

ZLVR

2. Jahrgang

Zeitschrift für Landesverfassungsrecht
und Landesverwaltungsrecht

Die allgemeine Zeitschrift für das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht aller sechzehn deutschen Länder

Nr. 3 / 2017

Herausgegeben von Hannes Berger und Lukas C. Gundling

ISSN (Online) 2511-3666

Inhalt dieses Heftes

Aktuelles aus dem Bundesrat

Weber

Seite 81

Konsequenzen des NPD-Verbotsverfahrens für Kommunalwahlen

Gundling

Seite 87

Über die Vielfalt juristischer Ausbildung

Buchbinder

Seite 97

Rechtsprechung

Seite 102

Rezension: Archivrecht für die Praxis

Berger

Seite 124

Ankündigung zur Schriftenreihe

Seite 128

3/2017

Aktuelles aus dem Bundesrat

von Annalena Weber, Berlin*

Die Rubrik Aktuelles aus dem Bundesrat stellt jüngste Entscheidungen, Debatten und Initiativen aus der Länderkammer vor.

Dieser Beitrag behandelt die wesentlichen Beschlüsse und Befassungen des Bundesrates in seiner Sitzung am 07. Juli 2017, die aufgrund ihrer gesellschaftspolitischen Gegenstände von besonderer Relevanz sind.

I. Einleitung

Der Bundesrat hat in seiner letzten Sitzung vor der Sommerpause, am 07. Juli 2017, ein enormes Pensum an Beschlüssen, Debatten und Gesetzesentwürfen zu verhandeln und zu bearbeiten gehabt. Das Bundesverfassungsorgan, das sich aus den Vertretern der sechzehn deutschen Länder zusammensetzt, hatte über 115 Tagesordnungspunkte und darunter 63 Gesetzesentwürfe zu befinden.

Es scheint, als habe sich die Politik in Berlin für diese letzte Sitzung besonders wichtige, besonders strittige und besonders auswirkungsreiche Themen vorbehalten. Das Recht der Ehe für gleichgeschlechtliche Personen, die Änderung des Grundgesetzes bezüglich der Finanzierung von Parteien oder die stark kritisierte Neuformulierung der Online-Durchsuchung durch Sicherheitsbehörden sowie der Einsatz sogenannter Staatstrojaner waren allesamt in der umfangreichen Sitzung vom 7. Juli 2017 zu behandeln.

II. Würdigung Helmut Kohls

Doch begonnen wurde die Sitzung des Bundesrates mit einer Würdigung der Person und der großen Verdienste des verstorbenen Bundeskanzlers a.D. Helmut Kohl (CDU).¹

* Die Autorin ist Diplom-Juristin und lebt und arbeitet in Berlin. Sie schreibt regelmäßig Beiträge für die Rubrik *Aktuelles aus dem Bundesrat* für die ZLVR.

¹ Helmut Kohl (1930–2017) war von 1969 bis 1976 Ministerpräsident von Rheinland-Pfalz und von 1982 bis 1998 Bundeskanzler. Er hatte von 1972 bis 1998 den Bundesvorsitz der CDU inne und war von 1998 bis 2000 Ehrenvorsitzender seiner Partei.

Malu Dreyer (SPD), Ministerpräsidentin des Landes Rheinland-Pfalz und aktuelle Präsidentin des Bundesrates eröffnete die Sitzung des Bundesrates mit ihrer Gedankenkrede an den Bundeskanzler mit der bislang längsten Regierungszeit und gleichzeitig an den sowohl für die deutsche Einheit als auch für die europäische Integration so bedeutenden Staatsmann. Wir wollen daraus zitieren:

„Über das Leben von Helmut Kohl ist viel gesagt und auch geschrieben worden. Er war ein mutiger, ein zielstrebig, ein machtbewusster Mensch.

In der Landespolitik von Rheinland-Pfalz zählte er in den Sechzigern zu den ‚Jungen Wilden‘. Als er dort Vorsitzender der Landtagsfraktion wurde, stand seine Agenda für ‚Erneuerung‘ und ‚modernes Management‘. Als Ministerpräsident brachte er eine durchgreifende Gebiets- und Verwaltungsreform in Gang und reformierte das Sozial- und Gesundheitswesen. In seiner Autobiografie berichtete er von nächtelangen Diskussionen darüber, denen zum Trotz er diese notwendige Modernisierung durchsetzte.

Nach den Jahren seines stetigen innerparteilichen Aufstiegs fand er schließlich als Bundeskanzler seine ganz eigene Domäne auf dem Gebiet der deutschen Außenpolitik. Mit außerordentlichem politischem Instinkt erahnte er immer wieder Strömungen der Geschichte und hatte erheblichen Anteil an entscheidenden Weichenstellungen für unser Land und für Europa. Unvergessen bleibt seine besondere Verbindung zum französischen Staatspräsidenten François Mitterrand. Jeder von uns kennt das Bild der beiden Hand in Hand im stillen Gedenken an die Opfer Frankreichs und Deutschlands in den beiden Weltkriegen. Dieser Handschlag zwischen einem, der im Zweiten Weltkrieg kämpfte, und dem anderen, der seinen großen Bruder darin verlor, bleibt als Symbol der Aussöhnung unserer beiden Länder bestehen.

Ende der 80er Jahre stand Helmut Kohl mit der Wiedervereinigung Deutschlands vor seiner größten politischen Herausforderung. Die Wiederherstellung der Einheit war in erster Linie Folge der friedlichen Revolution in der DDR. Als sich aber diese einmalige historische Chance bot, hat Helmut Kohl, der bis dahin eher der Stabilität gegenüber dem Wagnis den Vorzug gab, die Gunst der Stunde genutzt. Und er ruhte nicht eher, als bis die Einheit wiederhergestellt war.

Zu jedem Zeitpunkt war er sich dabei der wachsenden Bedeutung und Verpflichtung des vereinten Deutsch-

lands bewusst. Er ließ daher niemals Zweifel aufkommen an seinem Bemühen um eine zielstrebige und schnelle Einordnung des geeinten Deutschlands in ein geeintes Europa. Er verstand es, Ängste unserer Nachbarn einzufangen und immer wieder klarzustellen, dass auch von diesem größeren Deutschland keine Gefahr ausgehen würde.

Dies und sein enges Vertrauensverhältnis zu anderen politischen Größen, wie etwa Michail Gorbatschow, George Bush, Boris Jelzin, Bill Clinton und eben François Mitterrand, gaben ihm die Möglichkeit, gleichzeitig die transatlantische Partnerschaft zu stärken und die Osterweiterung der Europäischen Union voranzutreiben.

Die besondere Achtung, die ihm aus dem Ausland entgegengebracht worden ist, zeigt sich auch in seiner Ernennung zum Ehrenbürger Europas – einer Auszeichnung, die vor ihm nur Jean Monnet, dem ‚Vater Europas‘, zuteilgeworden war“.²

Dreyer schloss ihre Gedenkrede an Helmut Kohl mit dem Bekenntnis, dass der Bundesrat stets ein ehrendes Andenken an Kohl bewahren werde und es gerade in Zeiten, in denen das europäische Projekt von großen Schwierigkeiten und Herausforderungen geprägt ist, auch der Rückbesinnung auf das große europäische Engagement Kohls bedürfe.

III. Grundgesetzänderung

Als wohl eines der wichtigsten Themen der Bundessatzung wurde gleich zu Beginn die Änderung des Grundgesetzes, genauer des Artikels 21 Grundgesetz, behandelt. Änderungen an der Bundesverfassung benötigen gemäß Art. 79 Abs. 2 GG nicht nur der Zustimmung des Bundestages mit der verfassungsändernden Mehrheit von zwei Dritteln der Bundestagsmitglieder, sondern zudem auch der Zustimmung des Bundesrates mit der verfassungsändernden Mehrheit von zwei Dritteln der Bundesrats-Stimmen. Die Stimmenverteilung im Bundesrat bestimmt sich bekanntermaßen nach Art. 51 Abs. 2 GG mit mindestens drei und maximal sechs Stimmen je Land in Abhängigkeit seiner Einwohneranzahl. Zudem kann jedes Land seine Stimmen nur einheitlich abgeben, was sich aus Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG ergibt.³

Nachdem auch das zweite Parteiverbotsverfahren gegen die NPD vor dem Bundesverfassungsgericht ohne Erfolg

² *Bundesrat*, Plenarprotokoll 959. Sitzung vom 7. Juli 2017, S. 323.

³ Insgesamt dazu *Sachs*, Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München 2014, Art. 79 Rn. 21-25.

blieb und das Gericht zudem die Kriterien für ein absolutes Parteienverbot mit strengen Maßstäben konkretisierte, gab das Gericht dem verfassungsändernden Gesetzgeber zugleich eine andere Möglichkeit an die Hand, mit verfassungsfeindlichen Parteien umzugehen.⁴ So stellte das BVerfG fest: „Eine Modifizierung dieses Regelungskonzepts [des Parteienverbotes im Grundgesetz], etwa hinsichtlich der Schaffung von Möglichkeiten gesonderter Sanktionierung im Fall der Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale des Art. GG Artikel 21 GG Artikel 21 Absatz II GG unterhalb der Schwelle des Parteiverbots, ist dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten.“⁵

Auf diese Handreichung des Bundesverfassungsgerichts, eine Handhabe der wehrhaften Demokratie gegen festgestellte Verfassungsfeinde unterhalb der besonders eingriffsintensiven Parteienverbote in das Grundgesetz zu installieren, hat die Politik sehr schnell reagiert.⁶

Bisher war das Parteiverbot in Art. 21 Abs. 2 GG geregelt. Mit der Grundgesetzänderung wird dessen Satz 2 ersatzlos gestrichen, sodass Absatz 2 nunmehr allein die Frage der Verfassungswidrigkeit von Parteien regelt. Die Frage der Verfassungsfeindlichkeit von Parteien und der Folge des Ausschlusses dieser Parteien von der staatlichen Parteienfinanzierung werden nunmehr durch die neu eingefügten Absätze 3 und 4 des Art. 21 GG normiert. Diese lauten:

„(3) Parteien, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen. Wird der Ausschluss festgestellt, so entfällt auch eine steuerliche Begünstigung dieser Parteien und von Zuwendungen an diese Parteien.

(4) Über die Frage der Verfassungswidrigkeit nach Absatz 2 sowie über den Ausschluss von staatlicher Finanzierung nach Absatz 3 entscheidet das Bundesverfassungsgericht.“⁷

⁴ Siehe dazu auch den Beitrag *Gundling*, ZLVR, S. 87 in diesem Heft [Anm. d. Red.]

⁵ *BVerfG*, Verbotsverfahren gegen die NPD, NVwZ-Beilage 2017, 46, Rn. 527.

⁶ *Kyrill-A. Schwarz*, Der Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der staatlichen Parteienfinanzierung, NVwZ-Beilage 2017, 39.

⁷ *Bundestag*, Drucksache 18/12357, S. 3.

Der Wortlaut zeigt klar: Im Gegensatz zur Tatbestandsvoraussetzung des „darauf ausgehen“ für das besonders eingriffsintensive Parteienverbot nach Absatz 2 verlangt der Ausschluss von der staatlichen Parteienfinanzierung nach Absatz 3 nur ein „darauf ausgerichtet“ sein. Es reicht demzufolge die Ausrichtung, die Haltung und die Parteilinie für den Ausschluss der Finanzierung aus.

Nicht erfüllt sein muss das für ein Verbot notwendige tatsächliche Bestreben und Handeln sowie die unabdingbare Potentialität des erfolgreichen Umsetzens dieser Bestrebungen.⁸

Sobald eine Partei politische Ziele und Absichten verfolgt, die gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung gerichtet ist, kann sie zwar nicht sofort verboten, sehr wohl aber nach der Grundgesetzänderung von der Parteienfinanzierung und von steuerrechtlichen Vorteilen ausgeschlossen werden.

Klargestellt wird mit der Grundgesetzänderung außerdem, dass alleine Kompetenz, über diese Fragen zu entscheiden, beim Bundesverfassungsgericht liegt, womit die politische Missbrauchsgefahr eingedämmt werden soll.

Die Debatte im Bundesrat, der der Grundgesetzänderung zustimmen musste, zeigte deutlich, dass man gewillt ist, diese verfassungsrechtlichen Möglichkeiten zu nutzen.

„Mit der heutigen EntschlieÙung bekräftigt der Bundesrat darüber hinaus seine Auffassung, dass die NPD verfassungsfeindliche Ziele verfolgt und daher von der staatlichen Parteienfinanzierung ausgeschlossen werden muss.

Der Bundesrat wird einen Antrag auf Verfahrenseinleitung beim Bundesverfassungsgericht vorbereiten. Er strebt dabei einen gemeinsamen Antrag der drei antragsberechtigten Organe an.“⁹

Die Abstimmung über die Grundgesetzänderung brachte schließlich eine einstimmige Zustimmung zur Grundgesetzänderung mit sich.

⁸ *BVerfG*, NVwZ-Beilage 2017, 46, Leitsatz Nr. 4 spricht auch von der hinreichenden Intensität und der spürbaren Gefährdung für die freiheitlich-demokratische Grundordnung, die für das Verbot von Parteien notwendig ist.

⁹ *Bundesrat*, Plenarprotokoll 959, S. 325.

IV. Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen

Der Bundesrat befasste sich weiterhin auch mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, das auf einen Gesetzesentwurf aus der Mitte des Bundestages basierte.¹⁰

Durch diesen Gesetzesentwurf sollte das Bürgerliche Gesetzbuch dahingehend geändert werden, dass die Ehesfähigkeit von Personen erst mit der Volljährigkeit eintritt. Insofern lautet der neugefasste § 1303 BGB: „Eine Ehe darf nicht vor Eintritt der Volljährigkeit eingegangen werden. Mit einer Person, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet hat, kann eine Ehe nicht wirksam eingegangen werden.“

Der Bundesrat, der für diese Materie nicht zustimmen musste, hat den Gesetzesentwurf ohne Wortmeldungen und ohne Beschluss, den Vermittlungsausschuss anzurufen, passieren lassen.¹¹ Gleichwohl gab es mehrere Protokollerklärungen, die das Anliegen des Gesetzesentwurfes unterstützten.¹²

V. Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts

Der oftmals inkorrekt verwendete Begriff der „Ehe für Alle“ – denn es handelt sich bei weitem nicht um eine Möglichkeit der Eheschließung für alle, etwa wie eben festgestellt nicht für Minderjährige, ebenso auch nicht für Verwandte – hat nunmehr auch das Plenum des Bundesrates erreicht.¹³

Bei diesem besonders gesellschaftspolitisch brisanten Thema zeigt sich erneut die nicht zu unterschätzende Rolle des Bundesrates in der deutschen Politik. Denn es war eine Gesetzesinitiative der Länderkammer in der Bundespolitik, die die längst in einer modernen und liberalen Gesellschaft notwendige Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften forderte und das über-

¹⁰ *Bundestag*, Drucksache 18/12086.

¹¹ *Bundesrat*, Plenarprotokoll 959, S. 354.

¹² Das Erklärungsprotokoll des Freistaates Bayern betont herausgehoben das Ziel des Kindeswohles, das mit dem Verbot von Kinderehen verfolgt wird. Das Erklärungsprotokoll des Landes Berlin erhebt hingegen Bedenken, die sich hieraus für das Unterhaltsrecht und das Aufenthaltsrecht für minderjährige Nichtig-Verheiratete, insbesondere in der Migrationsbewegung, ergeben können. Vgl. Anlage 17 und 18 zu *Bundesrat*, Plenarprotokoll 959, S. 379f.

¹³ Gleichwohl ist auch der Begriff der Homo-Ehe unsinnig, denn es handelt sich nicht um eine Sonderform der Ehe, sondern um eine Ehe. Rechtlich wird dabei kein Unterschied mehr gemacht, weshalb man auch die begriffliche Diskriminierung ablegen sollte.

kommene Privileg der klassischen Ehe ohne Verletzung der besonderen staatlichen Schutzpflicht für die Ehe als Institution aus Art. 6 GG umzusetzen suchte.¹⁴

Zentrale Vorschrift des Gesetzes für die Einführung des Rechts auf Eheschließung gleichgeschlechtlicher Personen ist der neugefasste § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“

Daneben gibt es zudem weitere Anpassungen, etwa des Lebenspartnerschaftsgesetzes, die es erlauben, dass auch bereits zum jetzigen Zeitpunkt eingetragene Lebenspartnerschaften ihre Verbindung zu einer vollständigen Ehe vor dem Standesamt aufwerten können.

