen tatsächlich vom Beschwerdeführer stammten. Das Auffinden etwaigen entlastenden Materials in den Unterlagen des Beschwerdeführers kann den Grundrechtseingriff ebenfalls nicht rechtfertigen; denn es wäre dem Beschwerdeführer ohne weiteres möglich gewesen, solches Material im Rahmen seiner Verteidigung selbständig vorzulegen.

Die angegriffenen Beschlüsse lassen nicht erkennen, dass die Gerichte eine Abwägung der berührten Grundrechte mit der Schwere des Tatvorwurfes vorgenommen hätten. Angesichts der Möglichkeit, durch die Ermittlungen wegen Richterbeleidigung Zugriff auf die sonst den Ermittlungsbehörden nach § 97 Abs. 1 in Verbindung mit § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO entzogenen Verteidigerakten zu erhalten, hätte die Durchsuchung einer besonders sorgfältigen Prüfung und Begründung bedurft. Dabei wäre auch die geringe Beweisbedeutung der zu suchenden Unterlagen für das Ermittlungsverfahren zu berücksichtigen gewesen. Dem angegriffenen Durchsuchungsbeschluss liegt keine diese Gesichtspunkte berücksichtigende Abwägung zugrunde.

---

## **Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Handyverbot am Steuer**

---

Gegen die Beschwerdeführerin, eine Rechtsanwältin, wurde ein Bußgeld verhängt, da sie am Steuer ihres Fahrzeugs ein Mobiltelefon benutzt hatte. Im Hinblick darauf, dass sie in jüngerer Vergangenheit bereits in drei Fällen gegen das Handyverbot verstoßen hatte, setzte das Amtsgericht die Geldbuße auf 240 Euro fest. Das Oberlandesgericht verwarf den hiergegen gerichteten Antrag der Beschwerdeführerin. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Verbotsnorm des § 23 Abs. 1a Straßenverkehrsordnung bestünden nicht. Angesichts der Hartnäckigkeit, mit der sich die Beschwerdeführerin immer wieder über das Verbot hinwegsetze, erscheine eine Erhöhung der Regelbuße um das 6-fache auch als schuldangemessen.

Die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin, mit der diese das Handyverbot am Steuer als verfassungswidrig rügte, nicht zur Entscheidung angenommen.

---

## Eilantrag in Sachen "Vorratsdatenspeicherung" teilweise erfolgreich

---

Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung vom 21. Dezember 2007 dient unter anderem dazu, die Richtlinie der Europäischen Union über die Vorratsdatenspeicherung in deutsches Recht umzusetzen. Zu diesem Zweck enthält sein Art. 2 Änderungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG). Gegenstand der von acht Bürgern erhobenen Verfassungsbeschwerde sind die neu geschaffenen §§ 113a, 113b TKG. § 113a TKG regelt die *Speicherungspflicht* für Daten. Anbieter von Telekommunikationsdiensten werden verpflichtet, bestimmte Verkehrs- und Standortdaten, die bei der Nutzung von Telefon, Handy, E-Mail und Internet anfallen, für einen Zeitraum von sechs Monaten zu speichern. § 113b TKG regelt die **Verwendung** der gespeicherten Daten. Danach kann der bevorratete Datenbestand zum Zwecke der Verfolgung von Straftaten, der Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und der Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben abgerufen werden. Die Norm enthält keine eigenständige Abrufbefugnis, sie setzt vielmehr gesonderte gesetzliche Bestimmungen über einen Datenabruf unter Bezugnahme auf § 113a TKG voraus. Bislang nimmt lediglich die Strafprozessordnung (§ 100g StPO) auf § 113a TKG Bezug und ermöglicht zum Zweck der Strafverfolgung ein Auskunftersuchen über solche Telekommunikations-Verkehrsdaten, die ausschließlich aufgrund der in § 113a TKG geregelten Bevorratungspflicht gespeichert sind.

Der Antrag der Beschwerdeführer, §§ 113a, 113b TKG im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde außer Kraft zu setzen, hatte teilweise Erfolg. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts ließ die Anwendung von § 113b TKG, soweit er die Verwendung der gespeicherten Daten zum Zweck der Strafverfolgung regelt, bis zur Entscheidung in der Hauptsache nur modifiziert zu. Aufgrund eines Abrufersuchens einer Strafverfolgungsbehörde hat der Anbieter von Telekommunikationsdiensten die verlangten Daten zwar zu erheben und zu speichern. Sie sind jedoch nur dann an die Strafverfolgungsbehörde zu übermitteln, wenn Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO ist, die auch im Einzelfall schwer wiegt, der Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet ist und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (§ 100a Abs. 1 StPO). In den übrigen Fällen ist von einer Übermittlung der Daten einstweilen abzusehen. Zugleich wurde der Bundesregierung aufgegeben, dem Bundesverfassungsgericht zum 1. September 2008 über die praktischen Auswirkungen der Datenspeicherungen und der vorliegenden einstweiligen Anordnung zu berichten. Im Übrigen lehnte der Erste Senat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab; insbesondere lehnte er die Aussetzung des Vollzugs von § 113a TKG, der allein die Speicherungspflicht für Daten regelt, ab.

**Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

Das Bundesverfassungsgericht darf von seiner Befugnis, das Inkrafttreten oder den Vollzug eines Gesetzes auszusetzen, nur mit größter Zurückhaltung Gebrauch machen, da der Erlass einer solchen einstweiligen Anordnung stets ein erheblicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist. Der Prüfungsmaßstab ist noch weiter verschärft, wenn eine einstweilige Anordnung begehrt wird, durch die der Vollzug einer Rechtsnorm ausgesetzt wird, soweit sie zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in das deutsche Recht umsetzt. Eine solche einstweilige Anordnung droht über die Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache hinauszugehen und kann zudem das Gemeinschaftsinteresse an einem effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts stören.

Ob und unter welchen Voraussetzungen das Bundesverfassungsgericht den Vollzug eines Gesetzes aussetzen kann, soweit es zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben umsetzt, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Eine derartige einstweilige Anordnung setzt aber zumindest voraus, dass aus der Vollziehung des Gesetzes den Betroffenen ein besonders schwerwiegender und irreparabler Schaden droht, dessen Gewicht das Risiko hinnehmbar erscheinen lässt, im Eilverfahren über die Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache hinauszugehen und das Gemeinschaftsinteresse an einem effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts schwerwiegend zu beeinträchtigen. Nach diesen Maßstäben ist dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nur teilweise stattzugeben.

I. Eine Aussetzung des Vollzugs von § 113a TKG (Speicherungspflicht) scheidet aus. Ein besonders schwerwiegender und irreparabler Nachteil, der es rechtfertigen könnte, den Vollzug der Norm ausnahmsweise im Wege einer einstweiligen Anordnung auszusetzen, liegt in der Datenspeicherung allein nicht. Zwar kann die umfassende und anlasslose Bevorratung sensibler Daten über praktisch jedermann für staatliche Zwecke, die sich zum Zeitpunkt der Speicherung der Daten nicht im Einzelnen absehen lassen, einen erheblichen Einschüchterungseffekt bewirken. Der in der Vorratsdatenspeicherung für den Einzelnen liegende Nachteil für seine Freiheit und Privatheit verdichtet und konkretisiert sich jedoch erst durch einen Abruf seiner Daten zu einer möglicherweise irreparablen individuellen Beeinträchtigung.

II. Hingegen ist die in § 113b Satz 1 Nr. 1 TKG ermöglichte Nutzung der bevorrateten Daten zu Zwecken der Strafverfolgung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde teilweise auszusetzen. Die erforderliche Folgenabwägung ergibt, dass das öffentliche Interesse am Vollzug der Norm hinter den Nachteilen, die durch den Normvollzug drohen, teilweise zurückstehen muss.

1. Erginge keine einstweilige Anordnung, erwiese sich die Verfassungsbeschwerde aber später als begründet, so drohten Einzelnen und der Allgemeinheit in der Zwischenzeit Nachteile von ganz erheblichem Gewicht. In dem Verkehrsdatenabruf selbst liegt ein schwerwiegender und nicht mehr rückgängig zu machender Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG (Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses). Ein solcher Datenabruf ermöglicht es, weitreichende Erkenntnisse über das Kommunikationsverhalten und die sozialen Kontakte des Betroffenen zu erlangen. Zudem werden in vielen Fällen die durch den Verkehrsdatenabruf erlangten Erkenntnisse die Grundlage für weitere Ermittlungsmaßnahmen bilden. Schließlich können die abgerufenen Verkehrsdaten sowie die durch weitere Ermittlungsmaßnahmen, die an den Verkehrsdatenabruf anknüpfen, erlangten Erkenntnisse Grundlage eines Strafverfahrens oder gegebenenfalls einer strafrechtlichen Verurteilung des Betroffenen werden, die ohne die Datenbevorratung und den Datenabruf nicht möglich gewesen wäre.

2. Erginge eine auf den Abruf der bevorrateten Daten bezogene einstweilige Anordnung, erwiesen sich die angegriffenen Normen jedoch später als verfassungsgemäß, so könnten sich Nachteile für das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung ergeben. Diese Nachteile wiegen allerdings teilweise weniger schwer und sind hinzunehmen, wenn nicht das Abrufersuchen ausgeschlossen, sondern lediglich die Übermittlung und Nutzung der auf das Ersuchen hin von dem zur Speicherung Verpflichteten erhobenen Daten ausgesetzt werden. Sollten die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Normen sich als verfassungsgemäß erweisen, so könnten anschließend diese Daten in vollem Umfang zum Zweck der Strafverfolgung genutzt werden. Eine Vereitelung der Strafverfolgung durch die zwischenzeitliche Löschung der bevorrateten Daten ist dann nicht zu besorgen.

Die Übermittlung und Nutzung der von einem Diensteanbieter auf ein Abrufersuchen hin erhobenen Daten sind allerdings in den Fällen nicht zu beschränken, in denen Gegenstand des Ermittlungsverfahrens eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO ist, die auch im Einzelfall schwer wiegt, der Verdacht durch bestimmte Tatsachen begründet ist und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (§ 100a Abs. 1 StPO). Im verfassungsgerichtlichen Eilverfahren ist von der Einschätzung des Gesetzgebers auszugehen, nach der die in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftaten so schwer wiegen, dass sie auch gewichtige Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG rechtfertigen können. In diesen Fällen hat das öffentliche Strafverfolgungsinteresse daher grundsätzlich ein derartiges Gewicht, dass eine Verzögerung durch eine einstweilige Anordnung nicht hingenommen werden kann. Dabei ist im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht zu klären, ob der deutsche Gesetzgeber durch die Richtlinie 2006/24/EG verpflichtet war, sämtliche der in § 100a Abs. 2 StPO aufgeführten Straftaten in die Abrufermächtigung des § 100g StPO einzubeziehen.

Liegen diese Voraussetzungen hingegen nicht vor, ist die Übermittlung und Nutzung der bevorrateten Verkehrsdaten einstweilen auszusetzen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Abrufermächtigung der Strafprozessordnung (§ 100g StPO) Verkehrsdatenabrufe bei Verdacht auf sonstige "Straftaten von im Einzelfall erheblicher Bedeutung" oder auf Straftaten mittels Telekommunikation ermöglicht, ist das Risiko hinzunehmen, dass eine Verzögerung der Datennutzung das Ermittlungsverfahren insgesamt vereitelt. Die Nichtaufnahme in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO indiziert, dass der Gesetzgeber den verbleibenden Straftaten im Hinblick auf Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG geringere Bedeutung beigemessen hat. Dementsprechend geringer zu gewichten sind die Nachteile durch eine Aussetzung der Datennutzung, die im Rahmen der Folgenabwägung der Beeinträchtigung der Grundrechte der Betroffenen gegenüber zu stellen sind.

III. Für eine einstweilige Anordnung über die Datennutzung zu präventiven Zwecken (§113b Satz 1 Nr. 2 und 3 TKG) besteht kein Anlass, da bislang keine fachrechtlichen Abrufermächtigungen bestehen, die ausdrücklich auf § 113a TKG Bezug nehmen.

---

## **Absolutes Verbot für politische Parteien, sich an privaten Rundfunkveranstaltungen zu beteiligen, verfassungswidrig**

---

Der Normenkontrollantrag von 232 Abgeordneten des Deutschen Bundestages gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 Hessisches Privatrundfunkgesetz, wonach es politischen Parteien und Wählergruppen verwehrt ist, sich direkt oder mittelbar an privaten Rundfunkunternehmen zu beteiligen, ist erfolgreich. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte mit Urteil vom 12. März 2008 fest, dass die angegriffene Norm mit Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 GG unvereinbar ist. Dem Gesetzgeber steht es zwar frei, Parteien die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an privaten Rundfunkunternehmen insoweit zu untersagen, als sie dadurch bestimmenden Einfluss auf die Programmgestaltung oder die Programminhalte nehmen können. Das absolute Verbot für politische Parteien, sich an privaten Rundfunkveranstaltungen zu beteiligen, ist dagegen mit der Verfassung nicht vereinbar.

Der Gesetzgeber ist gehalten, bis zum 30. Juni 2009 den Verfassungsverstoß durch eine Neuregelung zu beheben.