Stellvertretend für die verfassungsrechtliche Diskussion rund um die Frage des modernen Ehebegriffes kann hier die Wortmeldung des Ministerpräsidenten des Landes Baden-Württemberg, Winfried Kretschmann wiedergegeben werden:

„Ich nehme es vorweg: Weder die Auslegung nach dem Wortlaut noch die historische, die systematische oder die teleologische Auslegung des Artikels 6 Grundgesetz ergibt, dass dies zwingend eine Verbindung von Mann und Frau sein muss. Schon gar nicht geht es hier um die Ewigkeitsgarantie des Artikels 79 Absatz 3 Grundgesetz. Entscheidend ist nicht, was die Verfasser des Grundgesetzes damals unter dem Begriff der Ehe verstanden haben, sondern was ‚Ehe‘ heute, im Jahre 2017, bedeutet.

Ja, das Bundesverfassungsgericht hat früher entschieden, dass die Ehe eine Verbindung von Mann und Frau sei. Aber es hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1993 auch deutlich gemacht, dass sich eine Änderung der Rechtsprechung aus einem grundlegenden Wandel des Eheverständnisses ergeben kann. Damals konnte das Gericht diesen Wandel noch nicht erkennen. Es hat damit aber auch deutlich gemacht: Ein künftiger Wandel – eine Öffnung der Ehe für Gleichgeschlechtliche – ist nicht ausgeschlossen.

Generell ist rechtlich anerkannt, dass es einen sogenannten Verfassungswandel gibt, also einen Bedeutungswandel in der Auslegung des Grundgesetzes auf Grund eines Wandels der Gesellschaft und ihrer Werte

¹⁴ *Bundesrat*, Drucksache 273/15. Der Gesetzesantrag wurde von den Ländern Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg, Schleswig-Holstein und Thüringen eingebracht.

und Normen. Einer Änderung des Textes bedarf es dann nicht.“¹⁵

Völlig zu Recht hat etwa in diesem Sinne auch *Matthias Jestaedt* darauf hingewiesen, dass allein „unter Bezugnahme auf den besonderen Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG [...] sich fortan eine auf das Geschlecht der Partner gestützte Ungleichbehandlung von Ehe und [eingetragener Lebenspartnerschaft] nicht mehr rechtfertigen [ließe]. Der Gesetzgeber müsse vielmehr jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG einen hinreichend gewichtigen Sachgrund namhaft machen können.“¹⁶

Die lange Aussprache im Bundesrat zeigte, dass die Vertreter der deutschen Länder sich der Dimension dieses Gesetzesvorhabens deutlich bewusst waren. Vielfach wurde von Gesellschaftswandel, Gleichberechtigung und dem Beenden von Diskriminierung gesprochen.

Kritische Stimmen, die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Änderung des BGB äußerten, kamen ebenfalls zu Wort. Der Freistaat Bayern meldete etwa folgende Bedenken an:

„Deshalb ist die Diskussion über die ‚Ehe für alle‘ eine, die zu Herzen geht, ob wir dafür oder dagegen sind. Und ja, das Thema ist – darüber kann man nicht hinwegreden – politisch und verfassungsrechtlich umstritten, auch international. Ein vergleichender Blick über die Grenzen zeigt, dass die Rechtslage in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union sehr heterogen und keinesfalls einheitlich ist. Es hätte den Parteien gut angestanden, dieses Gesetz mit ausreichender Zeit und Tiefe – auch im Deutschen Bundestag – zu diskutieren, jenseits von Wahlkampf und Parteitaktik. Die Bundeskanzlerin hat ja die Türe für eine vertiefte Diskussion und anschließende Gewissensentscheidung geöffnet. Es ist bedauerlich und diesem wichtigen gesellschaftspolitischen Thema nicht angemessen, dass diese Tür mit derartigem Schwung zugeschlagen wurde.

Es ist ärgerlich, dass das Gesetz im Hauruck-Verfahren in 38 Minuten im Deutschen Bundestag erledigt wurde wie eine lapidare Ergänzung des Einkommensteuergesetzes. Das hat uns allen die Chance auf einen ehrlichen Diskurs über dieses so wichtige und grundsätzliche Thema ein Stück weit genommen. Das vom Grundgesetz aus gutem

¹⁵ *Bundesrat*, Plenarprotokoll 959, S. 329.

¹⁶ *Matthias Jestaedt*, Gastbeitrag: Ehe für alle?, in: FAZ-Online vom 5. Juli 2017.

Grund besonders geschützte Institut der Ehe hätte wahrlich mehr Respekt verdient. [...]

Außerdem: Das Gesetz wirft schwierige verfassungsrechtliche Fragen auf, die man eingehend hätte prüfen und diskutieren müssen. Der große rechtliche Schwachpunkt des Gesetzes ist vor allem, dass es die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts übergeht. Das Bundesverfassungsgericht sagt ganz klar: Ehe im Sinne des Artikels 6 Absatz 1 des Grundgesetzes ist ein ‚allein der Verbindung zwischen Mann und Frau vorbehaltenes Institut‘, und dies – ich zitiere wieder wörtlich das Urteil des Ersten Senats vom 17. Juli 2002 – ‚ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels‘. Das heißt im Klartext: Nach dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die neu geschaffene Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts keine Ehe im Sinne des Artikels 6 des Grundgesetzes. Aber mehr noch: Das Gesetz läuft Gefahr, dass es im Streitfall vor dem Bundesverfassungsgericht sogar für verfassungswidrig erklärt wird, wenn es sagt, dass der Gesetzgeber die Ehe im einfachen Gesetz nicht für gleichgeschlechtliche Partner öffnen darf.¹⁷

Der Freistaat Bayern kündigte zudem an, besonders angesehene Verfassungsrechtler mit Gutachten zu beauftragen, um die nach wie vor strittigen Fragen der Vereinbarkeit des Ehebegriffes des Art. 6 GG und des Ehebegriffes des nun geänderten § 1353 BGB zu klären.

Schließlich befand das Plenum des Bundesrates, dass kein Beschluss auf die Einberufung des Vermittlungsausschusses gefasst werden sollte, womit sich kein Einspruch des Bundesrates gegen den Gesetzesentwurf ergab.¹⁸ Damit kann auch das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für gleichgeschlechtliche Personen ausgefertigt und verkündet werden.

VI. Online-Durchsuchung und Staatstrojaner

Mit dem so genannten „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ behandelte schließlich der Bundesrat in seiner Sitzung am 7. Juli 2017 ein weiteres stark umstrittenes Gesetzesvorhaben.

Der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁹ beinhaltet eine Vielzahl von Änderungen der Strafprozessordnung. So sollen etwa mit § 81e StPO bei

Ermittlungen gefundene DNA- Spuren zukünftig auch dahingehend ausgewertet werden können, um die Abstammung und das Geschlecht der Person zu ermitteln, soweit dies zur Ermittlung eines Sachverhaltes erforderlich ist.

Was in dem Gesetzesentwurf und demzufolge auch nicht in der Gesetzesbegründung enthalten war und somit auch nicht Gegenstand von Stellungnahmen von Experten oder Verbänden sein konnte, waren ausgerechnet jene tiefgreifenden Eingriffsbefugnisse der Sicherheitsbehörden, namentlich der Neufassung der Online-Durchsuchung sowie der Einsatz sogenannter Staatstrojaner. Diese Änderungen am Gesetzesentwurf wurden erst durch eine Beschlussvorlage des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz im Bundestag eingefügt und beschlossen²⁰ und umgingen auf diese Weise die ausführliche Gesetzesbegründung. Dieses gesetzgeberische Vorgehen der Großen Koalition kann man nur äußerst kritisch betrachten, gerade dann, wenn es um Fragen der staatlichen Überwachung geht.

Die erste dieser Regelungen ist die Online-Durchsuchung nach § 100b Abs. 1 StPO: „Auch ohne Wissen des Betroffenen darf mit technischen Mitteln in ein von dem Betroffenen genutztes informationstechnisches System eingegriffen und dürfen Daten daraus erhoben werden [...]“. Besonders kritisiert wird hieran, dass die Online-Durchsuchung sogar in Fällen weniger schwerwiegender Straftaten, etwa nach dem Betäubungsmittelgesetz, durchgeführt werden soll.

Während die Online-Durchsuchung die Manipulation und die Erhebung von Daten aus einem informationstechnischen System darstellt, soll der Einsatz des sogenannten „Staatstrojaners“ die Überwachung der laufenden Telekommunikation an der Quelle – die sogenannte Quellen-TKÜ – ermöglichen. Dies wird im neuen § 100a Abs. 1 StPO normiert.²¹ Da immer mehr Menschen nicht nur Telefonieren oder SMS schreiben, sondern auch verschlüsselte Messenger-Dienste wie WhatsApp benutzen, wollen Bundesregierung und Bundestag die Überwachungsmöglichkeiten auf diese Telekommunikationen ausweiten. Die Online-Durchsuchung soll also ein gesamtes System durchsuchen und Daten abgreifen können, die Quellen-TKÜ soll die laufende Kommunikation noch vor ihrer Verschlüsselung überwachen können. Jeweils ist ein eingeschleustes Überwachungsprogramm

¹⁷ Bundesrat, Plenarprotokoll 959, S. 335.

¹⁸ Bundesrat, Plenarprotokoll 959, S. 339.

¹⁹ Bundestag, Drucksache 18/11277.

²⁰ Bundestag, Drucksache 18/12785.

²¹ Bundestag, Drucksache 18/12785, S. 9.

der Sicherheitsbehörden, der „Staatstrojaner“ notwendig.²²

Die Ausweitung der staatlichen Überwachungsbefugnisse war im Bundesrat besonders umstritten. Bereits vor der Plenarsitzung vom 7. Juli 2017 hatte der Ausschuss für Agrarpolitik und Verbraucherschutz des Bundesrates einen kritischen Beschluss gefasst. Dort hieß es etwa:

„Der Bundesrat sieht mit Sorge, dass die im Gesetz vorgesehene weite Befugnis zur Online-Durchsuchung und Quellen-Telekommunikationsüberwachung zu einer massiven Schwächung der IT-Sicherheitsinfrastruktur und damit auch zu einer Gefährdung der Nutzerinnen und Nutzer informationstechnischer Systeme beitragen kann. Das Gesetz sieht vor, dass eine Überwachung von Messenger-Diensten durch den Einsatz eines sogenannten Staatstrojaners möglich sein soll, der tief in das Betriebssystem von Rechnern und Smartphones eindringt und eine umfangreiche Überwachung möglich macht. Der vorgeschlagene Einsatz von Spähsoftware kann dazu führen, dass die für die Installation dieser Software notwendigen Schwachstellen auf den informationstechnischen Geräten von Verbraucherinnen und Verbrauchern auch von Kriminellen entdeckt und missbraucht werden können.“ Es wurde zudem die Einberufung des Vermittlungsausschusses vorgeschlagen.²³

Auch in der Plenarsitzung des Bundesrates wurde deutliche Kritik an dem Gesetzesvorhaben geäußert.

Das Land Niedersachsen führte etwa aus: „Bei der Online-Durchsuchung im Sinne des beabsichtigten § 100b StPO kann mit Hilfe einer speziellen Schadsoftware, dem sogenannten Staats- oder Bundestrojaner, heimlich auf informationstechnische Systeme von Beschuldigten und deren Speicher zugegriffen werden, auch über einen längeren Zeitraum. Damit kann nicht nur die Kommunikation des Betroffenen über sein Smartphone überwacht, sondern auch auf alle seine gespeicherten Daten zugegriffen werden. Alle digital gespeicherten Daten einer Person – was bedeutet das? Denken Sie an Ihr eigenes Smartphone, Notebooks oder Laptops! Was befindet sich alles darauf? Die Dateiinhalte können je nach Nutzertyp von beruflichen Kalendereinträgen und der Korrespondenz mit einer Versicherung oder einem Handwerker über private Briefe oder tagebuchähnliche Aufzeichnungen bis hin zur Online-Verwaltung der Bankgeschäfte und zu Wunschzetteln Angehöriger reichen.

²² Ausführlich ZD-Aktuell 2017, 05651 – Staatstrojaner künftig zulässig.

²³ Bundesrat, Drucksache 527/1/17, S. 1.

Alles ist dabei. Auch der Verlauf des verwendeten Internetbrowsers ist betroffen. Die in die informationstechnischen Systeme eingebauten Kameras sind ansteuer- und auswertbar. Durch eine heimliche Online-Durchsuchung wird der Betroffene gleichsam gläsern. Das vorgelegte Gesetz führt also zu einer massiven Ausweitung staatlicher Überwachungsbefugnisse Und dies vollkommen ohne vorangegangene Länderbeteiligung und ohne gesellschaftliche Auseinandersetzung darüber!“²⁴

Die empfohlene Einberufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat, wie es die Beschlussvorlage des Ausschusses für Agrarpolitik und Verbraucherschutz vorsah, fand in der anschließenden Abstimmung jedoch keine Mehrheit. Insofern hat der Bundesrat von dieser erneuten Verhandlung über die Gesetzesreform des Strafprozessrechts nicht gebrauch gemacht und die Ausweitung staatlicher Eingriffsbefugnisse können damit ausgefertigt und verkündet werden.

V. Schlussbemerkungen

Die letzte Sitzung des Bundesrates hat Themen von besonderer Reichweite und gesellschaftspolitischer Brisanz behandelt. Es bleibt abzuwarten, ob nicht teilweise höchstrichterliche Entscheidungen zu einigen der benannten Bereiche folgen werden.

²⁴ Bundesrat, Plenarprotokoll 959, S. 355.

Konsequenzen des Urteils zum NPD-Verbotsverfahren 2013–2017 für Kommunalwahlen – eine kurze Einschätzung zur Rechtslage.

von Lukas C. Gundling, Erfurt*

Das zweite NPD-Verbotsverfahren in den 10er-Jahren dieses Jahrhunderts hat, nicht zuletzt wegen seiner für den Laien bisweilen schwerverständlichen Entscheidung seitens des BVerfG, Aufsehen erregt – die Partei wurde in ihrer Ausrichtung für verfassungsfeindlich erklärt und zugleich nicht verboten. Es gilt nun in der Folge aufzuzeigen, welche Konsequenzen diese auch in den Rechtswissenschaften ambivalent aufgenommene Entscheidung für den Rechtsalltag entfaltet. Dazu sind allgemeine Begriffs- und Statusbestimmungen notwendig. Dieser Beitrag möchte kurz die Auswirkungen auf Kommunalwahlen beleuchten. Dies liegt nahe, da die Wahlgesetzte zu den Kommunalwahlen häufig einen Paragraphen vorsehen, der keinen Platz für Vertreter von durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärte Parteien vorsieht – dass die Paragraphen des Landesrechts grundsätzlich nicht das Vermögen besitzen, verfassungsfeindliche Parteien wie die NPD tatsächlich aus den kommunalen Vertretungsorganen fern zu halten, soll Klärung finden.

I. Einführung und Programm

Die Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD)¹ ist verfassungsfeindlich – ein Paukenschlag.² Der Paukist ist das BVerfG.³ Allerdings hatte der Paukist beim Schlag noch die Hand auf der Membran – die NPD wurde, mutmaßlich aufgrund der gebotenen Rücksicht auf

* Der Autor ist Doktorrand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Neuere Rechtsgeschichte sowie Lehrbeauftragter an der Universität Erfurt. Der Stand der Literatur ist Juni 2017.

¹ Es sei eingangs auf den amüsanten Fehler der Kollegin *Katharina Pabel*, ZaöRV 2003, 921 hingewiesen, die NPD als Nationalsozialistische Partei Deutschlands dechiffriert. Ob sie durch die nun auch BVerfG festgestellte Wesensverwandtschaft zum historischen Nationalsozialismus geleitet war (*BVerfG*, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 634; kritisch zu dieser Einordnung *Claus Leggewie/Johannes Lichdi/Horst Meier*, RuP 2017, 162), sei dahingestellt.

² *Jörn Ipsen*, RuP 2017, 3; *Leggewie/Lichdi/Meier*, RuP 2017, 145; *Lukas C. Gundling*, ZLVR 2017, 23; *Christoph Gusy*, NJW 2017, 601; *Björn P. Ebert/Cem Karaosmanoğlu*, DVBl 2017, 375. ambivalent: *Martin Morlok*, ZRP 2017, 66; *Foroud Shirvani*, DÖV 2017, 483; a.A. *Hans-Werner Laubinger*, ZRP 2017, 55; kritisch auch *Tobias Linke*, DÖV 2017, 492f.

³ *BVerfG*, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 634.

EMRK und EGMR, nicht verboten.⁴ Darauf wird im Rahmen des Beitrages noch näher einzugehen sein. Doch entfaltet der dumpfe Klang dennoch eine gewisse rechtliche Wirkung?

Es wurden bereits in einer vorigen Ausgabe dieses Periodikums, jedoch nun auch vermehrt allgemein in der juristischen Fachliteratur, mögliche Auswirkungen des ambivalenten⁵ Urteils auf die Politik- und Rechtspraxis aufgezeigt.⁶ Die neugeschaffene Ausgangslage ist eine Herausforderung nicht nur für politische Akteure, sondern gerade auch für die Rechtswissenschaft.⁷ Während die Legislative inspiriert durch die Entscheidung weitere Maßnahmen und Möglichkeiten erwägt, verfassungsfeindliche Parteien mit Sanktionen zu belegen,⁸ werden wohl erst weitere Entscheidungen der Judikative Sicherheit herbeiführen. Das der Gestaltungsraum dabei sehr eingegrenzt ist, wird dieser Beitrag ebenso vermitteln. Dieser Beitrag wird sich hauptsächlich dem Umstand widmen, dass die Mehrzahl⁹ der Länder in ihren Normen

⁴ Siehe *BVerfG*, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 611f. Annahme auch bei *Arnd Uhle*, NVwZ 2017, 584 u. 589; *Shirvani*, DÖV 2017, 482. Dass das BVerfG die Spruchpraxis des EGMR nicht umgehen kann, macht u.a. *Jan Philipp Schaefer*, AöR 141 (2016), 626 deutlich – bereits eine Fortentwicklung mit Blick auf EMRK und EGMR haben die Richter *Bertold Sommer*, *Hans-Joachim Jentsch*, *Udo Di Fabio* und *Rudolf Mellin* im Rahmen ihres Sondervotums zur ersten NPD-Verbots-Entscheidung 2003 angemahnt (siehe *BVerfGE* 107, 339, 394f.). Andeutung auch bei *Michael Kloepfer*, NJW 2016, 3006; *Linke*, DÖV 2017, 493f.

⁵ Widersprüche zeigt *Ipsen*, RuP 2017, 4ff.; *Laubinger*, ZRP 2017, 56 nennt Teile der Argumentation als schwer nachvollziehbar, *Christian Hillgruber*, JA 2017, 400 verfassungsrechtlich und verfassungspolitisch nicht überzeugend. Kritik äußert z.B. auch *Uhle*, NVwZ 2017, 588f., 590. Positive Aspekte heben z.B. *Gunter Warg*, NVwZ-Beil 2017, 42 (im Punkt der freiheitlich-demokratische Grundordnung zustimmend *Uhle*, NVwZ 2017, 586f.) oder *Kyrill-A. Schwarz*, NVwZ-Beil 2017, 39 hervor. Überwiegend positiv *Leggewie/Lichdi/Meier*, RuP 2017, 145 (aber S. 149f., 160ff.). Hier S. 148f. ein kleiner, aber unvollständiger Überblick über die Aufnahme der Entscheidung in der juristischen Fachliteratur.

⁶ *Gundling*, ZLVR 2017, 23. Bestärkend und zugleich Gegengründe illustrierend auch *Kloepfer*, NJW 2016, 3005ff., schließlich grundsätzlich Benachteiligungen begrüßend *Kloepfer*, NJW 2016, 3008. Andeutungen auch bei *Gusy*, NJW 2017, 603 zu erkennen, er verweist ebenfalls auf die zu erwartenden Gerichtsentscheidungen. Eine Beobachtungspflicht durch den Verfassungsschutz mit Blick auf die NPD (Beobachtungsauftrag durch das BVerfG) konstatieren *Thorsten Siegel/Sebastian Hartwig*, NVwZ 2017, 592.

⁷ *Uhle*, NVwZ 2017, 584; *Gusy*, NJW 2017, 604; *Shirvani*, DÖV 2017, 483.

⁸ Sie dazu z.B. die Beiträge von *Laubinger*, ZRP 2017, 55; *Schwarz*, NVwZ-Beil 2017, 39 und *Morlok*, ZRP 2017, 66. Zu den konkreten Vorbereitungen auch *Uhle*, NVwZ 2017, 590, insb. Fn. 99 *Ferreau*, DÖV 2017, 496 und *Linke*, DÖV 2017, 491f.

⁹ Die Ausnahmen bilden die Länder Baden-Württemberg und Sachsen. Sie haben keinen entsprechenden Passus vorgesehen und werden daher in der weiteren Betrachtung außer Acht gelassen.

zu den Kommunalwahlen Vorschriften zum Umgang mit (wörtlich) verfassungswidrigen Parteien und Vereinigungen enthalten.¹⁰ Aufzuzeigen ist, dass – obwohl das Urteil das Konfligieren der NPD mit der verfassungsgemäßen Ordnung hervorhebt – gerade diese Normen keine Konsequenzen für Kandidaten der NPD oder ähnliche, verfassungsfeindliche Parteien entwickeln, weil die Parteien als solche nicht verboten wurden.¹¹ Kommunalwahlen sind entsprechend Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG verfassungsrechtlich garantierte demokratische Entscheidungssituationen der Bürger, die auf die Besetzung der Mitwirkungsorgane der Verwaltung¹² auf kommunaler Ebene abzielen¹³, also in ihren selbstverwalteten und daher selbstverantworteten Bereichen.¹⁴ Da in diesen sensiblen Momenten der verfassungsmäßigen Ordnung extremistische Parteien im Vergleich zur Landes- und Bundesebene größere Erfolge erzielen konnten,¹⁵ mag das Ergebnis aus politischer Sicht für den einen oder anderen Leser unbefriedigend erscheinen.¹⁶

Zunächst werden Landesnormen vorgestellt, die sich mit dem Umgang mit verfassungswidrigen Parteien befassen (II.1.a). Es wird in der Folge zur terminologischen Schärfung und Illustration von bundesrechtlichen Rechtsfolgen, das Verhältnis von Verfassungsfeindlichkeit, Verfassungswidrigkeit und Parteiverbot vorgestellt (II.1.b) um schließlich auf Konsequenzen des Urteils eingehen zu können (II.1.c). In einem zweiten Schritt werden dann Landesnormen in den Blick genommen, die zur Beantwortung der Frage der Wählbarkeit auch die Verfassungstreue von Bewerbern miteinbeziehen (II.2.). Am Ende stehen wenige Schlussbemerkungen (III.).

¹⁰ Art. 49 GLKrWG [Bayern]; § 6 Abs. 5a; 6a; 10 Abs. 1 WahlG BE; § 62 BbgKWahlG; § 35 BremWahlG; § 12 BüWG [Hamburg]; § 35 KWG [Hessen]; § 47 Abs. 2 KWG LSA; § 47 KWG M-V; § 44 Abs. 3 NKWG [Niedersachsen]; § 46 KommWG NRW; § 46 KWG RLP; § 45 GKWG SH; § 50 KWG SL; § 30 Abs. 4 ThürKWG.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13.

¹² Gemeinderäte und Kreistage sind lediglich demokratisch gewählte Organe der Exekutive. keine Parlamente. Sie haben lediglich das Satzungsrecht, können nicht aber Gesetze im formellen und materiellen Sinne erlassen.

¹³ Martin Burgi, Kommunalrecht, 5. Auflage (2015), S. 132f.

¹⁴ Burgi, Kommunalrecht, 5. Aufl. (2015), S. 12ff.

¹⁵ Feststellung bei Schaefer, AöR 141 (2016), 599. Man beachte, dass bspw. aktuell die NPD in Kreistagen in Thüringen und Brandenburg, nicht aber in den Landtagen dieser Länder vertreten ist (vgl. dazu die Frage der Potentialität die das BVerfG in der Entscheidung aufgemacht hat; dazu Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 2017, 159).

¹⁶ Eine kleine Presseschau leisten Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 2017, 147f.

II. Normen zu Bürgervertreter aus verfassungsfeindlichen Organisationen

„Verfassungswidrig, aber nicht verboten“, so die Zusammenfassung der Entscheidung durch manche Kommentatoren aus der Rechtswissenschaft.¹⁷ Auch eine „materielle Verbotsnähe“ wird der NPD nun attestiert.¹⁸ Dies lässt aufhorchen. Man mag sich sogleich an Normen im Kommunalwahlrecht der deutschen Länder erinnern, die Rechtsfolgen für verfassungswidrige Parteien vorsehen sowie Normen, die sich mit der Verfassungstreue von Politikern auseinandersetzen. Auf den ersten Blick scheinen sich hier nun Möglichkeiten zu ergeben, die NPD einzuschränken.

1. Umgang mit verfassungswidrigen Parteien

Die erste Gruppe der Normen, die der Betrachtung bedürfen, ist die Gruppe der Regelungen zu verfassungswidrigen Parteien in den Landeskommunalwahlgesetzen. Eine allgemeine Aussage zu den in den Diskurs geworfenen Normen kann indes nicht getroffen werden. Es ist ein Ausdruck des Föderalismus, dass die Landesgesetzgeber die Normen nicht gleichlautend konzipiert haben. Es werden im Folgenden die Normen differenziert nach deren Konzeption gruppiert (a) und anschließend die Konsequenzen für die rechtliche Situation nach der jüngsten NPD-Entscheidung vorgestellt (c). Dazwischen bedarf die Frage nach dem Verhältnis von Verfassungswidrigkeit, Verfassungsfeindlichkeit und Parteiverbot im Lichte des Art. 21 Abs. 2 GG mit Einschluss der Regeln der EMRK der Klärung. Es bedarf – auch mit Blick auf die Wirren in der juristischen Literatur – der terminologischen Schärfung (b).

a) Die Landesnormen

Die Mehrheit der Länder stellt in einem Paragraphen ihres Kommunalwahlgesetzes fest, dass für den Fall, dass eine Partei durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wird, sie ihre Sitze verliert. Innerhalb dieses Paragraphen wird indes nicht auf ein Verbot abgestellt, sondern lediglich auf die Feststellung der

¹⁷ Gusy, NJW 2017, 601 oder Ipsen, RuP 2017, 1. Unklar ist die Unterscheidung von verfassungswidrig und verfassungsfeindlich bspw. auch in den Ausführungen von Felix M. Steiner, Cicero vom 17.01.2017 < <http://cicero.de/berliner-republik/npd-nicht-verbottenbruch-mit-der-rechtstradition-der-bundesrepublik->>, zuletzt abgerufen am 03.05.2017. Ähnlich verwirrend dazu auch die Ausführungen von Ulrich Battis im Interview mit ntv < <http://www.ntv.de/politik/Ist-das-NPD-Urteil-richtig-article19571486.html>>, zuletzt abgerufen 05.05.2017.

¹⁸ Siegel/Hartwig, NVwZ 2017, 592,

Verfassungsnonkonformität seitens des BVerfG. Zugleich haben diese Länder dem entsprechenden Paragraphen eine Überschrift hinzugefügt, die darauf abstellt, dass der Paragraph die Rechtsfolgen eines Partei- oder Wählergruppenverbotes behandle¹⁹ oder den einschlägigen Abschnitt des Gesetzes entsprechend benannt.²⁰

Anders ist die Regelung in Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. Im entsprechenden Gesetz dieser Länder wird lediglich darauf abgestellt, dass eine Partei durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärt wurde.²¹ Soweit können die Länder in einem ersten Schritt in zwei Gruppen unterteilt werden.

Um allerdings valide Aussagen über Rechtsfolgen des Urteiles für die Kommunalwahlen zu treffen, bedarf es einer zweiten Unterteilung der Normen, nämlich in die Landesgesetze, die explizit auf den Art. 21 GG, die Grundlage des Parteiverbotes, abstellen²² und solche, die lediglich die Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das BVerfG zur Grundlage von Rechtsfolgen erklären – hierbei ist lediglich Brandenburg der zweiten Gruppe zuzuordnen.²³

b) Das Verhältnis von Verfassungsfeindlichkeit und Parteiverbot aus Art. 21 Abs. 2 GG

Für das Verständnis der fehlenden Auswirkungen der Erklärung des BVerfG, ist aufzuzeigen in welchem Verhältnis die für den Laien sehr ähnlich wirkenden Feststellungen der Verfassungsfeindlichkeit, der Verfassungswidrigkeit und des Parteiverbotes stehen. Der Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG formuliert zunächst lediglich „Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig.“²⁴ Aus diesem Wortlaut lässt sich nicht unmittelbar eine Verbotsermächtigung ablesen.²⁵ Es ist – wie im Bereich des öffentlichen

Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts, so oft, wieder einmal²⁶ – notwendig einen Blick in die Judikatur des BVerfG zu werfen, denn eine Verfassung wie das GG versteht sich nicht von selbst, sondern muss verstanden werden.²⁷ Eine konkrete Auflösungs- respektive Verbotensanordnung gibt sich schließlich, für den Laie ersichtlich, erst aus dem Wortlaut nach § 46 Abs. 3 BVerfGG, einem der Verfassung nachrangigen Gesetz.²⁸ Dort heißt es: „Mit der Feststellung [der Verfassungswidrigkeit] ist die Auflösung der Partei oder des selbständigen Teiles der Partei und das Verbot, eine Ersatzorganisation zu schaffen, zu verbinden.“

aa) Einschlägige Entscheidungen des BVerfG

Das BVerfG – dem dieses Recht gemäß Art. 21 Abs. 2 S. 2 GG exklusiv zukommt²⁹ – hat in seiner Geschichte zwei Verbotsverfahren zu einem Parteiverbot geführt, nämlich 1952 das Verfahren gegen die rechtsgerichtete Sozialistische Reichspartei (SRP)³⁰ sowie 1954 das Verfahren gegen die linksgerichtete Kommunistische Partei Deutschlands (KPD).³¹ Darüber hinaus wurden neben dem im Zentrum dieses Beitrages stehenden NPD-Verbotsverfahren zwei Verfahren wegen fehlender Parteiqualität nicht angenommen (gegen die hamburgische Nationale Liste (NL) und die Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei (FAP) 1993) und schließlich das erste Verfahren gegen die NPD 2003 eingestellt.³² Es kann mithin von einer gewissen Revitalisierung des Parteiverbotsverfahrens durch die Bemühungen eines NPD-Verbots ge-

²⁶ Es ist mit *Bernhard Kempen*, in: Hdb. HochschulR, 2. Aufl. (2011), Kap. I Rn. 1 zu gehen, der den Verfassungstexten eine maximale Steuerwirkung bei minimalem Wortgehalt zu spricht – und diese Problematik auch im Bereich des Hochschul-/Wissenschaftsrechts ausmacht (siehe zu den Problematiken auch z.B. *Lukas C. Gundling*, ZLVR 2017, 50; LKV 2016, 301). Gleiches gilt im Bereich des Art. 21 GG für die Chancengleichheit der Parteien (siehe dazu *Schwarz*, NVwZ-Beil 2017, 39f, insb. nachweise Fn. 11).

²⁷ *Christian Hillgruber*, Verfassungsinterpretation, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.): Verfassungstheorie, 2010, Rn. 1.

²⁸ *Hans H. Klein*, in *Maunz/Dürig GG*, 78. EL 2016, Art. 21, Rn. 513f. ist indes der Ansicht, dass bereits aus der Verfassung auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit das Verbot folgen muss. Unterstützend z.B. *Schaefer*, AÖR 141 (2016), 604, auch *Linke*, DÖV 2017, 483.

²⁹ Man kann daraus auch ein sogenanntes Parteienprivileg herauslesen (dazu z.B. *Winfried Kluth*, in *BeckOK GG*, 31. Edition 2016, Art. 21, Rn. 205 oder *Christian von Coelln*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG*, 49. EL 2016, § 46 Rn. 32.).

³⁰ *BVerfGE* 2, 1.

³¹ *BVerfGE* 5, 85.

³² Siehe überblickend: *Robert Chr. van Ooyen*, Die Parteiverbotsverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht; in: *Möllers/van Ooyen* (Hrsg.), Parteiverbotsverfahren, 3. Aufl. (2011), S. 139–160. Auch *Kloepfer*, NJW 2016, 3004 oder *Tobias Kumpf*, DVBl 2012, 1344.

¹⁹ So Art. 49 Abs. 1 GLKrWG; § 62 Abs. 1 BbgKWahlG; § 12 Abs. 1 BüWG; § 35 KWG [Hessen]; § 47 Abs. 1 KWG M-V; § 46 Abs. 1 KWG RLP; § 45 Abs. 1 GKWG SH; § 50 Abs. 1 KWG SL.