(Zum Sachverhalt und rechtlichen Hintergrund vgl. [Pressemitteilung Nr. 83](#) vom 30. Juli 2007)

### **Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

- I. § 6 Abs. 2 Nr. 4 HPRG ist formell verfassungsgemäß, insbesondere hat das Land Hessen die Gesetzgebungskompetenz. Es handelt sich nicht um eine Regelung des Parteienrechts, für die gemäß Art. 21 Abs. 3 GG eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht, sondern um eine des Rundfunkrechts. Unmittelbarer Regelungsgegenstand ist das Verfahren über die Zulassung von privaten Rundfunkveranstaltungen. Im Zusammenhang mit den Zulassungsbedingungen, durch die u.a. auch andere staatsnahe natürliche und juristische Personen aus dem Kreis der Rundfunkveranstalter ausgeschlossen werden, wird deutlich, dass es um eine umfassende Regelung zur Gewährleistung der Staatsferne des Rundfunks geht.
- II. § 6 Abs. 2 Nr. 4 HPRG ist jedoch materiell verfassungswidrig. Das absolute Verbot für politische Parteien, sich an privaten Rundfunkveranstaltungen zu beteiligen, verstößt gegen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 GG.
  1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einen Auftrag zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit, der auf eine Ordnung zielt, die sicherstellt, dass die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk in möglichster Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG fordert zudem die Staatsfreiheit des Rundfunks. Es ist dem Gesetzgeber daher versagt, Regelungen zu treffen, die zulassen, dass der Staat unmittelbar oder mittelbar ein Unternehmen beherrscht, das Rundfunksendungen veranstaltet. In dem Beherrschungsverbot erschöpft sich die Garantie der Rundfunkfreiheit gegenüber dem Staat aber nicht. Vielmehr soll jede politische Instrumentalisierung des Rundfunks ausgeschlossen werden.

Der Grundsatz der Staatsfreiheit ist auch im Verhältnis zu den Parteien zu beachten. Zwar sind diese nicht dem Staat zuzuordnen; jedoch besteht eine gewisse Staatsnähe der Parteien, die eine Beachtung des Grundsatzes der Staatsfreiheit des Rundfunks für die Ausgestaltung von Parteibeteiligungen an Rundfunkveranstaltungen notwendig macht. Die Parteien weisen verglichen mit anderen gesellschaftlichen Kräften eine besondere Staatsnähe auf. Sie sind ihrem Wesen nach auf die Erlangung staatlicher Macht ausgerichtet und üben entscheidenden Einfluss auf die Besetzung der obersten Staatsämter aus. Die Parteien beeinflussen die Bildung des Staatswillens, indem sie in die staatlichen Institutionen hineinwirken, vor allem durch Einflussnahme auf die Beschlüsse und Maßnahmen von Parlament und Regierung. Hierbei kommt es zu personellen Überschneidungen zwischen politischer Partei und Staatsorgan. Der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks ist vom Gesetzgeber daher grundsätzlich auch bei der Beteiligung von politischen Parteien an der Veranstaltung und Überwachung von Rundfunk zu beachten.

2. Bei der Zulassung von Bewerbern zum Privatrundfunk hat der Gesetzgeber nicht nur die Meinungsvielfalt und die Staatsfreiheit des Rundfunks zu beachten. Er muss auch die Rechte privater Rundfunkbetreiber und die verfassungsrechtlich abgesicherte Position der Parteien berücksichtigen. Parteien können sich ebenso wie auf die Meinungsfreiheit grundsätzlich auch auf die Rundfunkfreiheit berufen. Die Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG ergänzen die besondere, durch den Mitwirkungsauftrag des Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG geprägte, Funktion der Parteien.
3. Der Gesetzgeber hat einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Regelung der Zulässigkeit der Beteiligung von Parteien am Privatrundfunk. Ihm steht es frei, den Parteien die Zulassung zur Veranstaltung von Privatrundfunk zu verwehren, soweit sie bestimmenden Einfluss auf die Programmgestaltung oder Programminhalte nehmen können. In diesen Fällen ist der Ausschluss von Parteien zur Herstellung und Erhaltung der Meinungsvielfalt im Rundfunk und zur Gewährleistung der Staatsfreiheit geeignet, denn es bestehen Gefahren für die mit der Verwirklichung der Rundfunkfreiheit verfolgten Ziele, vor allem für die Staatsfreiheit des Rundfunks. Ein Verbot für Parteien, sich mit bestimmendem Einfluss an privaten Rundfunkunternehmen zu beteiligen, dient der Abwehr staatsnaher Einflussnahme auf die inhaltliche Programmgestaltung. Der Gesetzgeber darf nicht nur manifeste Gefahren unmittelbarer Lenkung oder Maßregelung des Rundfunks abwehren, sondern auch indirekten Einwirkungen wehren, mit denen Einfluss auf das Programm oder Druck auf die im Rundfunk Tätigen ausgeübt werden kann. Parteien können auch im Rundfunkbereich einen Einfluss ausüben, der sich von einem als "staatlich" in Erscheinung tretenden Einfluss der Mehrheitsparteien kaum unterscheiden lässt. Deshalb sind jedenfalls diejenigen landesrechtlichen Regelungen von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden, nach denen politischen Parteien, Wählervereinigungen und von ihnen wirtschaftlich abhängigen Unternehmen und Vereinigungen eine Erlaubnis zum Betreiben von Privatrundfunk nicht erteilt werden darf. Allerdings ist der Gesetzgeber nicht gehalten, sich bei der Begrenzung der Beteiligungsmöglichkeiten der Parteien an Rundfunkunternehmen auf das Verbot einer Beherrschung im Sinne von § 17 AktG zu beschränken. Entscheidend ist nicht allein der nominale Anteil am Kapital oder an Stimmrechten, sondern der tatsächliche Einfluss auf die Programmgestaltung oder die Programminhalte. Es obliegt dem Gesetzgeber, hierfür geeignete und nachvollziehbare Kriterien zu normieren.

4. Demgegenüber bedeutet das absolute Verbot für politische Parteien, sich an privaten Rundfunkveranstaltern zu beteiligen, keine zulässige gesetzgeberische Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit. Das absolute Beteiligungsverbot verfehlt die vom Gesetzgeber herzustellende angemessene Zuordnung der verschiedenen Rechtspositionen. Die für die politischen Parteien eintretenden Nachteile stehen auch bei Berücksichtigung der weitreichenden Ausgestaltungsermächtigung des Gesetzgebers zum Maß der Förderung der mit der Regelung verfolgten Ziele außer Verhältnis. Das Verbot jeglicher mittelbarer und unmittelbarer Beteiligung an privaten Rundfunkveranstaltern zwingt Parteien, bei auch nur sehr geringfügiger Beteiligung ihre Anteile zu veräußern, unabhängig davon, ob die Partei bei einer geringfügigen Beteiligung überhaupt Einfluss auf das jeweilige Rundfunkunternehmen ausüben könnte.

Rundfunkveranstalter und Bewerber um eine Zulassung werden durch § 6 Abs. 2 Nr. 4 HPRG ebenfalls in ihrem Recht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG betroffen. Gerade bezogen auf geringfügige Beteiligungen können sich die betroffenen Unternehmen nur mit außerordentlichem Aufwand und wohl nicht mit letzter Sicherheit dagegen schützen, dass, etwa bei mehrfach gestuften Beteiligungsverhältnissen, nicht doch eine mittelbare Minimalbeteiligung einer Partei vorliegt, und laufen damit Gefahr, dass ihnen der Widerruf oder die Versagung der Zulassung droht.

Soweit von Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit von Absprachen und die Schließung von Koalitionen auch bei geringfügigen Beteiligungen als Rechtfertigung für ein absolutes Verbot von Beteiligungen einer Partei an einem privaten Rundfunkanbieter angesprochen wird, kann dieser Gefahr durch ein Gebot der Veröffentlichung aller Beteiligungen entsprochen werden.

Die Entscheidung ist zu II mit 5 : 3 Stimmen, im Übrigen einstimmig ergangen.

---

## **Hessische und schleswig-holsteinische Vorschriften zur automatisierten Erfassung von Kfz-Kennzeichen nichtig**

---

Die Verfassungsbeschwerden mehrerer Kraftfahrzeughalter gegen polizeirechtliche Vorschriften in Hessen und Schleswig-Holstein, die zur automatisierten Erfassung der amtlichen Kfz-Kennzeichen ermächtigen (vgl. Pressemitteilung [Nr. 94 vom 27. September 2007](#)), waren erfolgreich. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat mit Urteil vom 11. März 2008 die angegriffenen Vorschriften für nichtig erklärt, da sie das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführer in seiner Ausprägung als Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen.

Die beanstandeten Regelungen genügen nicht dem Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit, da sie weder den Anlass noch den Ermittlungszweck benennen, dem die Erhebung und der Abgleich der Daten dienen sollen. Darüber hinaus genügen die angegriffenen Vorschriften in ihrer unbestimmten Weite auch dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht. Sie ermöglichen schwer wiegende Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen, ohne die für derart eingriffsintensive Maßnahmen grundrechtlich geforderten gesetzlichen Eingriffsschwellen hinreichend zu normieren.

### **Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

I. Die automatisierte Kennzeichenerfassung greift in den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ein, wenn das Kennzeichen nicht unverzüglich mit dem Fahndungsbestand abgeglichen und ohne weitere Auswertung sofort wieder gelöscht wird.

1. Der grundrechtliche Schutz entfällt nicht schon deshalb, weil die betroffene Information öffentlich zugänglich ist - wie es für Kraftfahrzeugkennzeichen, die der Identifizierung dienen, sogar vorgeschrieben ist. Auch wenn der Einzelne sich in die Öffentlichkeit begibt, schützt das Recht der informationellen Selbstbestimmung dessen Interesse, dass die damit verbundenen personenbezogenen Informationen nicht im Zuge automatisierter Informationserhebung zur Speicherung mit der Möglichkeit der Weiterverwertung erfasst werden.

2. Zu einem Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kommt es in den Fällen der elektronischen Kennzeichenerfassung aber dann nicht, wenn der Abgleich mit dem Fahndungsbestand unverzüglich vorgenommen wird und negativ ausfällt sowie zusätzlich rechtlich und technisch gesichert ist, dass die Daten anonym bleiben und sofort spurlos und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht werden. In diesen Fällen begründen die Datenerfassungen keinen Gefährdungstatbestand.

3. Demgegenüber liegt ein Eingriff in das Grundrecht vor, wenn ein erfasstes Kennzeichen im Speicher festgehalten wird und gegebenenfalls Grundlage weiterer Maßnahmen werden kann. Darauf vor allem ist die Maßnahme gerichtet, wenn das Kraftfahrzeugkennzeichen im Fahndungsbestand aufgefunden wird. Ab diesem Zeitpunkt steht es zur Auswertung durch staatliche Stellen zur Verfügung und es beginnt die spezifische Persönlichkeitsgefährdung für Verhaltensfreiheit und Privatheit.

II. Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung müssen auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage beruhen. Die angegriffenen Vorschriften erfüllen diese Voraussetzung nicht.

1. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage richten sich nach dem Gewicht des Eingriffs, das insbesondere von der Art der erfassten Information, dem Anlass und den Umständen ihrer Erhebung, dem betroffenen Personenkreis und der Art der möglichen Verwertung der Daten beeinflusst wird.

Die vorliegend zu beurteilende automatisierte Kennzeichenerfassung kann insbesondere je nach Verwendungskontext zu Grundrechtsbeschränkungen von unterschiedlichem Gewicht führen. Dient sie allein dem Zweck, gestohlene Fahrzeuge ausfindig zu machen und deren Fahrer zu "stellen", insbesondere auch um Anschlussstaten zu verhindern, oder die Weiterfahrt von Fahrzeugen ohne ausreichenden Versicherungsschutz auszuschließen, weist die Maßnahme für den Betroffenen eine vergleichsweise geringe Persönlichkeitsrelevanz auf. Soll die automatisierte Kennzeichenerfassung dagegen dazu dienen, die gewonnenen Informationen für weitere Zwecke zu nutzen, etwa um Aufschlüsse über das Bewegungsverhalten des Fahrers oder sonstige persönlichkeitsrelevante Informationen über einzelne Fahrten zu erhalten, so wandelt sich die Grundrechtsrelevanz der Maßnahme. Insbesondere durch längerfristige oder weiträumig vorgenommene Kennzeichenerfassungen sind Eingriffe von erheblichem Gewicht möglich.

2. Die Normen verstoßen gegen das Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit.

- a) Es fehlt an einer hinreichenden bereichsspezifischen und normenklaren Bestimmung des Anlasses und des Verwendungszwecks der automatisierten Erhebung.

Die angegriffenen Vorschriften erlauben die Kennzeichenerfassung "zum Zwecke" des Abgleichs mit dem Fahndungsbestand. Damit wird jedoch weder der Anlass noch der Ermittlungszweck benannt, dem sowohl die Erhebung als auch der Abgleich letztlich dienen sollen. Eine Präzisierung des Anwendungsbereichs der Ermächtigung wird durch die Verwendung der Begriffe des "Fahndungsbestands" und der "Fahndungsnotierung" nicht geleistet. Diese Begriffe haben den Charakter einer dynamischen Verweisung, durch die insbesondere nicht ausgeschlossen wird, dass sich der Umfang der einbezogenen Datenbestände laufend und in gegenwärtig nicht vorhersehbarer Weise verändert.

Die gesetzlichen Ermächtigungen sind so unbestimmt gefasst, dass sie es nicht ausschließen, auch Ausschreibungen zur polizeilichen Beobachtung als Bestandteil des Fahndungsbestands anzusehen mit der Folge, dass mit Hilfe der automatisierten Kennzeichenerfassung auch eine polizeiliche Beobachtung durchgeführt werden kann. Damit wird eine systematische, räumlich weit reichende Sammlung von Informationen über das Bewegungsverhalten von Fahrzeugen und damit auch von Personen technisch und mit relativ geringem Aufwand möglich. Der Eingriff erhält dadurch eine veränderte Qualität mit gesteigerter Intensität und bedarf einer darauf abgestimmten Eingriffsermächtigung.