²⁰ Abschnitt VI.4. und § 46 KommWG NRW

²¹ § 47 Abs. 2 KWG LSA, die Überschrift dieses Paragraphen lautet „Ersatz von Vertretern“; § 44 Abs. 3 NKWG, die Überschrift lautet hier „Ersatz von Abgeordneten“. § 30 Abs. 4 ThürKWG, hier lautet die Überschrift „Amtsantrittshindernisse, Verlust des Amtes“.

²² So die Länder Bayern; Hamburg; Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen; Nordrhein-Westfalen; Rheinland-Pfalz; Saarland; Sachsen-Anhalt; Schleswig-Holstein; Thüringen.

²³ Siehe weitere Ausführungen unter II.1.c.

²⁴ Hervorhebung LCG.

²⁵ So auch *Linke*, DÖV 2017, 483.

sprochen werden, wenngleich diese als solche in der Rechtswissenschaft von kritischen Stimmen begleitet wurde.³³ Insgesamt kann dem Parteiverbot jedoch – wie allen grundgesetzlichen Vorkehrungen für eine wehrhafte Demokratie –, mit Blick auf die Geschichte der Bundesrepublik, ein sehr zurückhaltender Gebrauch attestiert werden.³⁴

bb) Rechtsauffassung vor der NPD-Entscheidung 2017

Insbesondere die beiden ersten Verfahren aus den 50er-Jahren des letzten Jahrhunderts geben bis heute die leitenden Anhaltspunkte für das Verständnis des Art. 21 Abs. 2 GG. Man kann dementsprechend berechtigt davon sprechen, dass die Rechtsauffassung zum Parteiverbot nach Art. 21 GG noch aus der Gründerzeit, oder despektierlich ausgedrückt, aus der Debütantenphase, des BVerfG stammt.³⁵ Mitunter wurde es im Vorfeld der jüngsten Entscheidung als Relikt einer anderen Zeit aufgefasst.³⁶

Nicht nur an den zeithistorische Kontext, an die Entwicklungen der Zeit, sondern auch an den Wandel der Rechtsdogmatik allgemein, konnte die Judikatur, das Verständnis, seit der Zeit der jungen Bundesrepublik keine (kontinuierliche) Anpassung finden.³⁷ Entsprechend wurde beim ersten NPD-Verbotsverfahren nach der Jahrtausendwende seitens vierer Mitglieder des Richterkollegiums die Notwendigkeit der Fortentwicklung mittels Sondervotum angesprochen.³⁸ Dagegen wird allerdings in der Literatur ebenso vertreten, dass

³³ Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 2017, 163; Schaefer, AöR 141 (2016), 595. Er verweist darauf, dass in der Bundesrepublik der Vorwendezeit die Ansicht bestand, dass man, auf Grund des Festigungsgrades der Demokratie, Parteiverbote nicht mehr benötige (siehe Schaefer, AöR 141 (2016), 599; ähnlich auch Kloepfer, NJW 2016, 3004; Linke, DÖV 2017, 483 macht einen Willen zum diskursiven Begegnen aus). In diese Ablehnende Richtung kann man auch Martin Morlok, ZRP 2013, 71; Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 2017, 168ff. lesen oder Uwe Volkmann, DÖV 2007, 584f. Trotz Defiziten positiv Shirvani, DÖV 2017, 482f.

³⁴ Kloepfer, NJW 2016, 3003f. Daniel Volp, NJW 2016, 459ff. legt dar, weshalb sich die Elemente der wehrhaften Demokratie, insb. auch das Parteiverbot, nicht überleben. Das Parteiverbot als dysfunktional bezeichnet bei Volkmann, DÖV 2007, 584, ähnlich Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 2017, 168ff. Überblickend zu den Ansichten Linke, DÖV 2017, 485ff.

³⁵ Schaefer, AöR 141 (2016), 600.

³⁶ Volkmann, DÖV 2007, 584. Das mag erklären, weshalb es auch, trotz seiner grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedeutung, nicht zum Standardrepertoire der Studierenden der Rechtswissenschaften gehört (so die Feststellung bei Frederike Stiehr, JuS 2015, 994).

³⁷ Morlok, ZRP 2013, 71; Maximilian J. Alter, AöR 140 (2015), 572.

³⁸ BVerfGE 107, 339, 394f.

eine Neukonzeption oder weitreichende Änderung in der Auffassung Problemlagen für den Bestand eines Richterspruchs des BVerfG bergen kann. Es wurde die Sorge geäußert, dass eine sehr weitreichende Fortentwicklung in Straßburg als Beeinträchtigung der Rechtssicherheit aufgefasst werden könnte.³⁹ Wohingegen eine Anpassung an die Straßburger Judikatur auch als Stärkung der Rechtssicherheit wahrzunehmen ist.

Ungeachtet dieser grundlegenden Problemlagen im Umgang mit der Norm gilt es für das Verständnis und die Kristallisation eines validen Rechtstandes einen Blick in die frühe Rechtsprechung zu werfen: Im SRP-Urteil und bestätigend im KPD-Urteil wird der zweite Absatz des Parteienartikels im GG zu unmittelbar anwendbarem Recht erklärt.⁴⁰ Es wurden zudem im Rahmen dieser Entscheidungen Mindestanforderungen an die Verfassungswidrigkeit postuliert, so genüge die bloße Ablehnung der Verfassungsordnung nicht, „es muß vielmehr eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung hinzukommen.“⁴¹

Die Figur der *verfassungsablehnenden* Partei⁴² ist also augenscheinlich nicht hinreichend, um die Anforderungen an ein Verbot zu erfüllen. Allerdings „genügt [es], wenn der politische Kurs der Partei durch eine Absicht bestimmt ist, die grundsätzlich und dauernd tendenziell auf die Bekämpfung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gerichtet ist.“⁴³ Es können dabei auch bloße Absichtserklärungen Relevanz entfalten.⁴⁴

Wird die Verfassungswidrigkeit durch das BVerfG festgestellt – eine solche Feststellungsentscheidung ist genuin ohne Gestaltungsspielraum⁴⁵ – tritt die Gesetzesfolge entsprechend § 46 Abs. 3 BVerfGG ein: das Parteiverbot.⁴⁶ Soweit ergibt sich ein klares Bild einer Entweder-Oder-Entscheidung (respektive Alles-oder-Nichts-Entscheidung⁴⁷): *Ist eine Partei verfassungswidrig ist sie verboten* und aufzulösen, andernfalls kann sie ungestört

³⁹ Schaefer, AöR 141 (2016), 612.

⁴⁰ BVerfGE 2, 1, 12f.; 5, 85 (4. Ls.). Dass das BVerfG in seinem aktuellen Urteil den uneingeschränkten Geltungsanspruch nochmals verdeutlicht (siehe BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 519ff.), tritt auch kritischer Stimmen im Schrifttum entgegen (so Einschätzung Uhle, NVwZ 2017, 586).

⁴¹ BVerfGE 5, 85 (5. Ls.).

⁴² Terminus z.B. auch bei Kloepfer, NJW 2016, 3004.

⁴³ BVerfGE 5, 85 (6. Ls.).

⁴⁴ BVerfGE 5, 85 (9. Ls.).

⁴⁵ Christian von Coelln, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG, 49. EL 2016, § 46 Rn. 31; Das Ermessen liegt bei den Antragstellern, siehe Linke, DÖV 2017, 483f.

⁴⁶ BVerfGE 2, 1, 71; 5, 85, 391.

⁴⁷ Ebert/Karaosmanoğlu, DVBI 2017, 375.

weiter agieren⁴⁸ – ein Zwischenbereich ist ganz entsprechend nicht vorgesehen.⁴⁹ Lediglich zu unterscheiden hat das BVerfG im Rahmen seines Urteilsspruchs, ob die Gesamtorganisation mit allen Teilorganisationen – ggf. unter anderem Namen – verfassungswidrig ist oder nur Teilorganisationen den Anforderungen der Verfassungswidrigkeit genügen. Entsprechend ist der Verbotsrahmen zu wählen. Es handelt sich jedoch auch dabei um eine Feststellungsentscheidung; ein Ermessensspielraum für das Gericht besteht nicht.⁵⁰ So zumindest stellte sich die rechtliche Situation bis dato dar: Auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit folgt die Auflösung der Organisation.

Nun wurde bereits festgestellt, dass diese Verfahren in der frühen Bundesrepublik und bereits über ein halbes Jahrhundert zurückliegen. Es ist also zu fragen, inwieweit dieser stark präventionistische Rahmen auch der aktuellen Entscheidung bestand hat?

cc) Auswirkungen der EMRK

Bereits zum 3. September 1953 ist für die Bundesrepublik Deutschland die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) in Kraft getreten,⁵¹ deren Garantien seit dem 11. Zusatzprotokoll von 1998 vor dem EGMR als ordentlicher Gerichtshof für jedermann einklagbar sind. Die Konvention sieht in Art. 11 EMRK Rechte zur Vereinigungsfreiheit vor, zu denen der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) über die letzten Jahrzehnte eine gefestigte Rechtsauffassung im Bezug zu Parteiverboten unter Berücksichtigung des Missbrauchsschutzes aus Art. 17 EMRK entwickelt hat.⁵² Eine Partei stellt eine nach Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützte Vereinigung dar und deren Verbot ein erheblicher Eingriff in die Garantie der Vereinigungsfreiheit.⁵³ Es war daher eine Auswirkung der EMRK auf ein Parteiverbotsverfahren vor dem BVerfG bereits im Vorfeld abzusehen – und daher auch eine Anpassung der Rechtsprechung aus den

50er-Jahren des letzten Jahrhunderts wahrscheinlich.⁵⁴ Das BVerfG zieht im Rahmen seiner Rechtsprechung, um eine Stärkung des Grundrechtsschutzes bemüht und um Kollisionen soweit möglich⁵⁵ zu vermeiden, die EMRK und die zugehörige Rechtsprechung des EGMR zur Auslegung des Grundgesetzes heran.⁵⁶

Erwartungsgemäß thematisierte das BVerfG in seiner – insgesamt sehr voluminösen⁵⁷ – Entscheidung von Januar 2017 die Wirkung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR sehr ausführlich.⁵⁸ Eine in der Entscheidung geleistete Anpassung seiner Rechtsauffassung wird indes erst im Vergleich mit dem KPD-Urteil deutlich.⁵⁹ Es heißt im KPD-Urteil noch: „Zu den Absichten, die eine Partei verfassungswidrig im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG machen, gehören nicht nur diejenigen, die sie auf jeden Fall auszuführen gedenkt, sondern auch diejenigen, die sie nur verwirklichen will, wenn die Situation dafür günstig ist.“⁶⁰ Die bloße theoretische Möglichkeit der verfassungsmäßigen Ordnung reichte dieser Rechtsauffassung entsprechend für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit. Es musste nicht in absehbarer Zukunft zu einer Verwirklichung der verfassungsfeindlichen Ziele der Partei kommen.⁶¹ 2017 stellt das BVerfG nun entgegen dieser Auffassung darauf ab, dass es für ein Verbot konkrete Anhaltspunkte von Gewicht bedarf, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das planvolle verfassungsfeindliche Handeln absehbar zum Erfolg führt (Potentialität).⁶² Es stellt fest: „Ein Parteiverbot kommt vielmehr nur in Betracht, wenn eine Partei über hinreichende Wirkungsmöglichkeiten verfügt, die ein Erreichen der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Ziele

⁴⁸ Statt vieler *Schaefer*, AÖR 141 (2016), 602. Diese Konsequenz erkennt nun im Nachgang auch *Uhle*, NVwZ 2017, 590.

⁴⁹ Dazu z.B. *Kloepfer*, NJW 2016, 3006f. und *Ipsen*, RuP 2017, 7.

⁵⁰ *Coelln*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG, 49. EL 2016, § 45, Rn. 35ff.

⁵¹ BGBl. 1954 II S. 14.

⁵² Bspw. *EGMR*, United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Urt. v. 30.01.1998, Nr. 133/1996/752/951; *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, Urt. v. 30.06.2009, Nr. 25803/04. Zunächst war die Geltung des Art. 11 EMRK für Parteien angezweifelt worden (siehe *Schaefer*, AÖR 141 (2016), 606). Die Darstellung der Voraussetzungen eines Verbots nach EMRK findet sich bspw. bei *Kumpf*, DVBl 2012, 1344ff.

⁵³ *Coelln*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge BVerfGG, 49. EL 2016, § 45, Rn. 21.

⁵⁴ Nochmals sei verwiesen auf *BVerfGE* 107, 339, 394f., zudem z.B. Überlegungen aus der Literatur *Schaefer*, AÖR 141 (2016), 612, deutlicher dann 626 („unumgänglich“) und bereits im Vorfeld des Verfahrens z.B. *Kumpf*, DVBl 2012, 1348 und *Morlok*, ZRP 2013, 71 („mit Sicherheit“). Eine a.A. vertrat im Kontext des ersten Verfahrens z.B. noch *Pabel*, ZaöRV 2003, 942f. Auch noch die Darstellung des Parteiverbotsverfahrens und seiner gutachterlichen Prüfung von *Stiehr*, JuS 2015, 994ff. verzichtet auf einen expliziten Verweis auf den möglichen Einbezug, ebenso wie bspw. die Erwägungen von *Christian Hufen*, ZRP 2012, 202ff. im Vorfeld des zweiten Verfahrens.

⁵⁵ *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, BVerfG, 10. Aufl. (2015), Rn. 367

⁵⁶ *Dirk Ehlers*, Allg. Lehren der EMRK, in: ders. Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. (2009), S. 32. Siehe dazu auch *BVerfGE* 128, 326, 366ff. insb. 370f. (Harmonisierung und Mindestgehalt). *Schlaich/Koriath*, BVerfG, 2015, Rn. 366f.

⁵⁷ *Shirvani*, DÖV 2017, 477.

⁵⁸ *BVerfG*, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 611–626.

⁵⁹ Dass das BVerfG die EMRK nur beiläufig heranzieht, stellt auch *Uhle*, NVwZ 2017, 589 fest. Dass eine Änderung in der Rechtsauffassung geleistet wurde auch *Ferreau*, DÖV 2017, 494.

⁶⁰ *BVerfGE* 5, 85 (9. Ls.).

⁶¹ *BVerfGE* 5, 85, 143

⁶² *BVerfG*, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, 9. Ls. a–c.

nicht völlig aussichtslos erscheinen lassen, und wenn sie von diesen Wirkungsmöglichkeiten auch Gebrauch macht. Ist dies nicht der Fall, fehlt es an einem ‚Darauf Ausgehen‘ im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG.⁶³ Das Parteiverbot dient damit zur konkreten Gefahrenabwehr.⁶⁴

Damit ist eine explizit vom Gericht ausgesprochene Diskontinuität zum direkten Vorgängerurteil, dem KPD-Urteil, gegeben.⁶⁵ Es wurde durch diesen Bruch die Harmonisierung mit der Jurisdiktion des EGMR erreicht.⁶⁶ Die Hürde eines Verbots, die als Grundlage die Feststellung der Verfassungswidrigkeit gemäß Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG erhöhte sich mit den Darlegungen des BVerfG.⁶⁷ Mitunter erkennen manche Autoren darin einen Widerspruch zum historischen Verfassungsgesetzgeber.⁶⁸ Manche erkennen gar die Verunmöglichung weiterer Parteiverbote.⁶⁹ Indes kann konstatiert werden, dass auch weiter ein präventives Verbot zulässig ist. Das BVerfG muss – auch nach dieser Entscheidung – nicht erst die anfängliche Verwirklichung der verfassungsfeindlichen Ziele einer Partei abwarten.⁷⁰

⁶³ BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 586.

⁶⁴ *Alter*, AöR 140 (2015), 583f. erkennt darin den Zweck des Parteiverbots.

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 586. *Ipsen*, RuP 2017, 4 moniert, dass diese Abweichung durch eine kurze Formulierung festgestellt wurde, diese Auffassungsänderung jedoch eine bedeutsame Tragweite besitze. *Uhle*, NVwZ 2017, 587ff. illustriert die wenig fundierte, schwer begründbare Diskontinuität.

Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 2017, 160 stellen eine überraschende Ähnlichkeit zum SRP- und KPD-Urteil fest.

⁶⁶ Einschätzung so z.B. bei *Gusy*, NJW 2017, 602, *Hillgruber*, JA 2017, 400; *Ebert/Karaosmanoğlu*, DVBl 2017, 375; *Uhle*, NVwZ 2017, 584 u. 589 oder *Michael Sachs*, JuS 2017, 601. *Shirvani*, DÖV 2017, 482 erkennt weiter das Risiko divergierender Entscheidungen.

Leggewie/Lichdi/Meier, RuP 2017, 158 machen in den Ausführungen eine Serie von obiter dicta aus, die schließlich eine Harmonie der Auffassungen des EGMR und BVerfG nahelegen, allerdings seien die Ausführungen rechtlich unerheblich (S. 161).

⁶⁷ *Schaefer*, AöR 141 (2016), 636 äußerte noch Zweifel, dass es zu einem Bruch in der Parteiverbotsdogmatik käme.

⁶⁸ So z.B. *Ipsen*, RuP 2017, 5 oder *Hillgruber*, JA 2017, 400. Einen umfangreichen Beleg dieser Diskontinuität mit dem historischen Verfassungsgesetzgeber leistet *Uhle*, NVwZ 2017, 588f., der u.a. anhand der Protokolle des Parl. Rat argumentiert. Eine a.A. vertritt *Alter*, AöR 140 (2015), 583, 586. Er erkennt die Notwendigkeit der Abkehr vom historischen Gesetzgeber und vertritt treffend die Ansicht, dass das Parteiverbot lediglich dazu dienen kann eine konkrete Gefahr abzuwehren.

⁶⁹ So z.B. *Ipsen*, RuP 2017, 8. Mitunter wurde die Dysfunktionalität des Instruments zwischen den beiden NPD-Verbotsverfahren festgestellt, z.B. von *Volkman*, DÖV 2007, 584; a.A. *Shirvani*, DÖV 2017, 482f.

⁷⁰ Bspw. *Uhle*, NVwZ 2017, 589. Er führt dabei zudem aus, dass es der Potenzialität nicht notwendig gebraucht hätte und stimmt damit mit anderen Kritikern überein.

dd) Neue Rechtsauffassung

Mit der Entscheidung im zweiten NPD-Verbotsverfahren hat das BVerfG eine Verschiebung im Verhältnis von planvoller Verfassungsfeindlichkeit – also das Zielen einer Partei auf die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung – und Parteiverbot herbeigeführt. Die planvolle Verfassungsfeindlichkeit führt nicht mehr unbedingt zu einer Verfassungswidrigkeit im Sinne des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG. Diese ist erst dann gegeben, wenn die Verfassungsfeindlichkeit auch Aussicht auf Erfolg hätte. Es ist somit infolge der jüngsten Entscheidung des BVerfG zwischen der verfassungsfeindlichen Ausrichtung in Zielsetzung und Handlung und der Verfassungswidrigkeit von Parteien zu unterscheiden.⁷¹ Augenscheinlich ist diese weitere Abstufung ein Ergebnis der, entsprechend von BVerfG gewählten Darlegungen alternativlosen⁷² Entweder-Oder-Entscheidung.

Die in dieser Ausprägung neugeschaffene Unterscheidung ist aber mitunter nicht einmal den juristischen Fachkommentatoren und Bearbeitern der Entscheidung gelungen – sie stellen bisweilen knapp fest: „verfassungswidrig, aber nicht verboten“.⁷³ Den in der Rechtswissenschaft Tätigen, denen eine präzise Sprache am Herzen liegen sollte,⁷⁴ ist es offensichtlich: Die Feststellung ist schlichtweg falsch – wäre die Partei verfassungswidrig, wäre sie verboten.⁷⁵ Allerdings wurde eine solche Unterscheidung von Autoren der Beiträge, die im Vorfeld der Entscheidung erschienen sind, auch nicht streng gezogen⁷⁶ oder gar die terminologische Einordnung in einer anderen Weise gezogen.⁷⁷

Festzuhalten ist mit Blick auf die Rechtsprechung zum Parteiverbot die Unterscheidung von drei verschiedenen

⁷¹ Diese Unterscheidung richtig erkannt haben z.B. *Schwarz*, NVwZ-Beil 2017, 39 oder *Morlok*, ZRP 2017, 66 und *Uhle*, NVwZ 2017, 584.

⁷² Diese in der Rechtswissenschaft vertretene Ansicht illustriert *Kloepfer*, NJW 2016, 3006f. So macht u.a. *Hillgruber*, JA 2017, 400 auf andere Lösungsmöglichkeiten aufmerksam, etwas unterschwelliger auch bei *Ipsen*, RuP 2017, 6ff. *Gusy*, NJW 2017, 604 erkennt in der Entscheidung des BVerfG bereits eine abweichende Lösung,

⁷³ Es seien hier *Gusy*, NJW 2017, 601 oder *Ipsen*, RuP 2017, 1 genannt.

⁷⁴ *Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie mit Methodenlehre, 8. Aufl. (2015), 2. Kap. Rn. 186.

⁷⁵ Neben den Darlegungen im Beitrag auch *Uhle*, NVwZ 2017, 590.

⁷⁶ Siehe bspw. *Schaefer*, AöR 141 (2016), 604, aber auch bei *Kloepfer*, NJW 2016, 3004.

⁷⁷ *Kloepfer*, NJW 2016, 3004f. unterscheidet im Vorfeld, der nun gültigen Terminologie des BVerfG kompatibel, zwischen verfassungsfeindlichen und verfassungsablehnenden Parteien. Auf die Verfassungswidrigkeit geht er in der terminologischen Angrenzung jedoch nicht explizit ein. Er führt zudem den Begriff der „unerwünschten Partei“ ein. *Leggewie/Lichdi/Meier*, RuP 2017, 149f. machen auf die Problematik der Terminologie aufmerksam.

Typen mit dem GG konfligierender Parteien: (1) Die *verfassungsablehnende* Partei, (2) die *verfassungsfeindliche* Partei und schließlich (3) die *verfassungswidrige* Partei. Letztere Partei ist durch die deutsche Rechtsordnung verboten, eine verfassungsfeindliche Partei besitzt lediglich eine materielle Verbotsnähe und kann im Fall von Erfolgchancen zu einer verfassungswidrigen Partei generieren.

c) Konsequenzen

Es ist nun wieder ein Blick auf die in a) vorgestellten Landesnormen zu werfen und eine Bewertung der Rechtslage anhand der Typisierung aus b) vorzunehmen. Welche Auswirkungen entfaltet das Urteil auf Kommunalwahlen, wenn man die Regelungen zu verfassungswidrigen Parteien in den Blick nimmt? Die Darlegungen in b) zeigen, dass das BVerfG – entgegen der Darstellung einiger Kommentatoren – die NPD, ihr Handeln und ihre Ziele, nicht für verfassungswidrig im Sinne des Art. 21 GG erklärt haben. Eine solche Feststellung der Verfassungswidrigkeit hätte ohne Spielraum das Verbot der Partei zur Folge gehabt – die NPD ist mithin „nur“ verfassungsfeindlich. Dementsprechend entfalten in Bezug auf die NPD alle solche Landesnormen keine Wirkung, die im Wortlaut auf Art. 21 GG abstellen. Dies betrifft 13 Bundesländer. Darüber hinaus verzichten Baden-Württemberg und Sachsen vollständig auf eine entsprechende Regelung.

Es verbleibt somit lediglich der Fall Brandenburg. Dort lautet der einschlägige § 62 Abs. 1 BbgKWahlG: „Wird eine Partei oder die Teilorganisation einer solchen durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt, verlieren die Vertreter ihre Mitgliedschaft in der Vertretung sowie die Ersatzpersonen ihre Anwartschaft, [...]“ Es wird in diesem Passus weder auf ein Verbot noch auf die Anforderungen des Art. 21 GG abgestellt. Aus zwei gewichtigen Gründen ist indes auch in diesem Fall eine sanktionierende Wirkung für die NPD mit Vehemenz abzulehnen: Zum einen wirkt die Systematik der Rechtsnorm und zum andern das Postulat der Chancengleichheit von Parteien.

Der erste Grund ist darin auszumachen, dass der Paragraph den Titel „Folgen eines Partei- oder Vereinigungsverbot“ trägt. Analysiert man zur Ermittlung des Normzwecks⁷⁸ den Paragraphen mit den herkömmlichen Auslegungsregeln, so ist zwar nach dem erstrangigen

⁷⁸ Erstes Ziel einer korrekten Normauslegung nach *Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie*, 2015, 4. Kap. 4 Rn. 725ff.

Auslegungsmittel, dem Wortlaut kein zwingender Bezug zu Art. 21 GG hergestellt, jedoch spätestens aus der Betrachtung der Systematik⁷⁹ des § 62 BbgKWahlG wird der Bezug zur Bestimmung des GG offensichtlich. Der Paragraph zielt augenscheinlich auf den Umgang mit gewählten Personen einer durch das BVerfG verbotenen Partei ab. Der Gesetzgeber war nicht gezwungen, dies im Wortlaut deutlicher zu verankern, da wie in b) dargestellt auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit regelmäßig das Verbot der Partei zu folgen hat.

Der zweite Grund ist in der Parteiengleichheit zu finden, die ebenfalls aus Art. 21 GG basiert.⁸⁰ Ist eine Partei nicht verboten, so muss sie streng formal⁸¹ der Gleichbehandlung unterliegen – der Staat in all seinen organisatorischen Untergliederungen⁸² muss jeder Partei neutral⁸³ gegenüberstehen.⁸⁴ Es wird daher sogar von einer *Carte Blanche* für nicht verfassungswidrige Parteien gesprochen.⁸⁵ Jede Partei muss die gleichen Chancen haben am Wettbewerb der Interessen und Meinungen, auf dem die Demokratie beruht,⁸⁶ teilnehmen zu dürfen, der schließlich auf einer der fundamentalen Elemente der demokratischen Grundordnung zielt, den Wahlakt (nicht zu verwechseln mit der Gleichmachung der selbsterzeugt Potenziale der Parteien, wie sie z.B. durch die unterschiedlichen Erfolge bei der Akquise finanzieller Ressourcen gegeben sind⁸⁷).⁸⁸ Ein Ausschluss von Partei-

⁷⁹ Zur systematischen Auslegung siehe *Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie*, 2015, 4. Kap. Rn. 744ff.

⁸⁰ Bspw. *Schwarz*, NVwZ-Beil 2017, 39f. Zudem bestehen Bezüge zum Demokratieprinzip aus Art. 20 GG (siehe *Ferreau*, DÖV 2017, 495ff.).

⁸¹ Ein Überblick über Fundstellen dieser Einschränkung gibt z.B.

Schwarz, NVwZ-Beil 2017, 40 Fn. 12.

⁸² Es ist hier nicht nur von der unmittelbaren Staatsverwaltung auszugehen, sondern auch Selbstverwaltungskörperschaften, wie Gemeinden, die nicht Teil dieser sind (siehe bspw. *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. (2015), S. 12f.), müssen allen Parteien mit Neutralität gegenüberstehen (wird u.a. auch bei *Siegel/Hartwig*, NVwZ 2017, 596f. deutlich). Dies gilt entsprechend auch für andere Selbstverwaltungskörperschaften. Für Hochschulen wurde dies z.B. von *Patrick Christian Otto*, WissR 49 (2016), 135ff. dargestellt. Die dort illustrierte Rechtslage für Niedersachsen kann problemlos für diverse andere Länder übernommen werden.

⁸³ Zum Neutralitätsgebot und die aktuell erhöhte gerichtliche Behandlung, siehe auch *Gundling*, ZLVR 2017, 12ff. Für Selbstverwaltungskörperschaften arbeitet *Otto*, WissR 49 (2016), 138ff. die Behandlung durch die Judikative aus – *Otto*, WissR 49 (2016), 150 macht weiter das Potential der gerichtlichen Auseinandersetzung mit dieser Thematik aus, insbesondere weil der Grat zwischen neutralitätsverletzender Handlung und neutralitätsverletzender schmal sei.

⁸⁴ *BVerfGE* 47, 130, 139; 107, 339, 362. Zur Chancengleichheit auch *Ferreau*, DÖV 2017, 494ff.

⁸⁵ *Schaefer*, AöR 141 (2016), 602.

⁸⁶ *Klein*, in *Maunz/Dürig GG*, 78. EL 2016, Art. 21, Rn. 296.

⁸⁷ *Klein*, in *Maunz/Dürig GG*, 78. EL 2016, Art. 21, Rn. 458f.

en von einem Wahlakt aufgrund dieser einfachgesetzlichen Regelung des Landesgesetzgebers Brandenburgs würde daher einer verfassungskonformen Auslegung widersprechen.⁸⁹

Es kann demgemäß abschließend in aller Klarheit festgestellt werden, dass entsprechende Normen keine Auswirkung auf die Stellung der NPD – auch nach der Feststellung deren Verfassungsfeindlichkeit –, oder andere verfassungsfeindliche Parteien, auszumachen sind.⁹⁰ Sie sind weiter gleichberechtigter Teil des demokratischen Wettbewerbs und dürfen auf Grundlage verfassungsrechtlicher Garantien durch den Staat nicht behindert werden.

2. Wählbarkeit

Eine andere Möglichkeit der Auswirkung der NPD-Entscheidung besteht im Bereich der Wählbarkeit von Bürgermeister und Landräte. So sehen die entsprechenden Wahlgesetze von Bayern⁹¹ und Thüringen⁹² weitreichendere Bestimmungen vor, als dies in den anderen Ländern der Fall ist.

In Thüringen normiert § 24 Abs. 3 ThürKWG, dass von der Wahl zum Bürgermeister ausgeschlossen ist, „wer nicht die Gewähr dafür bietet, dass er *jederzeit* für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes und der Landesverfassung eintritt.“⁹³ Der bayrische Gesetzgeber formuliert in Art. 39 des Gesetzes über die Wahl der Gemeinderäte, der Bürgermeister, der Kreistage und der Landräte (GLKrWG) etwas restriktiver: Ausgeschlossen ist, wer „nachweisbar nicht die Gewähr dafür bietet, dass er *jederzeit* für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinn des Grundgesetzes und der Verfassung eintritt.“⁹⁴ Diese Normen können ganz offensichtlich auch als Ausdruck einer wehrhaften Demokratie gewertet werden. Sie sollen sichern, dass antidemokratische Kräfte nicht durch das

erlangen exponierter Positionen die zur Verwirklichung der Grundrechte notwendige Demokratie aushöhlen.⁹⁵

Es drängt sich die Frage auf: Entfalten diese Normen einen limitativen Charakter für NPD-Mitglieder oder Mitglieder anderer verfassungsfeindlicher Parteien, die sich für entsprechende Posten in Bayern und Thüringen zur Wahl stellen? Für die NPD besitzt diese Frage insbesondere dann Relevanz, wenn man die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts von Januar dieses Jahres mit in die Erwägungen einbezieht: „Die Antragsgegnerin [d.i. die NPD] arbeitet im Rahmen ihrer organisatorischen Möglichkeiten (a) und auf der Grundlage eines strategischen Konzepts (b) planmäßig auf die Umsetzung ihrer verfassungsfeindlichen Ziele hin (c).“⁹⁶ Ist es möglich, die Wählbarkeit von NPD-Mitgliedern oder Mitgliedern anderer verfassungsfeindlicher Parteien lediglich auf Grundlage ihrer Parteimitgliedschaft durch die vorgestellten Landesnormen abzulehnen?

Das GG sieht in Art. 28 Abs. 1 S. 2 vor: „In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muss das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, *gleich* und geheimen Wahlen hervorgegangen ist.“⁹⁷ Das BVerfG konkretisiert die Gültigkeit dieses Grundsatzes sowohl für das aktive wie passive Wahlrecht: „Der Grundsatz der Gleichheit der Wahl besagt, daß jedermann sein aktives und passives Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise soll ausüben können.“⁹⁸ Es ist ein sehr eng mit dem Demokratieprinzip verknüpfter Grundsatz, der die Gleichheit der Staatsbürger sichern soll.⁹⁹ Der Einschränkung dieses Grundsatzes sind daher sehr enge Grenzen gesetzt.¹⁰⁰ Soweit handelt es sich bei den infrage stehenden Landesnormen jedenfalls um erhebliche Grundrechtseinschränkungen.¹⁰¹

Es stellt sich sodann die Frage inwieweit ein Absprechen der Wählbarkeit lediglich aufgrund der Zugehörigkeit zu einer verfassungsfeindlich, aber nicht verbotenen Partei rechtmäßig ist. Dass die Norm dem Grundsatz der Ver-

⁸⁸ Klein, in Maunz/Dürig GG, 78. EL 2016, Art. 21, Rn. 296; Kluth, in: BeckOK GG, 32. Ed. 2017, Art. 21, Rn. 136.

⁸⁹ Zur verfassungskonformen Auslegung siehe Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2015, 4. Kap. Rn. 763ff.

⁹⁰ Das de facto unerwünschte Parteien einer Benachteiligung ausgesetzt sind, zeigt Kloepfer, NJW 2016, 3004ff.