Das in Schleswig-Holstein normierte Verbot eines flächendeckenden Einsatzes führt nur zu einer gewissen Eingrenzung des möglichen Umfangs der Kennzeichenerfassung. Damit wird jedoch weder ein routinemäßiger Einsatz einer anlasslosen Kennzeichenerfassung noch deren gezielter Einsatz zur Beobachtung bestimmter Fahrzeuge ausgeschlossen. Infolge der Anknüpfung der Maßnahme an den

Fahndungsbestand bei gleichzeitiger Unbestimmtheit des Verwendungszwecks ist den landesrechtlichen Regelungen nicht zu entnehmen, ob die Kennzeichenerfassung auch zu strafprozessualen Zwecken, einschließlich der Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten im Vorfeld eines Verdachts, eingesetzt werden darf.

Selbst wenn es möglich sein dürfte, einige der Bestimmtheitsdefizite durch Auslegung zu beseitigen, können die Mängel, insbesondere die fehlende Bestimmtheit des Verwendungszweckes, nicht insgesamt durch eine einengende verfassungskonforme Auslegung geheilt werden. Eine solche Auslegung setzt Anhaltspunkte dafür voraus, dass der enger gefasste Zweck der maßgebliche sein soll. Daran fehlt es hier.

- b) Mit dem Fehlen der Zweckbestimmung der automatisierten Kennzeichenerfassung geht eine grundrechtswidrige Unbestimmtheit auch hinsichtlich der erhebenden Informationen einher. Beide Regelungen lassen offen, ob oder gegebenenfalls welche weiteren Informationen neben der Ziffern- und Zeichenfolge des Kennzeichens erhoben werden dürfen. Obwohl die Bestimmungen bei enger Auslegung allein eine Erfassung des Kfz-Kennzeichens erlauben, geht mit der gegenwärtig üblichen Erhebung des Kennzeichens durch Videobilder notwendig eine Erfassung aller auf dem Bild erkennbaren Einzelheiten, möglicherweise auch solche über die Insassen des Fahrzeugs einher. Da der Verwendungszweck für die erhobenen Informationen nicht hinreichend klar und bestimmt geregelt ist, kann auch der Umfang der erhebenden Informationen durch eine solche, auf die Zweckbestimmung verweisende Auslegung nicht hinreichend eingegrenzt werden.

3. Die angegriffenen Bestimmungen genügen in ihrer unbestimmten Weite auch dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht.

Sie ermöglichen schwer wiegende Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen, ohne die für derart eingriff-intensive Maßnahmen grundrechtlich geforderten gesetzlichen Eingriffsschwellen hinreichend zu normieren. Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist es insbesondere nicht vereinbar, dass die angegriffenen Vorschriften aufgrund ihrer unbestimmten Weite anlasslos erfolgende oder - so jedenfalls in Hessen - flächendeckend durchgeführte Maßnahmen der automatisierten Erfassung und Auswertung von Kraftfahrzeugkennzeichen ermöglichen. Zudem ermöglicht die gesetzliche Ermächtigung die automatisierte Erfassung und Auswertung von Kraftfahrzeugkennzeichen, ohne dass konkrete Gefahrenlagen oder allgemein gesteigerte Risiken von Rechtsgutgefährdungen oder -verletzungen einen Anlass zur Einrichtung der Kennzeichenerfassung geben. Unterblieben ist auch eine Begrenzung auf eine stichprobenhafte Durchführung der Maßnahme, die zur Ermöglichung von Eingriffen lediglich geringerer Intensität, etwa zur Erfassung der Kennzeichen gestohlener Kraftfahrzeuge, zulässig wäre.

- III. Den Landesgesetzgebern stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, um eine im Rahmen ihrer Zuständigkeit verbleibende und sowohl hinreichend bestimmte als auch angemessene Eingriffsermächtigung zu schaffen. Für eine die Verhältnismäßigkeit wahrende Regelung der Voraussetzungen der automatisierten Kennzeichenerfassung scheidet ein weit gefasster Verwendungszweck beispielsweise dann nicht aus, wenn er mit engen Begrenzungen der Eingriffsvoraussetzungen kombiniert ist, wie es die derzeitige brandenburgische Regelung vorsieht. Möglich sind ferner Kombinationen von enger gefassten Zweckbestimmungen, die die Kennzeichenerfassung auf nicht eingriff-intensive Verwendungszwecke begrenzen, mit entsprechend geringeren Voraussetzungen für die Aufnahme in den Fahndungsbestand und die Voraussetzungen für den Erhebungsanlass.

---

## **Vorschriften im Verfassungsschutzgesetz NRW zur Online-Durchsuchung und zur Aufklärung des Internet nichtig**

---

Die Verfassungsbeschwerden einer Journalistin, eines Mitglieds des Landesverbandes Nordrhein-Westfalen der Partei DIE LINKE und dreier Rechtsanwälte gegen Vorschriften des Verfassungsschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen (vgl. Pressemitteilung Nr. 82/2007 vom 27. Juli 2007) sind, soweit sie zulässig sind, weitgehend begründet. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat mit Urteil vom 27. Februar 2008 die Vorschriften zur Online-Durchsuchung sowie zur Aufklärung des Internet für verfassungswidrig und nichtig erklärt.

§ 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG, der den heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme regelt ("Online-Durchsuchung"), verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner besonderen Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und ist nichtig. Die Vorschrift wahrt insbesondere nicht das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Angesichts der Schwere des Eingriffs ist die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Zudem ist der Eingriff grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Diesen Anforderungen wird § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG nicht gerecht. Darüber hinaus fehlt es auch an hinreichenden gesetzlichen Vorkehrungen, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu vermeiden.

Die Ermächtigung zum heimlichen Aufklären des Internet in § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG verletzt ebenfalls die Verfassung und ist nichtig. Das heimliche Aufklären des Internet greift in das Telekommunikationsgeheimnis ein, wenn die Verfassungsschutzbehörde zugangsgesicherte Kommunikationsinhalte überwacht, indem sie Zugangsschlüssel nutzt, die sie ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten erhoben hat. Ein derart schwerer Grundrechtseingriff setzt grundsätzlich zumindest die Normierung einer qualifizierten materiellen Eingriffsschwelle voraus. Daran fehlt es hier. Die Norm lässt nachrichtendienstliche Maßnahmen in weitem Umfang im Vorfeld konkreter Gefährdungen zu, ohne Rücksicht auf das Gewicht der möglichen Rechtsgutsverletzung und auch gegenüber Dritten. Zudem enthält die Norm keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Nimmt der Staat im Internet dagegen öffentlich zugängliche Kommunikationsinhalte wahr oder beteiligt er sich an öffentlich zugänglichen Kommunikationsvorgängen, greift er grundsätzlich nicht in Grundrechte ein.

**Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

**§ 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG ("Online-Durchsuchung")**

- I. Die Norm ermächtigt zu Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner besonderen Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.
1. Die Nutzung informationstechnischer Systeme ist für die Persönlichkeitsentfaltung vieler Bürger von zentraler Bedeutung, begründet gleichzeitig aber auch neuartige Gefährdungen der Persönlichkeit. Eine Überwachung der Nutzung solcher Systeme und eine Auswertung der auf den Speichermedien befindlichen Daten können weit reichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Nutzers bis hin zu einer Profilbildung ermöglichen. Hieraus folgt ein grundrechtlich erhebliches Schutzbedürfnis. Die Gewährleistungen der Art. 10 GG (Telekommunikationsgeheimnis) und Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) wie auch die bisher in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts tragen dem durch die Entwicklung der Informationstechnik entstandenen Schutzbedürfnis nicht hinreichend Rechnung.
- a) Der Schutzbereich des Telekommunikationsgeheimnisses erfasst auch die Kommunikationsdienste des Internet (z.B. E-Mails). Soweit sich eine Ermächtigung auf eine staatliche Maßnahme beschränkt, durch welche die Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben oder darauf bezogene Daten ausgewertet werden, ist der Eingriff allein an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. Der Schutzbereich dieses Grundrechts ist dabei unabhängig davon betroffen, ob die Maßnahme technisch auf der Übertragungsstrecke oder am Endgerät der Telekommunikation ansetzt. Daher ist Art. 10 Abs. 1 GG der alleinige grundrechtliche Maßstab für die Beurteilung einer Ermächtigung zu einer "Quellen-Telekommunikationsüberwachung", wenn sich die Überwachung ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränkt. Dies muss durch technische und rechtliche Vorgaben sichergestellt sein.

Der Grundrechtsschutz des Art. 10 Abs. 1 GG erstreckt sich hingegen nicht auf die nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Telekommunikation, sofern dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff treffen kann. Der durch das Telekommunikationsgeheimnis bewirkte Schutz besteht auch nicht, wenn eine staatliche Stelle die Nutzung eines informationstechnischen Systems als solche überwacht oder die Speichermedien des Systems durchsucht. Insoweit bleibt eine Schutzlücke, die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Schutz der Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen zu schließen ist. Wird ein komplexes informationstechnisches System zum Zweck der Telekommunikationsüberwachung technisch infiltriert, so ist mit der Infiltration die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen. Die dadurch bedingte Gefährdung geht weit über die hinaus, die mit einer bloßen Überwachung der laufenden Telekommunikation verbunden ist. Insbesondere können auch die auf dem Personalcomputer abgelegten Daten zur Kenntnis genommen werden, die keinen Bezug zu einer telekommunikativen Nutzung des Systems aufweisen.

- b) Auch die Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung belässt Schutzlücken gegenüber Zugriffen auf informationstechnische Systeme. Art. 13 Abs. 1 GG vermittelt dem Einzelnen keinen generellen, von den Zugriffsmodalitäten unabhängigen Schutz gegen die Infiltration seines informationstechnischen Systems, auch wenn sich dieses System in einer Wohnung befindet. Denn der Eingriff kann unabhängig vom Standort erfolgen, so dass ein raumbezogener Schutz nicht in der Lage ist, die spezifische Gefährdung des informationstechnischen Systems abzuwehren. Soweit die Infiltration die Verbindung des betroffenen Rechners zu einem Rechnernetzwerk ausnutzt, lässt sie die durch die Abgrenzung der Wohnung vermittelte räumliche Privatsphäre unberührt.
- c) Auch die bisher in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannten Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, insbesondere die Gewährleistungen des Schutzes der Privatsphäre und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, genügen dem besonderen Schutzbedürfnis eines informationstechnischen Systems nicht in ausreichendem Maße. Das Schutzbedürfnis des Nutzers eines informationstechnischen Systems beschränkt sich nicht allein auf Daten, die seiner Privatsphäre zuzuordnen sind. Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung trägt den Persönlichkeitsgefährdungen nicht vollständig Rechnung. Ein Dritter, der auf ein solches System zugreift, kann sich einen potentiell äußerst großen und aussagekräftigen Datenbestand verschaffen, ohne noch auf weitere Datenerhebungs- und Datenverarbeitungsmaßnahmen angewiesen zu sein. Ein solcher Zugriff geht in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen, vor denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt, weit hinaus.
2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht trägt dem Schutzbedarf in seiner lückenfüllenden Funktion über seine bisher anerkannten Ausprägungen hinaus dadurch Rechnung, dass es die Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme gewährleistet. Dieses Grundrecht ist anzuwenden, wenn die Eingriffsermächtigung Systeme erfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten.
- II. Eingriffe in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme können sowohl zu präventiven Zwecken als auch zur Strafverfolgung gerechtfertigt sein. Sie müssen aber auf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage beruhen. § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG erfüllt diese Voraussetzung nicht.
1. Die Norm wahrt insbesondere nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.
- a) § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 VSG ermächtigt zu Grundrechtseingriffen von hoher Intensität. Eine staatliche Datenerhebung aus komplexen informationstechnischen Systemen öffnet der handelnden staatlichen Stelle den Zugang zu einem Datenbestand, der herkömmliche Informationsquellen an Umfang und Vielfältigkeit bei weitem übertreffen kann. Angesichts der Schwere des Eingriffs ist die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehen. Überragend

wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Die Maßnahme kann allerdings schon dann gerechtfertigt sein, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr in näherer Zukunft eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen.

Weiter muss eine Ermächtigung zum heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme mit geeigneten gesetzlichen Vorkehrungen verbunden werden, um die Interessen des Betroffenen verfahrensrechtlich abzusichern. Insbesondere ist der Zugriff grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen.

- b) Diesen Anforderungen genügt § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG nicht. Die Norm setzt für den Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel durch die Verfassungsschutzbehörde lediglich tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme voraus, dass auf diese Weise Erkenntnisse über verfassungsfeindliche Bestrebungen gewonnen werden können. Dies ist sowohl hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen für den Eingriff als auch des Gewichts der zu schützenden Rechtsgüter keine hinreichende materielle Eingriffsschwelle. Auch ist eine vorherige Prüfung durch eine unabhängige Stelle nicht vorgesehen. Diese Mängel entfallen nicht durch die für bestimmte Fälle vorgesehene - Verweisung auf die Voraussetzungen nach dem Gesetz zu Artikel 10 GG. Im Zusammenhang mit Maßnahmen nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG genügen weder die Regelung der Eingriffsschwelle noch die verfahrensrechtlichen Vorgaben der dort vorgesehenen Eingriffstatbestände den verfassungsrechtlichen Anforderungen.
2. Es fehlt aber auch an hinreichenden gesetzlichen Vorkehrungen, um Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu vermeiden. Eine Ermittlungsmaßnahme wie der Zugriff auf ein informationstechnisches System, mittels dessen die auf dem Zielsystem vorhandenen Daten umfassend erhoben werden können, schafft gegenüber anderen Überwachungsmaßnahmen die gesteigerte Gefahr, dass Daten höchstpersönlichen Inhalts erhoben werden. Der verfassungsrechtlich gebotene Kernbereichsschutz lässt sich im Rahmen eines zweistufigen Schutzkonzepts gewährleisten: Die gesetzliche Regelung hat darauf hinzuwirken, dass die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten soweit wie informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich unterbleibt. Insbesondere sind verfügbare informationstechnische Sicherungen einzusetzen. Ist es - wie bei dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System - praktisch unvermeidbar, Informationen zur Kenntnis zu nehmen, bevor ihr Kernbereichsbezug bewertet werden kann, muss für hinreichenden Schutz in der Auswertungsphase gesorgt sein. Insbesondere müssen aufgefundene und erhobene Daten mit Kernbereichsbezug unverzüglich gelöscht und ihre Verwertung ausgeschlossen werden. Auch diesen Anforderungen genügt § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG nicht.
3. Ferner verstößt die Norm auch gegen das Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit.