⁹¹ Siehe dazu Art. 39 Abs. 2 Nr. 5 GLKrWG.

⁹² Siehe dazu §§ 24 Abs. 3 S. 1 i.V.m. 28 Abs. 2 ThürKWG.

⁹³ Hervorhebung durch den Autor.

⁹⁴ Hervorhebung durch den Autor.

⁹⁵ Siehe dazu die Ausführungen von Volp, NJW 2016, 463f. die er im Kontext des NPD-Parteiverbots, die Sinnhaftigkeit der wehrhaften Demokratie unterstreichend, vorgelegt hat.

⁹⁶ BVerfG, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 846.

⁹⁷ Hervorhebung durch den Autor.

⁹⁸ BVerfGE 48, 64, 81 m.w.N.

⁹⁹ Siehe dazu treffend die Feststellung in NWVerfGH, OVG 51, 298, 300.

¹⁰⁰ Veith Mehde, in: Maunz/Dürig GG, 78. EL 2016, Art. 28, Rn. 99.

¹⁰¹ Dass eine Einschränkung des Wahlprinzips grundsätzlich zulässig ist, arbeiteten jüngst Urs Kramer/Vanessa Bahn/Tim Hinrichsen/Nadine Voß, DÖV 2017, 359.

hältnismäßigkeit¹⁰² genügt, kann angenommen werden. Sie ist erforderlich die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu schützen und zugleich geeignet diesen Zweck zu erreichen. Dass die Maßnahme auch angemessen ist, ist schon daher anzunehmen, da damit zulasten einzelner Persönlichkeiten der Schutz des zentralen inhaltlichen Kerns des GG erreicht wird.¹⁰³

Zweifel an der Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens wird allerdings bei der Betrachtung des rechtsfehlerfreien Vorgehens offenbar: In sämtlichen infragestehenden Fällen steht nicht die Wählbarkeit einer Partei, z.B. der NPD, infrage – ein kollektiver Singular. Eine Partei ist abstrakt das Kollektiv einer Vielzahl von agierenden Politikern.¹⁰⁴ Es handelt sich sowohl bei Bürgermeister- als auch bei den Landratswahlen in Bayern und Thüringen um Personenwahlen.¹⁰⁵

Das BVerwG hat in zwei Urteilen aus dem Jahr 2004 verdeutlicht, dass eine grundrechtseinschränkende Entscheidung gegenüber einzelnen Personen das konkrete Gesamtbild einer Persönlichkeit zugrunde zu legen ist¹⁰⁶ – zuvor hat im Falle der Prüfung der Verfassungstreue von Personen auch bereits das BVerfG auf die Einzelfallprüfung an der Persönlichkeit des Bewerbers abgestellt.¹⁰⁷ Das BVerwG stellt Blick auf die Mitgliedschaft in verfassungsfeindlichen Organisationen fest, dass es problematisch erscheint, „aus der Tatsache der Mitgliedschaft undifferenziert eine Unterstützung verfassungsfeindlicher Bestrebungen herzuleiten.“¹⁰⁸ Soweit allerdings *nicht* der Nachweis zu erbringen ist, dass das Mitglied einer verfassungsfeindlichen Organisation nicht den verfassungsfeindlichen Zielen zustimmte, ist die Mitgliedschaft zu Lasten des Mitglieds zu würdigen.¹⁰⁹ Man kann hier analog der Darstellungen von *Thorsten Siegel* und *Sebastian Hartwig* zu den Auswirkungen der NPD-Entscheidung auf das öffentliche Dienstrecht folgen: „Im praktischen Ergebnis setzt [...] die Mitglied-

schaft in einer solchen [verfassungsfeindlichen] Partei kein Automatismus in Gang, besitzt jedoch ein stärkeres Gewicht als bislang.“¹¹⁰ Ganz entsprechend ist auf die klare Feststellung des BVerfG in seinem Extremistenbeschluss von 1975 hinzuweisen, dass die Bewerber die Frage nach der Verfassungstreue „selbst durch ihr Verhalten beantworten. Ein Stück des Verhaltens, das für die hier geforderte Beurteilung der Persönlichkeit des Bewerbers erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sein, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt.“¹¹¹

Es ist am Ende der Erwägungen zu konstatieren, dass die bloße Mitgliedschaft in der NPD, oder einer anderen verfassungsfeindlichen Partei, nicht pauschal zu einem Verlust der Wählbarkeit für die exponierten Ämter des Bürgermeisters in Bayern und Thüringen führt. Die Mitgliedschaft berechtigt allerdings die zuständigen Stellen, die verfassungstreue des zur Wahl vorgeschlagenen Bürgers anzuzweifeln – der Mitgliedschaft in der NPD kommt nach der Entscheidung des BVerfG von Januar diesen Jahres eine stärkere Indizwirkung zu.¹¹² Es ist in der Folge nachzuweisen, dass der Bürger trotz seiner Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation jederzeit für die Verwirklichung der Verfassung eintritt.¹¹³ Insoweit ist im Bereich dieser Normen eine Auswirkung der jüngsten NPD-Entscheidung des BVerfG anzunehmen.

III. Schlussbemerkungen

1. Ergebnisse

Die Kommunalwahlgesetze vieler deutscher Länder haben Vorkehrungen getroffen, für den Umgang mit verfassungswidrigen Parteien. Diese bleiben erwartungsgemäß hinsichtlich der NPD, oder anderer dem Typus der verfassungsfeindlichen aber nicht verfassungswidrigen Partei zuzuordnenden Parteien – spätestens nach verfassungskonformer, systematischer Auslegung – unwirksam. Entgegen der Formulierung mancher, juristischer Fachkommentatoren hat das BVerfG die NPD nicht für *verfassungswidrig* erklärt, sondern lediglich ihre *Verfassungsfeindlichkeit* festgestellt. Ein rechtsfolgenerheblicher Unterschied.

¹⁰² Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe *Mike Wienbracke*, ZJS 2013, 154ff.

¹⁰³ Als Kern vom Kern bezeichnet z.B. jüngst *Warg*, NVwZ-Beil 2017, 42 die freiheitlich-demokratische Grundordnung.

¹⁰⁴ Dies wird in den Darlegungen des BVerfG in der jüngsten NPD-Entscheidung zur Zurechenbarkeit deutlich (siehe *BVerfG*, Urt. v. 17.01.2017, 2 BVB 1/13, Rn. 560ff.).

¹⁰⁵ Siehe dazu *Hans Meyer*, in: Kirchhof/Isensee: Hdb. d. Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. (2006), § 45 Rn. 6 und *Max-Emmanuel Geis*, Kommunalrecht, 4. Aufl. (2016), S. 109f, 230.

¹⁰⁶ *BVerwG*, Urt. v. 15.07.2004, 3 C 33.03, S. 15; Urt. v. 11.11.2004, 3 C 8.04, S. 15

¹⁰⁷ *BVerfGE* 39, 334, 354ff. Gerade auch wenn eine Partei verfassungsfeindlich aber nicht verboten ist (*BVerfGE* 39, 334, 360).

¹⁰⁸ *BVerwG*, Urt. v. 11.11.2004, 3 C 8.04, S. 15f.

¹⁰⁹ *BVerwG*, Urt. v. 11.11.2004, 3 C 8.04, S. 16.

¹¹⁰ *Siegel/Hartwig*, NVwZ 2017, 597 [Auslassung und Einfügung durch den Autor].

¹¹¹ *BVerfGE* 39, 334, 359 [Hervorhebung im Original].

¹¹² *Siegel/Hartwig*, NVwZ 2017, 597.

¹¹³ Weitere Beurteilungselemente die das BVerfG im Extremistenbeschluss nennt sind Äußerungen, Teilnahme an Demonstrationen, politische Aktivitäten. Sie sind jedoch lediglich Anhaltspunkte zur Beurteilung (siehe *BVerfGE* 39, 334, 353).

Es ist damit eine Rechtsituation eingetreten, die für die Landesgesetzgeber bei der Konzeption der Kommunalwahlgesetze und der darin enthaltenen Schutzmechanismen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, nicht absehbar war, denn das BVerfG wich in seiner Entscheidung von Januar 2017 zu den bis dahin ergangenen Entscheidungen ab. Eine Diskontinuität die darüber hinaus im Widerspruch zum historischen Verfassungsgesetzgeber steht. Allerdings mag diese, auf den ersten Blick möglicherweise kurios erscheinende Lösung der Wirkung der EMRK und des EGMR geschuldet sein.¹¹⁴ Eine andere Lösung hätte möglicherweise ein gegenläufiges Urteil des Straßburger EGMR provoziert.¹¹⁵ Das wäre mit Blick auf eine effektive wehrhafte Demokratie ein wenig begrüßendes Signal gewesen.

Zusätzlich zu der Formulierung der Landesgesetze stiftete die unpräzise Formulierung mancher Fachkommentatoren Verwirrung, die feststellten, die NPD sei für verfassungswidrig aber nicht verboten erklärt worden. Dies war mit Ausgangspunkt im Rahmen des Beitrags die Konsequenzen des Urteils und die aktualisierte Typisierung mit der Verfassung konfligierender Parteien darzustellen. Es sind mögliche Hoffnungen, die durch diese irreführende Darstellung vielleicht keimten, umgehend zurückzuweisen und es ist für die Rechtsfolgen sehr erhebliche Unterscheidung von sehr ähnlich klingenden Parteientypen zu leisten.

Neben den, auf die Verfassungswidrigkeit von Parteien abstellenden Landesnormen, haben Bayern und Thüringen weitere Anforderungen an die Wählbarkeit für Kandidaten kommunalpolitischer Spitzenpositionen in ihren Kommunalwahlgesetzen verankert. Sie fordern die Verfassungstreue dieser Kandidaten. Im Fall dieser Normen könnte sich die Entscheidung des BVerfG zu Lasten von Mitglieder der NPD auswirken. Ihre Verfassungstreue ist von den zuständigen Stellen aufgrund der Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation in Zweifel zu ziehen. Eine Einzelfallprüfung wird jedoch durch die bloße Mitgliedschaft nicht obsolet – die gesamte Persönlichkeit eines Bewerbers ist in die Beurteilung miteinzubeziehen.

¹¹⁴ So z.B. die Mutmaßung bei *Ipsen*, RuP 2017, 6f. Siehe auch oben unter I.

¹¹⁵ Mutmaßung bei *Kloepfer*, NJW 2016, 304; *Schaefer*, AöR 141 (2016), 634ff. macht deutlich, dass er ein Scheitern eines Parteiverbots vor dem EGMR nicht für unmöglich hält, zugleich sieht er trotzdem die konventionskonforme Möglichkeit eines Parteiverbots. *Shirvani*, DÖV 2017, 482 hält es auch nach der aktuellen Entscheidung für möglich, dass der EGMR ein abweichendes Urteil fällt.

2. Möglichkeiten

Diese von Bayern und Thüringen vorgesehene Norm erscheinen aufgrund der herausgehobenen Stellung dieser kommunalpolitischen Ämter und die erhebliche Öffentlichkeitswirkung ihrer Inhaber¹¹⁶ zweckmäßig. Sie könne zum Vorbild für andere Länder dienen. Eine wehrhafte Demokratie erscheint auch in einem jahrzehntelang gefestigten, demokratischen Gebilde notwendig.¹¹⁷ Formen der Sanktionierung verfassungsfeindlicher Parteien stoßen auch im Kreis der Rechtswissenschaftler auf positive Resonanz, zugleich gilt es bei der Implementierung eine große Feinfühligkeit zu beweisen.¹¹⁸ Die auch aus dem durch die Ewigkeitsklausel geschützte Demokratieprinzip abzuleitende Chancengleichheit der politischen Parteien, ist nur in einem sehr engen Rahmen einzuschränken.¹¹⁹ Eine Sanktionierung einer verfassungsfeindlichen Partei darf in keinem Fall ein Aliud des Verbots darstellen.¹²⁰ Parteien mit störenden Ansichten dürfen grundsätzlich bestehen.¹²¹ Es gilt jedoch nicht mit der Einführung entsprechender Normen so lange zu warten, bis verfassungsfeindliche oder verfassungsablehnende Parteien eine aussichtsreiche Ausgangslage erlangen. Gerade wenn man Kommunen als Grundlage des demokratischen Staates einordnet.¹²²

¹¹⁶ Siehe dazu u.a. *Burgi*, Kommunalrecht, 2015, § 13 (Bürgermeister) sowie S. 316 (Landrat mit Verweis auf Bürgermeister).

¹¹⁷ Hierzu der Aufsatz von *Volp*, NJW 2016, 459ff.

¹¹⁸ *Kloepfer*, NJW 2016, 3008; *Schwarz*, NVwZ-Beil 2017, 41; *Laubinger*, ZRP 2017, 56 und *Uhle*, NVwZ 2017, 590

Ebert/Karaosmanoğlu, DVBl 2017, 377f. sehen die Möglichkeit, soweit eine entsprechende Verfassungsänderung vorgenommen wird, zeigt allerdings Problemlagen eines aktuellen Entwurfs aus Niedersachsen auf. *Ipsen*, RuP 2017, 7f. sieht die Möglichkeit, äußert allerdings Bedenken. Eher skeptisch *Gusy*, NJW 2017, 603f. Kritisch z.B. *Morlok*, ZRP 2017, 69 und *Linke*, DÖV 2017, 491f.

¹¹⁹ Für die Bezüge zum Demokratieprinzip aus Art. 20 GG siehe *Ferreau*, DÖV 2017, 497 und *Linke*, DÖV 2017, 492f.

¹²⁰ *Linke*, DÖV 2017, 491.

¹²¹ *Alter*, AöR 140 (2015), 583.

¹²² So regelmäßig in den Kommunalordnungen der Länder, bspw. in § 1 Abs. 1 GemO BW; § 2 Abs. 1 NKomVG [Niedersachsen] oder § 1 Abs. 1 ThürKO.

Über die Vielfalt juristischer Ausbildungen

Kurzbeitrag von Konrad Buchbinder*

Der Autor leistet mit dem Beitrag eine Einordnung der zunehmenden, bisweilen gar unübersichtlich wirkenden Ausdifferenzierung der juristischen Abschlüsse und setzt diese in ein Verhältnis.

I. Die klassische Juristenausbildung

Die klassische Juristenausbildung in Deutschland ist hauptsächlich durch das Deutsche Richtergesetz¹, ein Bundesgesetz, geregelt. Nach § 5 Abs. 1 DRiG kann in Deutschland nur Berufsrichter werden, wer die Befähigung zum Richteramt erworben hat. Diese Befähigung erwirbt, „wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt, [wobei] die erste Prüfung [...] aus einer universitären Schwerpunktbereichsprüfung und einer staatlichen Pflichtfachprüfung [besteht].“

Die weiteren Regelungen des § 5a DRiG befassen sich mit den Anforderungen an das rechtswissenschaftliche Studium. Dieses beträgt vier Jahre und mindestens zwei dieser Studienjahre müssen an einer deutschen Universität absolviert werden. Das Studium besteht aus Pflichtfächern und zu wählenden Schwerpunktbereichen; außerdem muss eine fremdsprachige rechtswissenschaftliche Veranstaltung besucht und absolviert werden.

„Die Inhalte des Studiums berücksichtigen die rechtsprechende, verwaltende und rechtsberatende Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit.“ (§ 5a Abs. 3 S. 1 DRiG).

Auch der typisch juristische Beruf des Rechtsanwalts ist durch eine Bundesnorm, die Bundesrechtsanwaltsordnung², geregelt. Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges

* Konrad Buchbinder ist stud.iur. an der Universität zu Köln.

¹ Deutsches Richtergesetz (DRiG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. April 1972 (BGBl. I S. 713), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 8. Juni 2017 (BGBl. I S. 1570).

² Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, die durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Mai 2017 (BGBl. I S. 1121) geändert worden ist.

Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) und nach § 3 Abs. 1 BRAO „der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“. Wie auch der Zugang zum Amt des Berufsrichters, so ist auch der Zugang zum Beruf des Rechtsanwalts daran geknüpft, nach § 4 S. 1 Nr. 1 BRAO die Befähigung zum Richteramt im Sinne des DRiG erlangt zu haben.

Wiederum gleiches gilt für den Zugang zum ausschließlich juristischen Beruf des Notars.³ Die Notare, als „unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes [...] für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege“ (§ 1 BNotO) müssen nach § 5 S. 1 BNotO wie die Richter und Rechtsanwälte die Befähigung zum Richteramt nach dem DRiG erlangt haben.

Ebenso kann der Beruf des Staatsanwaltes nur mit der Befähigung zum Richteramt aufgenommen werden, wie aus den §§ 12, 13 DRiG deutlich wird.

Die klassische Ausbildung zum Juristen, oftmals auch bezeichnet als zum *Volljuristen* oder eben für die Befähigung zum Richteramt, ist allgemein anerkannt. Sie erstreckt sich auf *alle* wesentlichen Pflichtfächer in den drei großen Rechtsgebieten des Zivilrechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts.⁴

Der Zweck der juristischen Ausbildung gemäß den herkömmlichen rechtswissenschaftlichen Studiengängen ist „der kritische, aufgeklärt rational handelnde Jurist, der sich seiner Verpflichtung als Wahrer des freiheitlich demokratischen und sozialen Rechtsstaats bewusst ist und der in der Lage ist, die Aufgaben der Rechtsfortbildung zu erkennen.“⁵

Durch das Studium der Rechtswissenschaften soll, natürlich neben vielen weiteren Beschäftigungen in Unternehmen, Wissenschaft, Staatsdienst usw., der Nachwuchs für die klassischen Berufe der Justiz, insbesondere der Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte und Notare ausgebildet werden.

Die strengen Zugangsvoraussetzungen für diese Berufe der Justiz haben ihren Grund in der hohen Verantwor-

³ Bundesnotarordnung (BnotO) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die durch Artikel 1 des Gesetzes vom 1. Juni 2017 (BGBl. I S. 1396) geändert worden ist.

⁴ Z. B. § 1 Juristische Ausbildungs- und Prüfungsordnung (JAPO) des Landes Rheinland-Pfalz (RPF GVBl. 2003, S. 131).

⁵ Präambel Juristenausbildungsgesetz (JAG) Hessen.

tung, die mit diesen Berufen einhergehen und der gesellschaftlichen Funktion dieser Ämter, die daher von besonders qualifizierten Personen besetzt werden sollen.

Daher wird der Abschluss des rechtswissenschaftlichen Studiums nicht nur durch eine universitäre Prüfung, sondern zusätzlich durch zwei staatliche Prüfungen nachgewiesen.⁶

Das bedeutet auch, dass sich hochschulrechtlich gesehen zwei verschiedene Formen der Prüfungen in der klassischen juristischen Ausbildung finden. Die universitäre Schwerpunktprüfung ist eine *Hochschulprüfung*, wohingegen die erste und die zweite juristische Prüfung *Staatsprüfungen* sind.⁷

Die erste Prüfungsvariante wird auf der Grundlage des Körperschaftsstatus der Universitäten als eine eigene Aufgabe wahrgenommen, sie ist dem Bereich des Selbstverwaltungsrechts und der Autonomie der Hochschulen zuzuordnen.⁸

Die staatlichen Prüfungen⁹ hingegen können nicht von der Universität übernommen werden. Vielmehr finden diese Prüfungen, wie auch die Ausarbeitung, Vorbereitung, Durchführung und Bewertung, vor staatlichen Behörden statt, die auf der Grundlage einer Rechtsvorschrift dazu ermächtigt sind.¹⁰

Sinn und Zweck der klassischen Ausbildung zum „Volljuristen“ sind nach wie vor unangefochten und werden auch im Zuge der Bologna-Reformen nicht in Frage gestellt. Es ist allen Verantwortlichen klar, dass der Zugang zu den Berufen der Justiz besonderer Anforderungen

⁶ Die erste Prüfung untergliedert sich in eine universitäre Pflichtfachprüfung und in eine erste staatliche Prüfung, die zweite Staatsprüfung erfolgt nach einem Vorbereitungsdienst. Die zuständige Stelle für die staatlichen Prüfungen sind die Justizprüfungsämter der Länder, die den jeweiligen Justizministerien unterstehen, z.B. §§ 1, 2 JAG Hessen; §§ 2, 3, 47 JAG NRW; § 1, 37 JAPO RPF.

⁷ Vgl. § 63 Abs. 1 Hochschulgesetz NRW.

⁸ Durch die Prüfung von universitär festgelegten juristischen Schwerpunkten im rechtswissenschaftlichen Studium kann sich die Universität ein eigenes charakteristisches Profil aneignen. Die universitäre Prüfung der ersten juristischen Prüfung geht jedoch nur zu 30 % in die Note der ersten juristischen Prüfung ein, vgl. *Norbort Niehues/Edgar Fischer*, Prüfungsrecht, 5. Aufl., München 2010, S. 35, Rn. 87f.

⁹ Die juristischen staatlichen Prüfungen werden vom Landesjustizprüfungsrecht geregelt. Deshalb erlangt der Absolvent sein Zeugnis auch nicht von der Universität, an der er Rechtswissenschaften studiert hat, sondern vom Landesjustizprüfungsamt. Vgl. *Niehues/Fischer*, Prüfungsrecht 2010, S. 35, Rn. 88.

¹⁰ § 6 JAG NRW; § 2 JAG Hessen.

bedarf. Daher wurde das rechtswissenschaftliche Studium auch nicht auf die Abschlüsse des Bachelors und des Masters umgestellt. Wer die zweite juristische Staatsprüfung besteht, kann den Titel der Assessorin oder des Assessors führen.¹¹

Die bisherige Ausbildungsform der Volljuristen an den Universitäten mit einer ersten und einer zweiten Staatsprüfung sollte hinsichtlich der Berufe des Richters, Staatsanwaltes, Rechtsanwaltes und des Notars in dieser Form beibehalten werden, um den hohen Standard zu behalten.¹²

Abseits der klassischen Juristenausbildung hat sich jedoch eine bemerkenswerte Vielfalt rechtswissenschaftlicher Ausbildungsinhalte in der deutschen Hochschullandschaft etabliert. Diese sollen im Nachstehenden erläutert werden. Um eine gewisse Systematik in die Diversifizierung der juristischen Ausbildungsmöglichkeiten in Deutschland zu erlangen, lassen sich die Ausbildungsformen im Folgenden nach der Hochschulart, nach dem Abschluss, nach den vermittelten Rechtsgebieten und nach den Studienzielen und Berufsbildern unterscheiden.

II. Unterscheidung nach der Hochschulart

Zunächst kann festgestellt werden, dass die *Universitäten* neben dem klassischen Studium der Rechtswissenschaften, das mit dem Abschluss der ersten juristischen Prüfung endet, auch weitere juristische Studiengänge anbieten, die darauf abzielen, einen Abschluss als Bachelor oder Master des Rechts in einer spezifischen Form zu erlangen.

So bietet etwa die Universität Hamburg einen eigenen Masterstudiengang Versicherungsrecht mit dem Abschluss des LL.M. an.¹³ Die Universität Osnabrück bietet einen steuerrechtlichen Masterstudiengang LL.M. Taxation an¹⁴ und die Universität Heidelberg bietet einen Begleitfach-Bachelorstudiengang Öffentliches Recht an, durch den die Studierenden einen eigenständigen Bachelor im Öffentlichen Recht (B.A.) erlangen können.¹⁵

¹¹ § 61 JAG NRW.

¹² So auch der *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, Hamburg 2012, S. 54.

¹³ Vgl. Prüfungsordnung für den postgradualen berufsbegleitenden Studiengang „LL.M. Versicherungsrecht (Insurance Law)“ der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg vom 7. Februar 2007.

¹⁴ Vgl. Prüfungsordnung für den konsekutiven Masterstudiengang „Steuerwissenschaften (Taxation)“ vom 17. Dezember 2015.

¹⁵ §§ 1, 2 Prüfungsordnung der Universität Heidelberg für den Bachelor-Begleitstudiengang Öffentliches Recht vom 25. Juli 2007.

Es soll an dieser Stelle noch nicht auf die Verschiedenheit der Abschlüsse eingegangen werden, dies wird an nachstehender Stelle erfolgen. Wichtig für die Einordnung ist zunächst, dass die Universitäten, die alleinig die klassische juristische Ausbildung zum Volljuristen anbieten dürfen, zusätzlich auch weitere juristische Studiengänge mit anderen Abschlüssen in ihren Kanon mit aufgenommen haben.

Neben den Universitäten sind es weiterhin die *Fachhochschulen*, die eine ganze Vielfalt an juristischen Studiengängen eröffnen. Studiengänge wie der *Bachelorstudiengang Wirtschaftsrecht* (LL.B.) an der FH Aachen¹⁶, an der Fachhochschule Köln¹⁷ oder an der Hochschule Niederrhein¹⁸ oder des *Sozialrechts* (LL.B.) an der Fachhochschule Fulda¹⁹ wie auch Studiengänge mit starken Bezügen zum Umweltrecht²⁰ finden sich in den Curricula von Fachhochschulen.

Allen diesen Studiengängen ist gemein, dass sie nicht auf die vollumfängliche Ausbildung zum Volljuristen, sondern zu anwendungsbezogenen Fragen des Rechts in bestimmten Bereichen ausbilden wollen. Die Fachhochschulen, die zumeist wesentlich anwendungsbezogener lehren, sind für diese Zwecke eine geeignete hochschulische Einrichtung.

Schließlich ist von juristischen Ausbildungen an den Universitäten (Rechtswissenschaften auf Staatsexamen, LL.B. und LL.M.) sowie an den Fachhochschulen (LL.B. und LL.M.) noch eine dritte Hochschulform zu unter-

¹⁶ Prüfungsordnung für die Bachelorstudiengänge „Wirtschaftsrecht“ mit dem Abschluss Bachelor of Laws und „Wirtschaftsrecht mit Praxissemester“ mit dem Abschluss Bachelor of Laws am Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Fachhochschule Aachen vom 27. April 2016.

¹⁷ Prüfungsordnung für den Studiengang Wirtschaftsrecht mit dem Abschlussgrad Bachelor of Laws (LL.B.) der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der Fachhochschule Köln vom 14. Oktober 2010.

¹⁸ Bachelorprüfungsordnung für die Verbundstudiengänge Betriebswirtschaft, Studienrichtung Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsrecht an der Fachhochschule Südwestfalen, Standort Hagen, an der Fachhochschule Bielefeld und an der Hochschule Niederrhein ein in Mönchengladbach vom 10. Januar 2008.

¹⁹ Prüfungsordnung des Fachbereichs Sozial- und Kulturwissenschaften der Hochschule Fulda –University of Applied Sciences für den Bachelor-Studiengang Sozialrecht vom 15. Juni 2016.

²⁰ Ordnung für die Prüfung im Bachelor Studiengang Wirtschafts- und Umweltrecht an der Fachhochschule Trier vom 29. Mai 2007 sowie Ordnung zur Prüfung im Master-Studiengang „Unternehmens- und Energierecht“ an der Hochschule Trier vom 28. September 2009.

scheiden, die ebenfalls juristische Inhalte vermittelt: die *internen Verwaltungsfachhochschulen*.

Die staatlichen Fachhochschulen, die ausschließlich darauf ausgerichtet sind, Personal für die staatliche und kommunale Verwaltung auszubilden, besitzen im Unterschied zu den Universitäten und Fachhochschulen keine eigene Rechtsfähigkeit. Sie werden aufgrund eines Gesetzes errichtet und sollen die Ausbildungsaufgaben für das jeweilige Land übernehmen. Dabei sind sie nicht mit der Hochschulautonomie ausgestattet, sondern eher als nachgeordnete Behörden anzusehen.²¹

Auch die Ausbildungsinhalte der internen Verwaltungsfachhochschulen sind stark juristisch ausgelegt, sollen sie schließlich die Verwaltungsanwärter auf die Arbeit im Staatsdienst oder in der Kommunalverwaltung vorbereiten. So finden sich hier Inhalte des Staats-, Verfassungs- und Verwaltungsrechts, Zivilrechts, Steuerrechts, Umweltrechts, Europarechts oder Polizeirechts).

Neben dem klassischen Jurastudium gibt es demzufolge auch an den Universitäten, Fachhochschulen und internen Verwaltungshochschulen eigenständige juristische Studiengänge.

III. Unterscheidung nach Abschlüssen

Es klang bereits an, dass die Abschlüsse der juristischen Ausbildungen in Deutschland nicht mehr allein auf das Staatsexamen gerichtet sind, sondern zunehmend divergieren. So bieten die Universitäten und Fachhochschulen auch Bachelor- und Masterabschlüsse im Recht an, die zumeist mit LL.B. für ein bestimmtes Rechtsgebiet (z.B. Wirtschaftsrecht, Sozialrecht) oder mit LL.M. für ein bestimmtes Rechtsgebiet (z.B. Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht) benannt werden.

Zu unterscheiden ist aber zusätzlich danach, ob die Studiengänge eigenständige Studiengänge sind, oder „lediglich“ sogenannte postgraduale oder Aufbaustudiengänge sind. Zumeist sind die Studiengänge abseits des vollen Jurastudiums an den Fachhochschulen eigenständige Studiengänge, das heißt, die Studierenden beginnen mit einem Bachelorstudium und können anschließend ein Masterstudium anschließen. Die juristischen Masteran-

²¹ Vgl. Art. 2 Gesetz über die Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern (HföD-Gesetz – HföDG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Oktober 2003 (GVBl. S. 818); § 2 Gesetz über die Fachhochschulen für den öffentlichen Dienst im Lande Nordrhein-Westfalen (Fachhochschulgesetz öffentlicher Dienst - FHGöD -) vom 29. Mai 1984; § 3 Abs. 2 Fachhochschule-Meißen-Gesetz vom 22. Oktober 2016 (SächsGVBl. S. 498); § 69 Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg.

gebote der Universitäten unterscheiden sich hiervon, wenn sie postgraduale oder „Ausbaustudiengänge“ anbieten, die zwar ebenfalls einen Abschluss eines Masters im Recht (LL.M.) anbieten, diese jedoch im Umfang, Workload und Tiefe des Masterprogrammes weit hinter den eigenständigen Masterstudiengängen zurückbleiben.

Ein Beispiel dafür ist der Masterstudiengang Privates und öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, der unter Anrechnung von vorherigen Prüfungsleistungen nur zwei Semester betragen kann.²² Gleichwohl wird hierdurch ein Abschluss mit Mastergrad verliehen. Gleiches muss für den Masterstudiengang International Law an der Universität Heidelberg festgestellt werden, dessen Regelstudienzeit ebenfalls zwei Semester beträgt (darin ist sogar schon die Zeit für die Anfertigung der Masterarbeit inbegriffen!) und trotzdem zur Erlangung des Universitätsabschlusses Master of Law (LL.M.) führt.²³

Mit einem üblichen, vertiefenden und mindestens viersemestrigen Masterstudium einer Universität oder Fachhochschule sind diese „Aufbaustudiengänge“ der juristischen Fakultäten nur bedingt zu vergleichen.

Deswegen werden sie auch oftmals als postgraduale Master oder Aufbaustudiengänge bezeichnet und knüpfen an die bereits erfolgreich erworbene Befähigung zum Richteramt an sowie teilweise auch an eine mehrjährige Berufserfahrung. Absolventen eigenständiger Masterstudiengänge und Absolventen von Aufbau-Masterstudiengängen sollten trotz des gleichlautenden Abschlusses nicht gleichgesetzt werden.

IV. Unterscheidung nach Rechtsgebieten

Ein besonderes Merkmal der sich differenzierenden juristischen Ausbildungsinhalte ist die klare Konzentrierung und Vertiefung auf ein bestimmtes Rechtsgebiet sowie deren zusammenhängende Fragen. Die klassische Juristenausbildung verfolgt hingegen stets das Ziel, Absolventen mit ausreichenden Kenntnissen in allen grundlegenden rechtlichen Bereichen hervorzubringen.

Die angesprochenen Wirtschafts- und Steuerrechtsstudiengänge stehen zumeist in einem engen Zusammen-

²² § 3 Abs. 1 Prüfungsordnung für den Aufbaustudiengang „Privates und öffentliches Wirtschaftsrecht“ vom 27. September 2000.

²³ §§ 2, 3 Abs. 1 Studien- und Prüfungsordnung der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg für den Aufbaustudiengang „Master of Laws in International Law“.

hang mit einer klaren Ausrichtung auf das *Zivilrecht*, weshalb es nicht unüblich ist, dass auch wirtschaftswissenschaftliche Fächer zur Ausbildung hinzuzählen.