**§ 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG (Heimliches Aufklären des Internet)**

- I. Maßnahmen nach § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG können sich in bestimmten Fällen als Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) darstellen, der verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

Verschafft sich der Staat Kenntnis von den Inhalten einer über die Kommunikationsdienste des Internet geführten Fernkommunikation auf dem dafür technisch vorgesehenen Weg, so liegt darin ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG, wenn die staatliche Stelle hierzu nicht durch Kommunikationsbeteiligte autorisiert ist. Dies ist der Fall, wenn die Verfassungsschutzbehörde zugangsgesicherte Kommunikationsinhalte überwacht, indem sie Zugangsschlüssel nutzt, die sie ohne oder gegen den Willen der Kommunikationsbeteiligten erhoben hat. Steht im Vordergrund einer staatlichen Ermittlungsmaßnahme dagegen nicht der unautorisierte Zugriff auf die Telekommunikation, sondern die Enttäuschung des personengebundenen Vertrauens in den Kommunikationspartner, so liegt darin kein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG. Daher ist ein Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis zu verneinen, wenn etwa ein Teilnehmer eines geschlossenen Chats der für die Verfassungsschutzbehörde handelnden Person seinen Zugang freiwillig zur Verfügung gestellt hat und die Behörde in der Folge diesen Zugang nutzt. Erst recht scheidet ein Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis aus, wenn die Behörde allgemein zugängliche Inhalte erhebt, etwa indem sie offene Diskussionsforen oder nicht zugangsgesicherte Webseiten einsieht.

Die von § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 1 VSG ermöglichten Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Sie stehen mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht in Einklang. Die Norm lässt nachrichtendienstliche Maßnahmen in weitem Umfang im Vorfeld konkreter Gefährdungen zu, ohne Rücksicht auf das Gewicht der möglichen Rechtsgutsverletzung und auch gegenüber Dritten. Zudem enthält die Vorschrift keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung.

- II. Die Verfassungsschutzbehörde darf allerdings weiterhin Maßnahmen der Internetaufklärung treffen, soweit diese nicht als Grundrechtseingriffe anzusehen sind. In der Regel wird die reine Internetaufklärung keinen Grundrechtseingriff bewirken. Die von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewährleistete Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wird nicht berührt, wenn sich die Maßnahmen darauf beschränken, Daten, die der Inhaber des Systems für die Internetkommunikation vorgesehen hat, auf dem technisch dafür vorgesehenen Weg zu erheben. Dies gilt auch dann, wenn die staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung begibt. Stehen keinerlei Überprüfungsmechanismen bereit, ist im Rahmen der Kommunikationsdienste des Internet das Vertrauen eines Kommunikationsteilnehmers in die Identität und Wahrhaftigkeit seiner Kommunikationspartner nicht schutzwürdig. Es liegt auch kein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor, wenn eine staatliche Stelle im Internet verfügbare Kommunikationsinhalte erhebt, die sich an jedermann oder zumindest an einen nicht weiter abgegrenzten Personenkreis richten.

**§ 5a Abs. 1 VSG (Kontenüberprüfung)**

Die in § 5a Abs. 1 VSG vorgesehene Erhebung von Kontoinhalten und Konto-bewegungen steht mit dem Grundgesetz in Einklang. Insbesondere verletzt die Vorschrift nicht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Die Norm wahrt das Gebot der Verhältnismäßigkeit, indem sie die Erhebung von einem sowohl hinsichtlich der betroffenen Rechtsgüter als auch hinsichtlich der tatsächlichen Grundlage des Eingriffs qualifizierten Gefährdungstatbestand abhängig macht. Die Norm trägt dem Gewicht des geregelten Grundrechtseingriffs zudem durch geeignete Verfahrensvorkehrungen Rechnung.

---

## **5%-Klausel bei Kommunalwahlen in Schleswig-Holstein verstößt gegen Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit**

---

Der Antrag der Partei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Landesverband Schleswig-Holstein, der sich gegen die Beibehaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlgesetz richtet, war erfolgreich. Die Partei DIE LINKE, Landesverband Schleswig-Holstein war dem Antrag beigetreten. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte mit Urteil vom 13. Februar 2008 fest, dass der Landtag Schleswig-Holstein in das Recht der Antragstellerin auf Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit dadurch eingegriffen hat, dass er einen Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bezüglich der Fünf-Prozent-Klausel abgelehnt hat. Dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Hinreichende Gründe, die die Beibehaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen in Schleswig-Holstein nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen erforderlich machen, sind nicht ersichtlich.

(Zum Sachverhalt vgl. Pressemitteilung [Nr. 107/2007](#) vom 5. November 2007)

### **Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

I. Mit 7 : 1 Stimmen bejahte der Zweite Senat die Zulässigkeit des Organstreitverfahrens. Die Ablehnung des Gesetzesantrags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Abschaffung der Fünf-Prozent-Sperrklausel bildet hier einen zulässigen Angriffsgegenstand im Organstreitverfahren. Der Antragsgegner hat sich mit der Beibehaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Schleswig-Holsteinischen Kommunalwahlrecht inhaltlich befasst und einen ausdrücklich auf die Abschaffung der Sperrklausel gerichteten Gesetzentwurf im parlamentarischen Verfahren abgelehnt. Damit steht im vorliegenden Fall die Ablehnung des Gesetzentwurfes dem als Maßnahme zu wertenden Erlass eines Gesetzes gleich. In beiden Fällen befasst sich der Gesetzgeber im parlamentarischen Verfahren inhaltlich mit der Frage der Sperrklausel im Kommunalwahlrecht und trifft eine Entscheidung, die in die Statusrechte der Antragstellerin eingreift.

II. Die Fünf-Prozent-Sperrklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlgesetz bewirkt eine Ungleichgewichtung der Wählerstimmen. Sie werden hinsichtlich ihres Erfolgswerts ungleich behandelt, je nachdem, ob die Stimme für eine Partei abgegeben wurde, die mehr als fünf Prozent der Stimmen auf sich vereinigen konnte, oder für eine Partei, die an der Fünf-Prozent-Sperrklausel gescheitert ist. Letztere Wählerstimmen bleiben ohne Erfolg. Zugleich wird durch die Fünf-Prozent-Sperrklausel das Recht der Antragstellerin auf Chancengleichheit beeinträchtigt. Dieser Eingriff in das Recht der Antragstellerin auf Wahlrechtsgleichheit und Chancengleichheit ist nicht gerechtfertigt.

1. Die Fünf-Prozent-Sperrklausel kann nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie dem Zweck diene, verfassungsfeindliche oder (rechts-)extremistische Parteien von der Beteiligung an kommunalen Vertretungsorganen fernzuhalten. Die Fünf-Prozent-Sperrklausel wirkt nicht nur gegen (unerwünschte) extremistische Parteien, sondern trifft alle Parteien gleichermaßen, ebenso wie kommunale Wählervereinigungen und Einzelbewerber. Für die Bekämpfung verfassungswidriger Parteien steht das Parteiverbotsverfahren zur Verfügung.
2. Auch in der Sicherung der Gesamtwohlorientierung politischer Kräfte kann gegenwärtig kein zwingender Grund für die Beibehaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel gesehen werden. Aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung folgt, dass die Auslese der Kandidaten für die kommunalen

Vertretungskörperschaften jedenfalls auch nach partikularen Zielen möglich sein muss und daher nicht ausschließlich den ihrem Wesen und ihrer Struktur nach in erster Linie am Staatsganzen orientierten politischen Parteien vorbehalten werden darf. Es muss daher auch ortsgebundenen, lediglich kommunale Interessen verfolgenden Wählergruppen das Wahlvorschlagsrecht und ihren Kandidaten eine chancengleiche Teilnahme an den Kommunalwahlen gewährleistet sein.

3. Aus der Erforderlichkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel für Bundestags- oder Landtagswahlen kann nicht ohne weiteres auf die Erforderlichkeit der Sperrklausel auch für Kommunalwahlen geschlossen werden. Bei gesetzgebenden Körperschaften sind klare Mehrheiten zur Sicherung einer politisch aktionsfähigen Regierung unentbehrlich. Anders als staatliche Parlamente üben Gemeindevertretungen und Kreistage dagegen keine Gesetzgebungstätigkeit aus. Vielmehr sind ihnen in erster Linie verwaltende Tätigkeiten anvertraut.
4. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, das Ziel der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Volksvertretung mit dem Gebot der Wahlgleichheit und der Chancengleichheit politischer Parteien zum Ausgleich zu bringen. Bei seiner Prognoseentscheidung darf sich der Gesetzgeber aber nicht auf die Feststellung der rein theoretischen Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit beschränken; erforderlich ist vielmehr eine mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende Beeinträchtigung.

Hinreichende Gründe, die die Beibehaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen in Schleswig-Holstein nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen erforderlich machen, sind nicht ersichtlich. Bei der Prognoseentscheidung des Gesetzgebers kommt der Ausgestaltung des Kommunalverfassungsrechts in Schleswig-Holstein entscheidendes Gewicht zu.

- a) Mit der Einführung der Direktwahl der Bürgermeister in hauptamtlich verwalteten Gemeinden sowie der Landräte ist das zentrale Element weggefallen, das bislang die Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Sperrklausel im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht gestützt hat. Nach der Änderung der Kommunalverfassung in Schleswig-Holstein im Jahr 1995 sind für die Wahl der hauptamtlichen Bürgermeister und der Landräte stabile Mehrheitsverhältnisse, die durch das Auftreten von Splitterparteien in Kommunalvertretungen und Kreistagen gefährdet werden könnten, nicht mehr notwendig. Die Direktwahl des Bürgermeisters bzw. des Landrats garantiert zudem weitgehend eine funktionierende Gemeindeverwaltung unabhängig von den Mehrheitsverhältnissen in der Gemeindevertretung. Denn der Bürgermeister trägt in eigener Zuständigkeit die alleinige umfassende Verantwortung für die Leitung der Gemeindeverwaltung.

Der Umstand, dass in ehrenamtlich verwalteten Gemeinden die Gemeindevertretung nach wie vor für die Wahl des Bürgermeisters zuständig ist, kann die Beibehaltung der Fünf-Prozent-Sperrklausel nicht rechtfertigen. In sämtlichen ehrenamtlich verwalteten Gemeinden muss ein Wahlbewerber, um sicher einen Sitz in der Gemeindevertretung zu erlangen, ohnehin mindestens fünf Prozent der Wählerstimmen auf sich vereinigen. Dies beruht darauf, dass alle ehrenamtlich verwalteten Gemeinden in Schleswig-Holstein weniger als 10.000 Einwohner haben, was dazu führt, dass maximal 19 Gemeindevertreter zu wählen sind. Bei einem zu wählenden Gremium mit 19 Sitzen beträgt schon die faktische Sperrklausel fünf Prozent. Der Wegfall der gesetzlich normierten Fünf-Prozent-Sperrklausel würde sich in den ehrenamtlich verwalteten Gemeinden - und damit in nahezu 95 Prozent aller schleswig-holsteinischen Gemeinden - praktisch nicht auswirken.

- b) Auch bei einer größeren Anzahl von Fraktionen oder Einzelvertretern in der Gemeindevertretung oder im Kreistag drohen keine nachhaltigen Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretung. Für Sachentscheidungen reicht bereits eine relative Abstimmungsmehrheit aus. Bei Wahlen gilt grundsätzlich das Meiststimmenverfahren. Danach ist der Kandidat gewählt, auf den mindestens eine Stimme mehr entfällt als auf eine andere vorgeschlagene Person.
- c) Darüber hinaus liegt eine gänzliche Funktions- und Entscheidungsunfähigkeit in Anbetracht der Regelungen der Gemeinde- und der Kreisordnung fern, die insbesondere die Entscheidungsfähigkeit der Kommunalvertretungen auch dann sicherstellen, wenn das übliche Quorum der Beschlussfähigkeit nicht zu erreichen ist. In der Praxis betrifft dies vor allem die Fälle, in denen die Beschlussunfähigkeit von mehreren Mitgliedern der Gemeindevertretung oder des Kreistags durch Verlassen einer Sitzung herbeigeführt wird.
- d) Auch eine Gefährdung der Arbeit in den Ausschüssen ist nicht ernstlich zu befürchten. Die Gemeinde kann die Zahl der Mitglieder der ständigen Ausschüsse frei bestimmen. Dabei ist nicht von Belang, ob durch die Größe des Ausschusses gewährleistet ist, dass alle Fraktionen darin mitwirken können. Eine bestimmte Anzahl von Sitzen in der Gemeindevertretung berechtigt Fraktionen nicht, eine Erhöhung der Ausschusssitze zu verlangen, um dann dort berücksichtigt zu werden.
- e) Schließlich können die in den anderen Ländern ohne Fünf-Prozent-Sperrklausel gemachten Erfahrungen bei der Prognoseentscheidung nicht gänzlich außer Betracht gelassen werden. Seit der Reformierung der Kommunalverfassungen bestehen in nahezu allen Flächenländern wesentliche Übereinstimmungen in den Kommunalverfassungen. Daher spielt für die Prognoseentscheidung auch eine Rolle, dass schwerwiegende Störungen der Funktionsfähigkeit der Kommunalvertretungen aus anderen Ländern ohne Fünf-Prozent-Sperrklausel nicht bekannt geworden sind.

---

## **Erfolgreiche Verfassungsbeschwerden gegen Aufführung eines Theaterstücks und gegen eine Romanveröffentlichung**

---

Bei beiden Verfassungsbeschwerden geht es um das Verhältnis von Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit.

Im einen Fall richtet sich die Beschwerdeführerin gegen die Aufführung des von Lutz Hübner verfassten Theaterstücks "Ehrensache". Als Vorlage dieses Stücks dienten die Ereignisse um die Tötung der damals 14-jährigen Tochter der Beschwerdeführerin (sog. "Hagener Mädchenmord-Fall"). In dem Stück werden episodenhaft der Ablauf des Tages bis zur Tat und Ereignisse aus dem Leben der getöteten Ellena erzählt, deren Figur an die Tochter der Beschwerdeführerin angelehnt ist. Die Mutter des Mädchens rügt eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts ihrer Tochter. Sie beanstandet, dass die wesentlichen Handlungsstränge des Theaterstücks sich gewollt am realen Geschehen orientierten: ihre Tochter sei in der Figur der Ellena wieder zu erkennen. Durch die Darstellung werde ungeachtet der Veränderung des Namens und einiger Details das Lebensbild der Tochter entstellt und deren Wert und Achtungsanspruch verletzt. Die Darstellung beschränke sich darauf, die frühreife und starke sexuelle Ausrichtung der Verstorbenen sowie ihre charakterliche und moralische Haltlosigkeit zu betonen.

Im anderen Fall richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Veröffentlichung des autobiographischen Romans "Pestalozzis Erben". Die beiden Beschwerdeführer, die Lehrer sind oder waren, sehen sich durch die Darstellung bestimmter Lehrer in dem Roman, die Ähnlichkeiten zu ihnen aufwiesen, in ihrer Ehre verletzt.

Die Klagen der Beschwerdeführer auf Unterlassung blieben vor den Fachgerichten ohne Erfolg.

Die hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerden wurden von der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Entscheidung angenommen. Das (postmortale) Persönlichkeitsrecht ist nicht verletzt.

Den Entscheidungen liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Es handelt sich um die ersten Folgeentscheidungen nach dem ESRA-Beschluss des Ersten Senats vom 13. Juni 2007 (1 BvR 1783/05). Um die Schwere der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch die Veröffentlichung eines Kunstwerks bewerten zu können, ist nach der ESRA-Entscheidung eine kunstspezifische Betrachtung zur Bestimmung des durch das Theaterstück oder den Roman im jeweiligen Handlungszusammenhang dem Leser oder Zuschauer nahe gelegten Wirklichkeitsbezugs erforderlich. Dabei ist ein literarisches Werk oder ein Theaterstück zunächst als Fiktion anzusehen, das keinen Faktizitätsanspruch erhebt. Diese Vermutung gilt auch dann, wenn hinter den Figuren reale Personen als Urbilder erkennbar sind.

Mit ihrem Vorbringen, die Tochter bzw. die Lehrer würden vom Autor verzerrt und dadurch einseitig negativ dargestellt, machen die Beschwerdeführer dem Autor gerade die Fiktionalität seines Werks zum Vorwurf. Damit, dass sie erkennbar Vorbilder der dargestellten Figuren sind, ist noch nicht gesagt, dass das Werk seinem Zuschauer oder Leser nahe legt, alle Handlungen und Eigenschaften dieser Figuren dem getöteten Mädchen oder den beiden Lehrern zuzuschreiben. Für ein literarisches Werk, das an reale Geschehnisse anknüpft, ist vielmehr typischerweise kennzeichnend, dass es tatsächliche und fiktive Schilderungen vermengt. Unter diesen Umständen verfehlte es den

Grundrechtsschutz für Literatur, wenn man die Persönlichkeitsverletzung bereits in der Erkennbarkeit als Vorbild einerseits und in den negativen Zügen der dargestellten Figur andererseits sähe. Über die bloße Erkennbarkeit hinaus bringen die Beschwerdeführer keine Anhaltspunkte vor, die es nahe legen würden, bestimmte in dem Theaterstück oder dem Roman dargestellte Ereignisse als tatsächlich geschehen und die grundsätzlich geltende Vermutung der Fiktionalität daher als widerlegt anzusehen.

Das Theaterstück tastet die Menschenwürde der Tochter auch insoweit nicht an, als in ihm Handlungen mit sexuellem Gehalt geschildert oder gezeigt werden. Zwar kann die realistische und detaillierte Erzählung derartiger Handlungen einer Person in einem literarischen Text die absolut geschützte Intimsphäre des Betroffenen beeinträchtigen und deshalb unzulässig sein. Die Beeinträchtigung der Intimsphäre setzt nach der ESRA-Entscheidung aber jedenfalls voraus, dass sich durch den Text die nahe liegende Frage stellt, ob sich die geschilderten Handlungen als Berichte über tatsächliche Ereignisse begreifen lassen, beispielsweise deshalb, weil es sich um eine aus vom Autor unmittelbar Erlebtem stammende, realistische und detaillierte Erzählung entsprechender Geschehnisse und die genaue Schilderung intimster Details einer Frau handele, die deutlich als tatsächliche Intimpartnerin des Autors erkennbar ist. An derartigen Umständen fehlt es hier.

Das aus der Unverletzlichkeit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) abgeleitete postmortale Persönlichkeitsrecht der Tochter der Beschwerdeführerin ist auch nicht deshalb besonders schutzbedürftig, weil sie zum Zeitpunkt ihres Todes noch minderjährig war. Der verstärkte Schutz des Persönlichkeitsrechts Minderjähriger findet seinen Grund in dem Bedürfnis, deren weitere Persönlichkeitsentwicklung zu gewährleisten. Dieser Gesichtspunkt lässt sich auf Verstorbene nicht übertragen.

Hinsichtlich des Romans hat das Oberlandesgericht ausgeführt, seine Passagen, in denen die Beschwerdeführer sich wieder erkennen, seien nicht als persönliche Abrechnungen gerade mit den Beschwerdeführern zu lesen. Die portraitierten Lehrer würden als Beispiele bestimmter Lehrertypen beschrieben, um Missstände und Merkwürdigkeiten des gymnasialen Schulbetriebs aufzuzeigen. Mit dieser Interpretation hat das Oberlandesgericht der aus der Kunstfreiheit folgenden Vermutung der Fiktionalität eines literarischen Textes in nicht zu beanstandender Weise Rechnung getragen.

---

**Fernsehberichterstattung im Gericht außerhalb der mündlichen Verhandlung bei gewichtigem öffentlichem Informationsinteresse grundsätzlich zulässig**

---

Am 19. März 2007 begann vor dem Landgericht Münster die Verhandlung gegen 18 Bundeswehrausbilder, die Rekruten in einer Kaserne im westfälischen Coesfeld misshandelt haben sollen. Im Vorfeld der Verhandlung ordnete der Vorsitzende der Strafkammer den Ausschluss von Foto- und Fernsichtteams aus dem Sitzungssaal für einen Zeitraum von 15 Minuten vor Prozessbeginn und 10 Minuten nach Prozessende an. Auf Antrag des ZDF gab die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 15. März 2007 dem Vorsitzenden im Wege der Eilanordnung auf, dem Fernsehteam des ZDF die Anfertigung von Aufnahmen der im Sitzungssaal anwesenden Verfahrensbeteiligten zu ermöglichen und hierbei die Anwesenheit der Richter und Schöffen im Sitzungssaal zu gewährleisten. Soweit es an einem Einverständnis der Angeklagten mit einer Veröffentlichung ihres Bildnisses fehle, sei eine Anonymisierung ihrer Gesichter sicherzustellen (vgl. Pressemitteilung [Nr. 30/2007](#) vom 16. März 2007).

Auch die Verfassungsbeschwerde des ZDF hatte Erfolg. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stellte fest, dass die Anordnung des Strafkammervorsitzenden die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht der Rundfunkfreiheit verletzt. Die Entscheidung ist mit 6 : 1 Stimmen ergangen.

**Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:**

1. Die öffentliche Kontrolle von Gerichtsverhandlungen wird durch die Anwesenheit der Medien und deren Berichterstattung grundsätzlich gefördert. Ebenso liegt es im Interesse der Justiz, mit ihren Verfahren und Entscheidungen auch im Hinblick auf die Durchführung mündlicher Verhandlungen öffentlich wahrgenommen zu werden. Zur Art und Intensität öffentlicher Wahrnehmung trägt die Veröffentlichung audiovisueller Darstellungen bei. Die mündliche Verhandlung selbst ist nach dem Gesetz in verfassungsgemäßer Weise den Ton- und Bildaufnahmen verschlossen; insoweit erfolgt die öffentliche Kontrolle von Gerichtsverhandlungen durch die Saalöffentlichkeit und die Berichterstattung darüber. Allerdings kann eine Vermittlung des Erscheinungsbildes eines Gerichtssaals und der in ihm handelnden Personen den Bürgern darüber hinaus eine der Befriedigung des Informationsinteresses dienende Anschaulichkeit von Gerichtsverfahren vermitteln. Dementsprechend gehen die Fachgerichte von einer grundsätzlichen Öffnung des Zeitraums vor Beginn und nach Schluss einer mündlichen Verhandlung sowie in den Verhandlungspausen für Medien unter Einschluss der Möglichkeit des Einsatzes von rundfunkspezifischen Aufnahme- und Verbreitungstechniken aus.
2. Durch sitzungspolizeiliche Anordnung des Vorsitzenden können aber Beschränkungen vorgesehen werden. Die Gestaltung der Anordnungen liegt im Ermessen des Vorsitzenden. Dieses Ermessen hat er unter Beachtung der Bedeutung der Rundfunkberichterstattung für die Gewährleistung öffentlicher Wahrnehmung und Kontrolle von Gerichtsverhandlungen sowie der einer Berichterstattung entgegenstehenden Interessen auszuüben und dabei sicherzustellen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Überwiegt das Interesse an einer Berichterstattung unter Nutzung von Ton- und Bewegtbildaufnahmen andere bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigende Interessen, ist der Vorsitzende verpflichtet, eine Möglichkeit für solche Aufnahmen zu schaffen.
  - a) Bei der Gewichtung des Informationsinteresses der Öffentlichkeit ist der jeweilige Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens bedeutsam. Bei Strafverfahren ist insbesondere die Schwere der zur Anklage stehenden

Straftat zu berücksichtigen, aber auch die öffentliche Aufmerksamkeit für den Prozess, etwa wegen seines Aufsehen erregenden Gegenstands. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit ist regelmäßig auch auf die Personen gerichtet, die als Mitglieder des Spruchkörpers oder als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft an der Rechtsfindung im Namen des Volkes mitwirken.

- b) Zu berücksichtigen sind aber auch schutzwürdige Interessen, die einer Aufnahme und Verbreitung von Ton- und Bildaufnahmen entgegenstehen können. Zu den Schutzinteressen gehört das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten, insbesondere das Recht am eigenen Bild. Hier ist zu berücksichtigen, dass zumindest ein Teil der Verfahrensbeteiligten sich regelmäßig in einer für sie ungewohnten und belastenden Situation befindet und sie zur Anwesenheit verpflichtet sind. Speziell auf Seiten der Angeklagten sind auch mögliche Prangerwirkungen oder Beeinträchtigungen des Anspruchs auf Achtung der Vermutung seiner Unschuld und von Belangen späterer Resozialisierung zu beachten, die durch eine identifizierende Medienberichterstattung bewirkt werden können. Hinsichtlich der Zeugen ist deren besondere Belastungssituation zu berücksichtigen, etwa wenn sie Opfer der Tat sind. Aber auch den als Richtern, Staatsanwälten, Rechtsanwälten oder Justizbediensteten am Verfahren Mitwirkenden steht ein Anspruch auf Schutz zu, der das Veröffentlichungsinteresse überwiegen kann, etwa wenn Veröffentlichungen von Abbildungen eine erhebliche Belästigung oder Gefährdung ihrer Sicherheit durch Übergriffe Dritter bewirken können. Zu den zu berücksichtigenden Schutzinteressen gehören darüber hinaus der Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung.
- c) Die Ermessensentscheidung des Vorsitzenden hat den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Ein Verbot von Ton- und Rundfunkaufnahmen ist nicht erforderlich, wenn dem Schutz kollidierender Belange bereits durch eine beschränkende Anordnung Rechnung getragen werden kann, insbesondere durch das Erfordernis einer Anonymisierung der Bildaufnahme solcher Personen, die Anspruch auf besonderen Schutz haben, sowie durch Anweisungen zu Standort, Zeit, Dauer und Art der Aufnahmen. Beeinträchtigungen des äußeren Ablaufs der Sitzung, die etwa durch die Enge des Saals bedingt sind, kann dadurch entgegen gewirkt werden, dass nicht mehrere Kamerteams zugelassen werden, sondern eine so genannte Pool-Lösung gewählt wird.
3. Die angegriffene Anordnung des Vorsitzenden wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Es wurde nicht hinreichend berücksichtigt, dass das Verfahren den öffentlich viel diskutierten Vorwurf der Misshandlung von Rekruten der Bundeswehr durch die für ihre Ausbildung verantwortlichen Offiziere und Unteroffiziere betraf und sich deutlich aus dem Bereich des Alltäglichen heraushob, so dass die Aufklärung der Vorgänge auf großes öffentliches Interesse stieß. Eine die Entscheidungsfindung erschwerende Verunsicherung der Angeklagten als Folge von Bildaufzeichnungen des Geschehens im Sitzungssaal außerhalb der Hauptverhandlung durfte der Vorsitzenden nicht schematisch unterstellen. Es liegt nach dem Gegenstand des Verfahrens und der Person der Angeklagten, bei denen es sich durchweg um berufserfahrene Offiziere und Unteroffiziere der Bundeswehr handelte, nicht ohne weiteres auf der Hand, dass Anlass zu solchen Befürchtungen bestanden hat. Das Interesse der Öffentlichkeit an bildlicher Dokumentation des Geschehens am Rande einer Hauptverhandlung schließt die mitwirkenden Richter einschließlich der Schöffen, sowie der Staatsanwälte und Rechtsanwälte als Organe der Rechtspflege ein. Den vom Vorsitzenden angeführten Problemen, die aus der räumlichen Enge des Sitzungssaals resultieren könnten, hätte durch geeignete Vorkehrungen Rechnung getragen werden können, etwa durch die Beschränkung der Aufnahmen im Rahmen einer Pool-Lösung.

---

## **Eilantrag eines Rauchers gegen Hessisches Nichtrauchererschutzgesetz abgelehnt**

---

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das am 1. Oktober 2007 in Kraft getretene Hessische Nichtrauchererschutzgesetz. Dieses verbietet das Rauchen unter anderem in Gaststätten und bedroht Verstöße gegen dieses Verbot mit Bußgeldern. Der Beschwerdeführer ist starker Raucher und Stammgast in einer Gaststätte, in der das Rauchen seit dem 1. Oktober 2007 verboten ist. Er hält das Gesetz für verfassungswidrig, weil es ihn und die betroffenen Gastwirte über Gebühr einschränke. Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts lehnte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab.

Eine Folgenabwägung ergibt, dass von schweren Nachteilen, die den Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen könnten, nicht auszugehen ist. Für den Beschwerdeführer selbst wiegen die Nachteile des Nichterlasses einer einstweiligen Anordnung eher gering, da er in der Zwischenzeit bis zur abschließenden Entscheidung nicht allgemein am Rauchen und auch nicht am Besuch von Gaststätten gehindert wird. Vielmehr ist ihm lediglich eine einzelne Verhaltensweise - das Rauchen - während des Gaststättenbesuchs untersagt. Dem stehen die mit dem Erlass einer Eilentscheidung verbundenen Beeinträchtigungen des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung gegenüber.

Etwaige Nachteile für die betroffenen Gastwirte können in diesem Verfahren mangels hinreichenden Vortrags des Beschwerdeführers keine Berücksichtigung finden.

# Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

## Flüchtlingsanerkennung aufgrund selbst geschaffener Nachfluchtgründe

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat sich heute erstmals in einem Revisionsverfahren mit der Frage befasst, wann bei asylrechtlichen Folgeanträgen, die auf weitere exilpolitische Aktivitäten gestützt sind, eine Flüchtlingsanerkennung in Betracht kommt.

Das Verfahren betrifft den Fall eines türkischen Asylbewerbers kurdischer Volkszugehörigkeit, der seinen im Jahr 1998 gestellten ersten Asylantrag mit politischen Aktivitäten in der Türkei begründete. Während des Asylverfahrens veröffentlichte er unter einem Pseudonym Beiträge in einer in Deutschland erscheinenden Zeitschrift, die von den türkischen Behörden als Sprachrohr der verbotenen kurdischen Arbeiterpartei PKK angesehen wird. Der Antrag wurde rechtskräftig abgelehnt.

In der Folgezeit setzte der Asylbewerber seine Veröffentlichungen - nunmehr unter eigenem Namen - fort. Auf seinen darauf gestützten Folgeantrag erkannte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge ihn im März 2004 als Flüchtling an. Hiergegen erhob der Bundesbeauftragte für Asylangelegenheiten Klage. Das Berufungsgericht hat wegen des nunmehr festgestellten exponierten prokurdischen Engagements des Asylbewerbers die Gefahr politischer Verfolgung in der Türkei bejaht. Die Flüchtlingsanerkennung sei auch im Hinblick auf den seit 1. Januar 2005 geltenden Regelausschlussbestand des § 28 Abs. 2 Asylverfahrensgesetz (AsylVfG) gerechtfertigt. Danach darf die Flüchtlingseigenschaft in einem Asylfolgeverfahren in der Regel nicht zuerkannt werden, wenn der Ausländer den Folgeantrag auf Umstände stützt, die er selbst geschaffen hat. Es liege ein Ausnahmefall vor, denn die journalistische Tätigkeit des Asylbewerbers stelle sich als Ausdruck und Fortführung seiner bereits in der Türkei erkennbar betätigten Überzeugung dar.

Der 10. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat das Berufungsurteil aufgehoben. Er hat seine Entscheidung damit begründet, dass der Gesetzgeber in § 28 Abs. 2 AsylVfG Nachfluchtgründe, die nach Abschluss des ersten Asylverfahrens von dem Betroffenen selbst geschaffen wurden, unter Missbrauchsverdacht gestellt hat. Dabei kann die Kontinuität der nach außen betätigten politischen Überzeugung ein Indiz gegen einen Missbrauch des Flüchtlingsschutzes sein, ohne indessen allein zur Widerlegung der Regelvermutung auszureichen. Vielmehr muss der Asylbewerber gute Gründe dafür anführen, warum er nach einem erfolglosen Asylverfahren erstmalig exilpolitisch aktiv geworden ist oder seine bisherigen Aktivitäten intensiviert hat. Die Regelung steht auch mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sowie der Genfer Flüchtlingskonvention in Einklang. Denn die in Deutschland geltenden Abschiebungsverbote gewähren dem Ausländer in jedem Fall ausreichenden Schutz. Das Berufungsgericht wird das Vorliegen eines Ausnahmefalles nach diesen Grundsätzen erneut prüfen müssen. Deshalb wurde der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## **Keine Aufenthaltserlaubnis nach offensichtlich unbegründetem Asylantrag**

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute entschieden, dass die an die offensichtliche Unbegründetheit eines vorangegangenen Asylantrags anknüpfende gesetzliche Sperre für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis durch die Rücknahme des Asylantrags nicht entfällt und durch einen Ermessensanspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht überwunden werden kann. Nach § 10 Abs. 3 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes - AufenthG - darf dem Ausländer vor der Ausreise kein Aufenthaltstitel wie z.B. eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, sofern sein Asylantrag u.a. infolge Täuschung oder gröblicher Verletzung von Mitwirkungspflichten als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden ist. Diese Regelung kommt nach Satz 3 der Vorschrift nicht zur Anwendung, wenn ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht.

Die Kläger, eine armenische Familie, kamen 2003 nach Deutschland und beehrten Asyl. Diese Anträge wurden im Juli 2003 vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge als offensichtlich unbegründet abgelehnt, weil die Angaben der Kläger zum Reiseweg nicht nachvollziehbar seien und sie sich ihrer Personaldokumente entledigt hätten. Dagegen erhob die Familie Klage, sie nahm jedoch im April 2006 ihre Asylanträge zurück. Bereits im Februar 2005 beantragten sie bei der Ausländerbehörde die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen aus humanitären Gründen, weil die Mutter an einer posttraumatischen Belastungsstörung leide und deshalb nicht reisefähig sei. Die Klage blieb vor dem Verwaltungsgericht erfolglos. Das Oberverwaltungsgericht hat der Berufung der Kläger stattgegeben und die Ausländerbehörde verpflichtet, ihnen Aufenthaltserlaubnisse aus humanitären Gründen zu erteilen. Die Regelung des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG stehe dem nicht entgegen, denn nach Rücknahme der Asylanträge sei die eingetretene Sperrwirkung wieder entfallen.

Der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Zur Begründung hat er ausgeführt, dass die Sperrwirkung des am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG auch zum damaligen Zeitpunkt noch nicht bestandskräftig abgeschlossene Asylverfahren erfasst. Die Sperrwirkung entfällt nicht durch nachträgliche Rücknahme des Asylantrags. Andernfalls könnte die Vorschrift ihren Zweck, den Missbrauch im Asylverfahren zu sanktionieren, nicht erreichen. Für eine Ausnahme nach Satz 3 genügt nicht, dass dem Ausländer im Ermessenswege eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, selbst wenn im Einzelfall das behördliche Ermessen zugunsten des Ausländers reduziert ist. Ergibt sich das Aufenthaltsrecht dagegen unmittelbar aus dem Gesetz, rechtfertigt dies eine Durchbrechung der Sperrwirkung. Ob hierunter auch Regelansprüche oder Sollvorschriften fallen, war hier nicht zu entscheiden. Denn die Kläger erfüllen nicht die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen der Sicherung des Lebensunterhalts sowie der Einreise mit dem erforderlichen Visum. Ob davon abgesehen werden kann, steht im Ermessen des Beklagten, so dass hier keinesfalls von einem gesetzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausgegangen werden kann.

## **Streichung des Weihnachtsgeldes für Telekom-Beamte verfassungswidrig**

Die bei der Deutschen Telekom AG als Bundesbeamte beschäftigten Kläger erhalten als Folge einer 2004 in Kraft getretenen Gesetzesänderung nicht mehr das sog. Weihnachtsgeld, das anderen Beamten des Bundes zusteht. Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hält diese Regelung für unvereinbar mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Grundgesetzes.

Zwar darf das zur Besoldung gehörende Weihnachtsgeld für alle Bundesbeamten abgesenkt oder auch ganz abgeschafft werden, solange ihre amtsangemessene Alimentation dadurch insgesamt nicht gefährdet wird. Es ist aber unzulässig, einzelne Gruppen von Bundesbeamten ohne hinreichenden sachlichen Grund vom Weihnachtsgeld auszuschließen. Dass die Deutsche Telekom AG als privatwirtschaftliche Gesellschaft im Wettbewerb steht und bestrebt ist, alle bei ihr beschäftigten Mitarbeiter nach einheitlichen Grundsätzen zu entlohnen, ist kein ausreichender Grund dafür, die Besoldung der von der ehemaligen Deutschen Bundespost übernommenen Beamten einzuschränken.

Ob der Wegfall des Weihnachtsgeldes für Beamte der Deutschen Telekom durch andere Sonderzahlungen ausgeglichen werden kann, hat das Bundesverwaltungsgericht nicht feststellen können, weil es die dazu ergangenen Rechtsverordnungen mangels ausreichender Rechtsgrundlage für unwirksam hält.

Das Bundesverwaltungsgericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die maßgeblichen Vorschriften des Postpersonalrechtsgesetzes zur Überprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit vorgelegt.

## **Keine Nachzahlung erhöhten Familienzuschlags ohne zeitnahe Geltendmachung**

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute zwei Verfahren entschieden, in denen Beamte von ihrem Dienstherrn über das Gesetz hinausgehende Besoldungsleistungen für ihre dritten oder weiteren Kinder gefordert haben. Hintergrund ist ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. November 1998 (BVerfGE 99, 300). Danach war der Gesetzgeber verpflichtet, die Besoldung kinderreicher Beamter bis Ende 1999 in einem bestimmten Umfang zu erhöhen, um eine verfassungsgemäße Rechtslage herzustellen. Für den Fall, dass der Gesetzgeber dem nicht nachkommt, sind die Fachgerichte mit Wirkung vom 1. Januar 2000 ermächtigt worden, ergänzende Besoldungsbestandteile zuzusprechen (Vollstreckungsanordnung). Die Kläger haben sich erstmals im Jahr 2004 an ihren Dienstherrn und sodann an die Verwaltungsgerichte gewandt, um einen höheren Familienzuschlag ab dem Jahr 2001 zu erhalten. Für das Jahr 2004 und spätere Jahre hatten ihre Klagen Erfolg. Für die Jahre 2001 bis 2003 sind sie hingegen abgewiesen worden, weil die Kläger ihre Ansprüche nicht zeitnah geltend gemacht hätten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Revisionen der Kläger zurückgewiesen und den Rechtsstandpunkt der Vorinstanzen bestätigt. Es hat sich dabei auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Besonderheiten des Beamtenverhältnisses gestützt. Es sei ein wechselseitig bindendes Treueverhältnis, aus dem nicht nur die Verpflichtung des Dienstherrn folge, den Beamten amtsangemessen zu alimentieren, sondern auch die Pflicht des Beamten, auf die Belastbarkeit des Dienstherrn und dessen Gemeinwohlverantwortung Rücksicht zu nehmen. Die Alimentation des Beamten sei der Sache nach die Befriedigung eines gegenwärtigen Bedarfs aus gegenwärtigen Haushaltsmitteln. Der Beamte könne nicht erwarten, dass er ohne eigenes Zutun nachträglich in den Genuss der Befriedigung eines jahrelang zurückliegenden Unterhaltsbedarfs komme, den er selbst gegenüber seinem Dienstherrn zeitnah nicht geltend gemacht habe. Diese Grundsätze seien auch von den Verwaltungsgerichten zu beachten, wenn sie auf der Grundlage der Vollstreckungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts für zurückliegende Zeiträume ergänzende Besoldung zusprechen.

## **Keine Niederlassungserlaubnis bei fehlender Sicherung des Lebensunterhalts**

Eine zum Daueraufenthalt berechtigende Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 Aufenthaltsgesetz darf nicht erteilt werden, wenn der Lebensunterhalt des Ausländers nicht gesichert ist. Dies gilt auch dann, wenn eine Ausländerin wegen der Pflege eines kranken Ehemannes und eines schwerbehinderten Sohnes an einer eigenen Erwerbstätigkeit gehindert ist. Das hat der 1. Revisionsssenat des Bundesverwaltungsgerichts heute in Leipzig entschieden.

Der Entscheidung lag der Fall einer afghanischen Staatsangehörigen zugrunde, die seit 1989 mit ihrem kranken Ehemann und ihren zum Teil erwachsenen Kindern - darunter ein schwerbehinderter Sohn - in Deutschland lebt. Die Klägerin erhielt 1993 wegen der ihr in Afghanistan drohenden Gefahren eine Aufenthaltsbefugnis, die fortlaufend - jetzt als Aufenthaltserlaubnis bis 2011 - verlängert wurde. Sie und ihr Ehemann gehen keiner Erwerbstätigkeit nach und leben von Leistungen nach dem SGB II. Im Jahr 2005 beantragte sie die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis aus humanitären Gründen gemäß § 26 Abs. 4 Aufenthaltsgesetz, die ihr wegen fehlender Sicherung des Lebensunterhalts versagt wurde. Ihr Verpflichtungsbegehren blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.

Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass nach der Gesetzeslage die Sicherung des eigenen Lebensunterhalts eine zwingende Voraussetzung für die Erteilung der beantragten Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt darstellt. Davon ist zwar zugunsten von Ausländern abzuweichen, die wegen eigener Krankheit oder Behinderung diese Voraussetzung nicht erfüllen können (§ 9 Abs. 2 Satz 3 Aufenthaltsgesetz), nicht aber zugunsten der pflegenden Ehefrau oder Mutter. Die Rechtsstellung des Pflegebedürftigen - wie auch die nach der Verfassung und der Menschenrechtskonvention geschützte familiäre Gemeinschaft - wird dadurch nicht beeinträchtigt, wenn sich der pflegende Familienangehörige - wie hier die Klägerin - auf der Grundlage von befristeten und jeweils verlängerten Aufenthaltstiteln weiterhin in Deutschland aufhalten kann.

## **So genannte „Biblis-Auflage“ für Kernkraftwerk Philippsburg weitgehend rechtswidrig**

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute entschieden, dass die so genannte „Biblis-Auflage“ weitgehend – bis auf die darin enthaltene Informations- und Meldepflicht der Betreiberin – wegen Unbestimmtheit rechtswidrig ist.

Mit der streitigen nachträglichen Auflage hatte die zuständige Landesbehörde auf Weisung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit der Betreiberin des Kernkraftwerkes Philippsburg aufgegeben, bei – nicht „offensichtlich unbedeutender“ – Nichteinhaltung von „Grenzwerten, Maßen oder anderen spezifizierten sicherheitstechnischen Anforderungen zur Störfallbeherrschung“ den Leistungsbetrieb von sich aus unverzüglich einzustellen. Das Gleiche sollte gelten, wenn „der Nachweis der Störfallbeherrschung gescheitert ist, es sei denn, die Störfallbeherrschung ist zweifelsfrei nur geringfügig beeinträchtigt“. Ferner war angeordnet worden, dass „die Aufsichtsbehörde unverzüglich zu informieren“ ist, wenn „der Nachweis der Störfallbeherrschung in Frage gestellt sein könnte“. Eine gleichlautende nachträgliche Auflage war auf Weisung des Bundesumweltministeriums erstmals für das Kernkraftwerk Biblis angeordnet worden; insoweit ist ein Klageverfahren noch bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof anhängig. Es ist beabsichtigt, vergleichbare Anordnungen für alle Atomkraftwerke im Bundesgebiet zu erlassen.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hatte die Auflage für zu unbestimmt gehalten und sie deshalb insgesamt aufgehoben. Dieser Auffassung schloss sich das Bundesverwaltungsgericht an, soweit in der Auflage die Pflicht zur sofortigen Betriebs-einstellung angeordnet wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, die Betreiberin könne in beiden Fällen nicht hinreichend deutlich erkennen, wann und unter welchen Voraussetzungen diese Pflicht ausgelöst werde. Es hat insbesondere beanstandet, dass das Verhältnis der angeordneten Betriebseinstellung zu den zahlreichen Auflagen in der Genehmigung und den darin enthaltenen differenzierten Reaktionen auf die Nichteinhaltung von Grenzwerten und anderen Kontrolldaten unklar sei. Soweit in der streitigen Auflage unabhängig von der Schwere der Überschreitung und der Bedeutung des nicht eingehaltenen Kontrollwerts für die Sicherheit pauschal die sofortige Einstellung des Leistungsbetriebs verfügt werde, verstoße sie überdies gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Die angeordnete Melde- und Informationspflicht hat das Bundesverwaltungsgericht hingegen für hinreichend bestimmt gehalten und die Klage insoweit abgewiesen. In der mündlichen Verhandlung hatte der Beklagte erklärt, die Pflicht zur Information greife ein, wenn gesicherte naturwissenschaftlich-technische Erkenntnisse bei der Betreiberin Zweifel an dem Nachweis der Störfallbeherrschung weckten. Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, solche die Informationspflicht auslösenden Zweifel seien für die Betreiberin ohne Weiteres erkennbar, wenn sie etwa wegen Unklarheiten mit dem Hersteller in Erörterungen eingetreten sei.

## **Das Kopftuchverbot an Bremer Schulen für Lehrkräfte gilt für Referendare nur eingeschränkt**

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute entschieden, dass für die Ausbildung zur Lehrerin von einer Frau, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch trägt, nicht im Hinblick auf eine abstrakte Gefährdung des Schulfriedens das Ablegen des Kopftuchs verlangt werden kann. Eine solche Auslegung des Bremischen Schulgesetzes stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die vom Grundgesetz allen Deutschen garantierte Berufsfreiheit dar.

Zwar kann der Staat von angestellten oder beamteten Lehrkräften verlangen, dass sich diese in der Schule des Tragens jeglicher religiöser Symbole enthalten. Das besondere öffentlich-rechtliche Ausbildungsverhältnis – außerhalb eines Beamtenverhältnisses – ist vom Bundesverfassungsgericht aber gerade gefordert worden, um bei Berufen mit staatlichem Ausbildungsmonopol solchen Personen, die nicht in ein Beamtenverhältnis übernommen werden könnten, gleichwohl den Zugang zu diesen Berufen zu ermöglichen, die außerhalb des öffentlichen Dienstes auszuüben sind, z.B. als Lehrer an Privatschulen. Würde man nun auch im Rahmen eines solchen besonderen öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnisses von einer angehenden (deutschen) Lehrkraft von vornherein verlangen, von ihr als verbindlich empfundene religiöse Kleidungs Vorschriften während des Unterrichts nicht zu befolgen, käme eine solche Auslegung des Bremischen Schulgesetzes (§ 59 Abs. 4 und 5) einer verfassungswidrigen Berufszulassungsschranke gleich. Denn die Klägerin könnte dann ihre mit dem Studium begonnene Ausbildung nicht berufsqualifizierend abschließen.

Das Grundgesetz erlaubt solche Einschränkungen des Berufszugangs nur dann, wenn sie zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erforderlich sind. Insofern verstößt die Auslegung der Vorschriften des Bremischen Schulgesetzes durch das Berufungsgericht, das auch im Ausbildungsverhältnis bereits eine abstrakte, d.h. theoretische Gefährdung des Schulfriedens hat ausreichen lassen, gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Die Schulbehörde wird nun zu prüfen haben, ob die Durchführung der Ausbildung der Klägerin eine greifbare, d.h. konkrete Gefährdung des Schulfriedens im Hinblick auf Grundrechte der Eltern und Schüler darstellt.

## **Verbot der Versammlung "Gedenken an Rudolf Heß" war rechtmäßig**

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute entschieden, dass das Verbot der Versammlung mit dem Thema "Gedenken an Rudolf Heß" an dessen Begräbnisort Wunsiedel/Fichtelgebirge im Jahr 2005 rechtmäßig war. Das Verbot war in erster Linie darauf gestützt worden, dass bei Durchführung der Versammlung mit Verstößen gegen § 130 Abs. 4 StGB (Volksverhetzung) zu rechnen sei. Die dagegen gerichtete Klage war vor dem Verwaltungsgericht und dem Verwaltungsgerichtshof erfolglos. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Revision des Klägers zurückgewiesen.

§ 130 Abs. 4 StGB lautet:

"Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt."

Das Bundesverwaltungsgericht bejaht die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung. Sie greift zwar in den Schutzbereich der in Art. 5 Abs. 1 GG grundrechtlich gewährleisteten Meinungsfreiheit ein. Der Eingriff ist jedoch gerechtfertigt, weil die Strafnorm die Meinungsfreiheit in zulässiger Weise, nämlich zum Schutz des öffentlichen Friedens und der Menschenwürde der Opfer und ihrer Nachkommen, einschränkt.

Die Versammlungsbehörde hat beim Erlass der angefochtenen Verfügung zutreffend mit Verstößen der Versammlungsteilnehmer gegen § 130 Abs. 4 StGB gerechnet, die sie durch das Versammlungsverbot rechtmäßig verhindert hat.

Mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit wären die die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft kennzeichnenden schweren Menschenrechtsverletzungen gebilligt worden. Im Rahmen der Veranstaltung wäre die Person Rudolf Heß in einer besonderen Weise positiv bewertet worden. Dies ergibt sich aus Äußerungen im Zusammenhang mit der streitigen Veranstaltung und mit entsprechenden Versammlungen, die in den Vorjahren jeweils anlässlich des Todestags von Rudolf Heß in Wunsiedel stattgefunden hatten. Eine positive Bewertung kommt bereits in dem Motto der Veranstaltung zum Ausdruck ("Rudolf Heß: Seine Ehre galt ihm mehr als die Freiheit"). Rudolf Heß wird u.a. als "Märtyrer" bezeichnet, der "uns und der Welt ein Beispiel unbeugsamer Treue bis in den Tod" gab. Er wird als integre Person mit Vorbildfunktion dargestellt. Damit beschränkt sich die Glorifizierung nicht auf Teilaspekte seiner Person oder seines Handelns. Als "Stellvertreter des Führers" war Rudolf Heß ein exponierter Repräsentant und Akteur des nationalsozialistischen Regimes. Indem dargelegt wird, Rudolf Heß sei als Stellvertreter Adolf Hitlers in dessen Auftrag im Mai 1941 nach Großbritannien geflogen, um dort Friedensverhandlungen zu führen, wird er als ein treuer Gefolgsmann Hitlers vorgestellt und darüber hinaus das nationalsozialistische System insgesamt als friedenswillig verharmlost. Bei der gebotenen Würdigung aller einschlägigen Äußerungen in ihrer Gesamtheit drängt es sich auf, dass die Glorifizierung der Person Rudolf Heß als Billigung des nationalsozialistischen Regimes in allen seinen Erscheinungsformen und damit auch als Gutheißen der von diesem Regime ausgeübten Gewalt- und Willkürherrschaft wahrgenommen worden wäre. Dafür kommt es nicht darauf an, ob die Menschenrechtsverletzungen ausdrücklich gebilligt worden wären; vielmehr reicht nach § 130 Abs. 4 StGB eine zwar verdeckte, aber gleichwohl – wie hier – für einen mit den Gesamtumständen vertrauten Beobachter klar erkennbare, einschränkungslose Billigung des nationalsozialistischen Regimes aus.

Mit der Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft wäre zudem eine Verletzung der Würde der Opfer dieser Herrschaft verbunden gewesen. Denn in der Billigung der verbrecherischen Untaten des Regimes, insbesondere der menschenverachtenden Verfolgung und Ermordung von Millionen Juden aus rassistischen Gründen, liegt zugleich ein Angriff gegen die Menschenwürde sowohl der getöteten als auch der überlebenden Opfer.

Schließlich wäre bei Durchführung der Versammlung auch eine Störung des öffentlichen Friedens eingetreten, weil sie voraussichtlich weit über Wunsiedel hinaus Beachtung gefunden und insbesondere bei den überlebenden Opfern und bei den Nachkommen der getöteten Opfer die verständliche Furcht vor künftigen Angriffen auf ihre Menschenwürde und vor der gefährlichen Ausbreitung des zugrunde liegenden Gedankenguts ausgelöst hätte.

## Abschiebungsschutz für irakische Staatsangehörige

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat mit Urteilen vom heutigen Tag über den subsidiären Schutz nach den Vorgaben der Richtlinie 2004/83/EG des Rates der Europäischen Union (Qualifikationsrichtlinie) entschieden. Die Richtlinie sieht für Personen, die nicht die Voraussetzungen für die Flüchtlingsanerkennung nach der Genfer Flüchtlingskonvention erfüllen, aber bei Rückkehr in ihr Herkunftsland anderweitig von einem ernsthaften Schaden bedroht wären, einen eigenen subsidiären Schutzstatus vor. Als derartiger Schaden gilt danach u.a. eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts (Art. 15 c der Richtlinie). Der deutsche Gesetzgeber hat in Umsetzung dieser Regelung im August 2007 die schon bisher nach nationalem Recht bestehenden ausländerrechtlichen Abschiebungsverbote um diesen Tatbestand ergänzt (§ 60 Abs. 7 Satz 2 Aufenthaltsgesetz - AufenthG).

Die Kläger in den vier Ausgangsverfahren sind irakische Staatsangehörige, die zwischen 1996 und 2004 nach Deutschland gekommen und hier als Flüchtlinge anerkannt worden waren. Nach dem Sturz des Regimes Saddam Husseins widerrief das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge die Anerkennungen und stellte fest, dass in Bezug auf den Irak auch keine ausländerrechtlichen Abschiebungsverbote bestehen. Die dagegen gerichteten Klagen hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im Berufungsverfahren abgewiesen. Zu den – hier allein noch streitigen – Abschiebungsverboten hat er ausgeführt, es fehle bereits am Vorliegen eines innerstaatlichen bewaffneten Konflikts im Sinne der Richtlinie, weil ein solcher Konflikt im Irak jedenfalls nicht landesweit bestehe. Abgesehen davon könnten die Kläger in anderen Landesteilen internen Schutz finden. Zudem stehe wohl auch der Abschiebestopp-Erlass in Bayern der Feststellung eines solchen Abschiebungsverbots entgegen.

Der 10. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat entschieden, dass der subsidiäre Abschiebungsschutz entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs keinen landesweiten (innerstaatlichen) bewaffneten Konflikt voraussetzt. Ein bewaffneter Konflikt begründet allerdings ein Abschiebungsverbot nur dann, wenn der Schutzsuchende von ihm ernsthaft individuell bedroht ist und keine innerstaatliche Schutzalternative besteht. Da der Verwaltungsgerichtshof hierzu keine ausreichenden Tatsachen festgestellt hat, hat der Senat die Verfahren zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen. Zu den rechtlichen Voraussetzungen, die in den erneuten Berufungsverfahren zugrunde zu legen sind, hat der Senat ausgeführt: Bei der Auslegung, wann ein innerstaatlicher bewaffneter Konflikt vorliegt, ist Art. 3 der Genfer Konventionen zum humanitären Völkerrecht von 1949 und das zur Präzisierung erlassene Zusatzprotokoll II von 1977 zu berücksichtigen. Danach müssen die Kampfhandlungen von einer Qualität sein, wie sie u.a. für Bürgerkriegssituationen kennzeichnend sind, und über innere Unruhen und Spannungen wie Tumulte, vereinzelt auftretende Gewalttaten und ähnliche Handlungen hinausgehen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat weiter entschieden, dass Abschiebestopp-Erlasse der Länder der Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 7 Satz 2 AufenthG nicht entgegenstehen, wenn die Voraussetzungen von Art. 15 c der Qualifikationsrichtlinie erfüllt sind. Denn der subsidiäre Schutzstatus nach der Richtlinie führt regelmäßig zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, während die Abschiebestopp-Erlasse nur die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) vorsehen. Es darf deshalb auch bei Vorliegen eines Abschiebestopp-Erlasses nicht von der Prüfung abgesehen werden, ob sich allgemeine Gefahren im Herkunftsland im Falle der Kläger zu einer ernsthaften individuellen Bedrohung verdichtet haben.

## **Schutzanspruch Drittbetroffener gegen Anschläge auf ein atomrechtliches Zwischenlager**

Der Nachbar eines Standortzwischenlagers kann vor Gericht die dafür erteilte atomrechtliche Genehmigung mit der Begründung abwehren, dass der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter nicht gewährleistet ist. Ob und in welchem Umfang ein solcher Schutz geboten ist, hat die Genehmigungsbehörde in eigener Verantwortung zu beurteilen. Ihre Entscheidung ist von den Gerichten dahin zu überprüfen, ob die behördliche Risikoermittlung und Risikobewertung auf einer ausreichenden Datenbasis beruht und dem Stand von Wissenschaft und Technik entspricht. Das hat das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig heute für das Standortzwischenlager Brunsbüttel entschieden.

Das zur Überprüfung der Genehmigung für das Zwischenlager Brunsbüttel zuständige Oberverwaltungsgericht hatte den vom Kläger geforderten Drittschutz mit der Begründung verneint, die Vorschrift über den Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter diene ausschließlich dem Interesse der Allgemeinheit. Soweit das Gesetz den Betreiber zur Gewährleistung des erforderlichen Schutzes gegen Risiken infolge eines gezielten Flugzeugabsturzes auf das Zwischenlager oder eines Beschusses der Castorbehälter mit panzerbrechenden Waffen verpflichte, diene das nicht dem Schutz individueller Rechtsgüter.

Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts entgegengetreten: Der Schutz gegen terroristische Anschläge auf ein Standortzwischenlager unterfällt dem Anwendungsbereich des Atomgesetzes. Die Vorsorge gegen solche Risiken dient auch dem Schutz individueller Rechtsgüter der in der Nähe des Zwischenlagers wohnenden Nachbarn. Die staatliche Terrorbekämpfung entbindet den Anlagenbetreiber nicht von der Pflicht zu Maßnahmen zum Schutz der Anlage und ihres Betriebs, die in seinen Verantwortungsbereich fallen. Ein Schutzanspruch Drittbetroffener auf Vorsorge gegen terroristische Anschläge besteht allerdings nicht, wenn die Genehmigungsbehörde diese Risiken willkürfrei dem Bereich des Restrisikos zuordnen durfte. Das Oberverwaltungsgericht hatte keine tatsächlichen Feststellungen dazu getroffen, ob die Behörde davon ausgehen durfte, dass der erforderliche Schutz gegen die Risiken für Leben und Gesundheit des Klägers infolge eines gezielten Flugzeugabsturzes auf das Zwischenlager und durch einen Beschuss der Castorbehälter mit panzerbrechenden Waffen nach dem integrierten Sicherheits- und Schutzkonzept gewährleistet ist, oder ob sie die Risiken als "praktisch ausgeschlossen" dem Bereich des hinzunehmenden Restrisikos zuordnen durfte. Deshalb musste das Bundesverwaltungsgericht die Sache zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurückverweisen.

## **Versandhandel mit Arzneimitteln darf Drogeriemärkte einbeziehen**

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute entschieden, dass Versandapotheken für das Einsammeln von Bestellungen und die Aushändigung der bestellten Arzneimittel den Dienst von Drogeriemärkten in Anspruch nehmen dürfen.

Seit dem 1. Januar 2004 erlaubt das Arzneimittelgesetz den Versandhandel mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln. Daraufhin schloss eine niederländische Versandapotheke mit einer deutschen Drogeriemarktkette eine Kooperationsvereinbarung. Danach können Bestellungen für die Apotheke in den Filialen der Kette in eine Sammelbox eingeworfen und die bestellten Medikamente nach 3 Tagen in der betreffenden Filiale abgeholt werden. Wahlweise kann sich der Kunde die Medikamente auch nach Hause liefern lassen. Dieser Service wurde zunächst in acht Filialen der Kette im Rheinland eingeführt. Durch Ordnungsverfügung untersagte der Oberbürgermeister der Stadt Düsseldorf der Drogeriemarktkette diese Form des Arzneimittelvertriebs mit der Begründung, der vom Gesetz erlaubte Versandhandel mit Arzneimitteln umfasse nur den Direktvertrieb mit unmittelbarer Zustellung an den Kunden. Die Einrichtung von Abholstellen in Gewerbebetrieben sei ebenso unzulässig wie das dortige Einsammeln von Bestellungen für Medikamente. Der gegen diese Verfügung gerichteten Klage hat das Oberverwaltungsgericht Münster stattgegeben. Das Bundesverwaltungsgericht hat nun die Revision der Stadt zurückgewiesen.

Zur Begründung führt das Gericht aus, die Auslieferung bestellter Waren durch Übergabe an den Kunden in einer Abholstation sei inzwischen eine verbreitete Form des Versandhandels. Nach heutigem Sprachgebrauch unterfalle daher auch diese Form dem Begriff des Versandhandels. Die Schutzziele des Apotheken- und Arzneimittelrechts stünden der Einbeziehung dieses Vertriebsweges in den Versandhandel mit Arzneimitteln nicht entgegen. Insbesondere sei die Arzneimittelsicherheit nicht mehr gefährdet als beim klassischen Versandhandel mit direkter Zustellung an den Endverbraucher. Allerdings müsse sich der Beitrag des Drogeriemarktes auf logistische Leistungen beschränken. Keinesfalls dürfe der Eindruck erweckt werden, die Arzneimittel würden vom Drogeriemarkt selbst abgegeben, dieser sei also Vertragspartner des Kunden. Auch eine Werbung, die diesen Eindruck vermittele, sei unzulässig.

## **Bundesverwaltungsgericht in Leipzig klärt die Voraussetzungen für Verkehrsbeschränkungen zur Unterbindung von Mautausweichverkehr**

Zur Unterbindung von Mautausweichverkehr verhängten das Landratsamt Ansbach und die Stadt Dinkelsbühl im Sommer 2006 versuchsweise befristet auf ein halbes Jahr ein Verbot für den Durchgangsverkehr mit Lkw mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mehr als zwölf Tonnen auf der B 25. Das auf die Zeit von 22:00 Uhr bis 6:00 Uhr beschränkte Verbot wurde mit den Verkehrszeichen 253 und den beiden Zusatzzeichen "Durchgangsverkehr" und "12 t" sowie einem weiteren Zusatzzeichen mit der Angabe der tageszeitlichen Geltung der Sperrung umgesetzt. In Fahrtrichtung Süd wurde außerdem ein Zusatzzeichen mit der Angabe "B 25 Zufahrt Landkreise Ansbach und Donau-Ries frei" und in Fahrtrichtung Nord ein Zusatzzeichen mit der Angabe "B 25 Zufahrt Landkreis Ansbach frei" angebracht. In Verkündungsblättern gaben die Beklagten außerdem bekannt, dass Fahrten zum Be- und Entladen bei Unternehmen in einem Korridor von ca. 30 km-Luftlinie westlich und östlich der B 2 zwischen der Landkreisgrenze Donau-Ries (nördliche Grenze) und der Autobahn A 8 West (südliche Grenze) von dem Verbot ausgenommen seien.

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute das Urteil des Verwaltungsgerichts bestätigt, dass die hier getroffenen Regelungen rechtswidrig waren. Es hat deshalb die Sprungrevision der Beklagten zurückgewiesen.

Die mit der Korridorregelung bezweckten Ausnahmen vom nächtlichen Durchfahrverbot konnten nicht durch eine nur schriftlich ergangene und bekanntgegebene Allgemeinverfügung geregelt werden. § 45 Abs. 4 Satz 1 StVO gibt vor, dass die Straßenverkehrsbehörden den Verkehr nur durch Verkehrszeichen und -einrichtungen regeln und lenken dürfen. An diese Form waren auch die Beklagten bei der Umsetzung ihres Regelungskonzepts gebunden. Da die Durchfahrverbote ohne die Ausnahmen nicht erlassen worden wären, schlug deren Rechtswidrigkeit auf die Gesamtregelung durch.

Die aufgestellten Verkehrszeichen genügten nicht den sich aus dem Sichtbarkeitsgrundsatz ergebenden Anforderungen an die sofortige Erkennbarkeit ihres Regelungsgehalts. Da Verkehrszeichen sofort zu befolgen sind, muss eine durch deren Aufstellen bekannt gegebene Regelung klar, eindeutig und vollständig sein. Der Verkehrsteilnehmer muss sie bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt schon mit einem raschen und beiläufigen Blick erfassen können. Dies bei einer Schilderkombination aus mindestens fünf Verkehrszeichen - wie hier - nicht gewährleistet. Außerdem konnten die Zusatzzeichen, mit denen die Zufahrt zu den Landkreisen Ansbach und Donau-Ries freigegeben werden sollte, ohne einen Rückgriff auf Hilfsmittel, wie etwa eine Karte mit eingezeichneten Landkreisgrenzen, von den Fahrern nicht sofort umgesetzt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat außerdem die Voraussetzungen für den Erlass von Durchfahrverboten zur Unterbindung von Mautausweichverkehr präzisiert. Nach § 45 Abs. 9 Satz 3 StVO können zum Schutz der Wohnbevölkerung vor Lärm und Abgasen und aus Gründen der Sicherheit und Ordnung des Verkehrs Beschränkungen und Verbote des fließenden Verkehrs bei erheblichen Auswirkungen mautfluchtbedingt veränderter Verkehrsverhältnisse angeordnet werden. Orientierungspunkte dafür, wann die Beeinträchtigungen durch Mautausweichverkehr diese Erheblichkeitsschwelle erreichen, können unter anderem der Verkehrslärmschutzverordnung - 16. BImSchV - entnommen werden. Erhebliche Auswirkungen liegen danach unter anderem vor, wenn sich der Beurteilungspegel durch den Mautausweichverkehr um mindestens 3 Dezibel (A) erhöht oder aber ein Beurteilungspegel von mindestens 70 Dezibel (A) am Tage oder 60 Dezibel (A) in der Nacht erstmals erreicht oder - soweit eine solche Lärmbelastung schon zuvor bestand - überschritten wird.

## **Rücknahme erschlichener Einbürgerungen nach mehr als 8 Jahren nicht mehr "zeitnah"**

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat heute entschieden, dass die Rücknahme einer durch arglistige Täuschung erwirkten Einbürgerung erst nach achteinhalb Jahren oder später nicht mehr "zeitnah" und daher nach derzeitiger Gesetzeslage unzulässig ist.

In zwei der entschiedenen Fälle hatten Ausländer ihre Einbürgerung dadurch erschlichen, dass sie im Einbürgerungsverfahren eine Zweitehe im Ausland (Pakistan) verschwiegen. In zwei anderen Fällen hatten sich türkische Staatsangehörige als Staatenlose aus dem Libanon ausgegeben.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Revisionen des Landes gegen drei Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Berlin und ein Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin zurückgewiesen sowie die Aufhebung der Rücknahmebescheide in allen vier Verfahren bestätigt. Zur Begründung hat es auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Mai 2006 abgestellt. Danach besteht eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Rücknahme durch Täuschung erschlichener Einbürgerungen in Anwendung der allgemeinen Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder (§ 48 VwVfG) nur, wenn die Einbürgerung "zeitnah" zurückgenommen wird. Nur dann sei für die Betroffenen – bis zu einer speziellen Regelung im Staatsangehörigkeitsgesetz – die Rücknahme nach § 48 VwVfG als Folge ihres Verhaltens noch vorhersehbar.

Das Bundesverwaltungsgericht hat offen gelassen, bis zu welcher zeitlichen Grenze die Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung als noch zeitnah nach geltender Rechtslage zulässig ist. Jedenfalls in den vorliegenden Fällen, in denen die Einbürgerungen erst nach achteinhalb bis über elf Jahren zurückgenommen worden sind, waren die Rücknahmen nicht mehr zeitnah.

Das Bundesverwaltungsgericht hat – wie schon das Bundesverfassungsgericht – darauf hingewiesen, dass der Bundesgesetzgeber eine ausreichend klare spezialgesetzliche Regelung bisher nicht geschaffen habe.