Der Bereich des *Strafrechts* wird vertieft, wenn Hochschulen besondere juristische Studiengänge z.B. des Wirtschaftsstrafrechts anbieten.²⁴

Verschiedene Ausbildungsinhalte des *Öffentlichen Rechts* lassen sich ebenfalls in den vielfältigen Studiengängen finden. Neben den angesprochenen Studiengängen der Verwaltungsfachhochschulen, die fast ausschließlich auf das Verwaltungsrecht in all seinen Dimensionen ausgerichtet sind²⁵, finden sich Inhalte zum *Umweltrecht* (Universität Kassel; Hochschule Trier), zum *Sozialrecht* (Hochschule Fulda) sowie zum *Staats- und Verwaltungsrecht* in verschiedenen Kombinationen wieder. Studiengänge der Staatswissenschaften²⁶ (Universität Erfurt und Passau) oder der Verwaltungswissenschaften²⁷ (Universität Konstanz) kommen ohne einen bedeutenden Anteil rechtswissenschaftlicher Fächer, Inhalte, Lehrkörper und Prüfungen nicht aus, was ebenso zu juristisch ausgebildeten Absolventen führt. Die in allen Gebieten des Rechts ausbildenden Bachelorstudiengänge an der Technischen Universität Dresden hingegen, die keine deutliche Spezialisierung auf bestimmte Rechtsfragen verfolgen, konnten sich gegen die klassische Juristenausbildung mit Staatsexamen nicht durchsetzen und werden in den kommenden Jahren auslaufen.²⁸

Es wird also deutlich, dass die Universitäten, Fachhochschulen und Verwaltungsfachhochschulen in ihren neu konzipierten juristischen Studiengängen klar auf die Spezialisierung ihrer Studierenden für einen Fachbereich ausgerichtet sind.

²⁴ § 1 Abs. 2 Prüfungsordnung für den konsekutiven Masterstudiengang „Wirtschaftsstrafrecht“ an der Universität Osnabrück vom 17. Dezember 2015.

²⁵ Z. B. § 9 Ausbildungsverordnung gehobener allgemeiner Verwaltungsdienst (Bachelor) des Landes Nordrhein-Westfalen vom 5. August 2008.

²⁶ § 1 Gemeinsame Studien- und Prüfungsordnung für den Bachelor-Studiengang Staatswissenschaften an der Universität Erfurt vom 5. März 2012.

²⁷ §§ 19, 23 Studien- und Prüfungsordnung für den Bachelor-Studiengang Politik- und Verwaltungswissenschaften vom 13. Februar 2017.

²⁸ Vgl. die Stellungnahme des Dekans der Juristischen Fakultät der TU Dresden unter <https://tu-dresden.de/gsw/jura/die-fakultaet/news/stellungnahme-des-dekans-zur-entscheidung-des-landeskabinetts>.

V. Unterscheidung nach Studienzielen und Berufsfeldern

Dies zeigt sich denn auch in den verfolgten Studienzielen und angestrebten Berufsfeldern der Studierenden dieser neuen Ausbildungsgänge. Absolventen des Wirtschaftsrechts sollen juristische Aufgaben in Unternehmen und Wirtschaftskanzleien übernehmen, Absolventen des Sozialrechts in der Jugendhilfe, in Jugendämtern oder anderen Sozialträgern arbeiten. Personen, die umweltrecht- oder energierechtbezogene Studiengänge absolviert haben, werden ebenso fachspezifische Berufe in Umweltverbänden, der staatlichen und kommunalen Umweltverwaltung ebenso wie in Energieunternehmen oder in Institutionen finden, die die Energiewende in die Realität umsetzen. Absolventen verwaltungsrechtlicher Studiengänge sollen in den Staatsdienst, in die Politik oder Verbände gehen. Das verdeutlicht, dass die klassische Juristenausbildung die- und derjenige besuchen sollte, wer einen der ausschließlich Volljuristen vorbehaltenen Berufe des Richters, Staatsanwalts, Rechtsanwalts oder Notars ergreifen möchte. Wer sich spezifischere Berufsfelder mit rechtlichen Bezügen in Kombination mit weiteren Fachgebieten als Berufsfeld vorstellen kann, bzw. bereits ein klares Bild und Interesse, etwa an der Wirtschaft, dem Sozial- oder Umweltbereich hat, hat neben der langjährigen klassischen Juristenausbildung inzwischen eine Vielfalt an juristischen Ausbildungsalternativen offenstehen.

VI. Fazit

Bei weitem konnte hier nicht die ganze Breite und Vielfalt der heutigen juristischen Ausbildungsformen aufgezeigt werden. Dies ist nur ein Versuch, eine Systematik über dieses Thema zu erstellen.

Insgesamt zeigt sich, dass die juristische Ausbildung vielfältiger und spezifischer wird. Sie ergänzt sich. Das bedeutet nicht, dass die klassische Juristenausbildung an Bedeutung oder Attraktivität gewonnen hat. Was stattfindet ist vielmehr eine deutlichere Ausrichtung nach Interessen und nach Fachgebieten. Teilweise können die Absolventen spezifischer Studiengänge auf tieferes Fachwissen zurückgreifen als die generalisiert ausgebildeten Volljuristen. Gleichzeitig ist die Differenzierung auch ein Vorteil für jene Studienanfänger, die gar nicht das Ziel haben, Richter, Rechtsanwalt, Notar oder Staatsanwalt werden zu wollen. Sie können sich gleich während des Studiums auf ihren gewünschten juristischen Fachbereich und ihr Berufsziel konzentrieren, dabei tiefgehendes Fachwissen anhäufen und müssen

nicht die langjährige juristische Vollausbildung durchlaufen.

Desweiteren dürfte in der Ausdifferenzierung der juristischen Ausbildungsformen in Deutschland auch eine Reaktion auf die zunehmende Verrechtlichung weiter Gesellschaftsbereiche gesehen werden. Sie fordert zugleich das immer stärker vorhandene und einsetzbare juristische Fachwissen und die Fähigkeiten der juristischen Methoden auch außerhalb des Justizwesens.

Oberverwaltungsgericht NRW

Beschluss vom 22. Juni 2017 13 B 238/17

Der Beschluss des OVG NRW behandelt die Rechtswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung in ihrer veränderten Form nach § 113b Abs. 3 TKG in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren. Dieser Beschluss ist nicht nur ein Paradebeispiel für den vorläufigen Rechtsschutz im Verwaltungsprozessrecht, sondern auch in seiner europarechtlichen Dimension wie auch in den möglichen Auswirkungen für die Vorratsdatenspeicherung insgesamt höchst interessant. [Redaktion]

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 25. Januar 2017 geändert. Es wird vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens des Verwaltungsgerichts Köln – 9 K 3859/16 – festgestellt, dass die Antragstellerin nicht verpflichtet ist, die in § 113b Abs. 3 TKG in der Fassung von Art. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2218 ff.) genannten Telekommunikationsverkehrsdaten ihrer Kunden, denen sie den Internetzugang vermittelt, zu speichern.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen. Der Streitwert wird für das Verfahren in beiden Instanzen auf jeweils 160.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

[3] Die Antragstellerin ist ein IT-Unternehmen mit Sitz in N. und erbringt Internetdienstleistungen einschließlich Internetzugangleistungen für rund 1.200 Geschäftskunden aus Deutschland und anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Antragstellerin beschäftigt derzeit 110 Mitarbeiter und erzielte zuletzt im Geschäftsjahr 2015 bei einem Umsatz von rund 15 Mio. Euro einen Jahresüberschuss vor Steuern von rund 1,2 Mio. Euro. Für das Geschäftsjahr 2016 rechnet sie nach gegenwärtigem Stand bei einem Umsatz von rund 15,7 Mio. Euro mit einem Jahresüberschuss vor Steuern von rund 0,9 Mio. Euro. Mit ihrer gegen den ablehnenden Beschluss des Verwaltungsgerichts eingelegten Beschwerde begehrt die Antragstellerin vorläufigen

Rechtsschutz gegen die ihr durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG in der Fassung von Art. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2218 ff.) auferlegte Pflicht, nach Verstreichen einer gesetzlichen Übergangsfrist ab dem 1. Juli 2017 Telekommunikationsverkehrsdaten aller Kunden, denen sie einen Internetzugang vermittelt, für einen begrenzten Zeitraum für Zwecke einer etwaigen Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr auf Vorrat speichern zu müssen.

[4] Das Verwaltungsgericht hat den von der Antragstellerin begehrten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO mit Beschluss vom 25. Januar 2017 abgelehnt. Der sowohl auf verfassungsrechtliche als auch auf unionsrechtliche Einwände gegen die Speicherpflicht gestützte Antrag sei ausnahmsweise im Wege des vorbeugenden Rechtsschutzes zulässig, weil der Antragstellerin die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes gegen eine mögliche Ordnungsverfügung der für die Überwachung der Einhaltung der Speicherpflicht nach § 115 TKG zuständigen Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen – Bundesnetzagentur – in Anbetracht der für den Fall der Nichterfüllung mit einer Ordnungswidrigkeit bewehrten Speicherpflicht nicht zuzumuten sei. Die Antragstellerin habe jedoch weder einen Anordnungsanspruch, noch ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Es könne im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht abschließend festgestellt werden, dass die Antragstellerin durch die Erfüllung der Speicherpflicht in eigenen Rechten verletzt werde. Insbesondere lasse sich nicht schon im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes abschließend klären, ob die beanstandete Speicherpflicht verfassungs- oder unionsrechtswidrig sei. Die hiernach vorzunehmende Folgenabwägung gehe im Ergebnis zulasten der Antragstellerin aus. Insbesondere ergebe sich aus den von der Antragstellerin selber zu tragenden Kosten für die Erfüllung der Speicherpflicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens keine unzumutbare, das öffentliche Interesse am sofortigen Vollzug des Gesetzes überwiegende Belastung.

[5] Mit der am 13. Februar 2017 eingelegten Beschwerde macht die Antragstellerin unter näherer Ausführung im Einzelnen geltend, dass die beanstandete Speicherpflicht jedenfalls nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 21. Dezember 2016 – C-203/15 und C-698/15 – in den verbundenen Rechtssachen „Te-

le2 Sverige AB und Watson“ unionsrechtswidrig sei, weil die Speicherpflicht anlasslos die Verkehrs- und Standortdaten nahezu sämtlicher Nutzer erfasse, ohne dass ein hinreichender Zusammenhang zu dem mit dem Gesetz verfolgten Ziel der Verfolgung schwerer Straftaten bzw. der Abwehr schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Sicherheit bestehe. Außerdem verstoße die Speicherpflicht auch deshalb gegen Unionsrecht, weil die Regelung des § 113c Abs. 1 Nr. 3 TKG eine Verwendung der gespeicherten Daten durch die Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für eine Datenermittlung für eine Bestandsdatenauskunft nach § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG zulasse, ohne insoweit auf das Ziel der Bekämpfung schwerer Straftaten oder der Abwehr schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Sicherheit beschränkt zu sein. Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass sie sich ebenso wie die Nutzer der gespeicherten Daten auf die Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 7 und Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union berufen könne. Außerdem sieht sie sich in ihrer Berufsfreiheit verletzt, weil es wegen der Unionsrechtswidrigkeit der Speicherpflicht an einer erforderlichen gesetzlichen Grundlage für den Eingriff in ihre Berufsfreiheit fehle. Die Erfüllung der Speicherpflicht sei ausweislich eines in das Verfahren eingeführten Sachverständigengutachtens mit einem finanziellen Aufwand von rund 80.000 Euro für die erstmalige Investition in die erforderliche Infrastruktur sowie weiteren rund 10.000 Euro monatlich für den laufenden Betrieb zu beziffern.

[6-7] Die Antragstellerin beantragt, den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 25. Januar 2017 – 5 L 1009/16 – abzuändern und anzuordnen, dass die Antragstellerin bis sechs Monate nach rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht verpflichtet ist, die in § 113b Abs. 3 TKG aufgeführten Telekommunikationsverkehrsdaten ihrer Kunden zu speichern, denen sie den Internetzugang vermittelt.

[12-16] Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Die fristgemäß dargelegten Gründe für die Beschwerde, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen es, den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts zu ändern und gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO eine von der Antragstellerin begehrte einstweilige Anordnung zur Sicherung ihrer Rechte bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu treffen. A) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig. Er ist insbesondere statthaft und ermangelt nicht eines wegen des hier begehrten vorbeugenden vorläufigen Rechts-

schutzes erforderlichen qualifizierten Rechtsschutzinteresses.

1. Der auf die vorläufige Feststellung des Nichtbestehens einer Rechtspflicht zur Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten im Sinne von § 113b Abs. 3 TKG gerichtete Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist gegenüber der Antragsgegnerin als Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung im Sinne von § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO statthaft. Der Statthaftigkeit des Antrags steht zunächst nicht entgegen, dass er in der Sache auf eine vorläufige Feststellung des Gerichts zum Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist. Es entspricht der überwiegenden Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, dass mit einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich auch die vorläufige Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses im Sinne von § 43 Abs. 1 VwGO begehrt werden kann. Insbesondere kann die durch § 123 Abs. 1 VwGO gebotene Vorläufigkeit der vom Gericht angeordneten Maßnahme auch bei einem Feststellungsbegehren gewahrt werden.

[18] Zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur steht zudem ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO im Streit. Als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO werden die rechtlichen Beziehungen angesehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer diesen Sachverhalt betreffenden öffentlichrechtlichen Norm für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben. Zwischen den Beteiligten des Rechtsverhältnisses muss zudem ein Meinungsstreit bestehen, aus dem heraus sich eine Seite berührt, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen der anderen Seite verlangen zu können.

[20] Es müssen sich also aus dieser Rechtsbeziehung heraus bestimmte Rechtsfolgen ergeben können, was wiederum die Anwendung von bestimmten Normen auf den konkreten Sachverhalt voraussetzt. Daran fehlt es, wenn nur abstrakte Rechtsfragen wie die Gültigkeit einer Norm zur Entscheidung gestellt werden. Auch bloße Vorfragen oder unselbständige Elemente eines Rechtsverhältnisses können nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Anders liegt es dagegen, wenn die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten, in der Wirklichkeit gegebenen Sachverhalt streitig ist, so dass die Rechtmäßigkeit der Norm als – wenn auch streitentscheidende – Vorfrage aufgeworfen wird.

[22] Steht mit der Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses in diesem Sinne auch die Frage nach der Gültigkeit einer Rechtsnorm im Raum, aus der die streitigen Rechte oder Pflichten unmittelbar folgen, eröffnet sich ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis dabei grundsätzlich nicht zwischen dem Normgeber und dem Normadressaten, sondern zwischen dem Normadressaten und dem Rechtsträger der Vollzugsbehörde, die als Normanwender die im Streit stehende Rechtsnorm durchzusetzen oder ihre Befolgung zu überwachen hat. Hierfür ist ungeachtet des Umstandes, dass eine Norm „self-executing“ ist, d.h. dass sich aus ihr unmittelbar Rechte und Pflichten ergeben, hinreichend, dass für eine Vollzugsbehörde die Möglichkeit besteht, die Rechtsnorm gegenüber dem Normadressaten zu konkretisieren oder zu individualisieren und Anordnungen für den Einzelfall aufgrund gesetzlicher Befugnisse zu treffen. Ein auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichteter Rechtsbehelf des Normadressaten unmittelbar gegenüber dem Normgeber kommt hingegen allenfalls dann in Betracht, wenn die Rechtsnorm unmittelbar Rechte und Pflichten des Normadressaten begründet, ohne dass eine Konkretisierung oder Individualisierung durch Verwaltungsvollzug vorgesehen oder möglich ist.

[24] Nach Maßgabe dieser Grundsätze steht vorliegend ein hinreichend konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin als Rechtsträgerin der Bundesnetzagentur im Streit. Die Antragstellerin hat dem Gericht mit dem Antrag auf vorläufige Feststellung einen hinreichend konkreten Sachverhalt zur Beurteilung unterbreitet. Die Antragstellerin begehrt nicht die abstrakte Klärung der Vereinbarkeit der angegriffenen gesetzlichen Regelung mit höherrangigem bzw. im Falle des Unionsrechts jedenfalls vorrangig anwendbarem Recht aufgrund eines noch ungewissen Sachverhalts. Vielmehr bezieht sich die begehrte Feststellung auf die Bindung der Antragstellerin als Erbringerin öffentlich zugänglicher Internetzugangsdienste für Endnutzer an die durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG angeordnete und ab dem 1. Juli 2017 geltende Speicherpflicht von Telekommunikationsverkehrsdaten ihrer Kunden, denen sie den Internetzugang vermittelt. Die Pflicht zur Speicherung dieser Telekommunikationsverkehrsdaten ergibt sich zwar unmittelbar aus den angegriffenen Rechtsnormen und bedarf insoweit keines gesonderten Vollzugsaktes mehr, um eine unmittelbar grundrechtsrelevante Wirkung gegenüber der Antragstellerin zu entfalten. Allerdings ist der Bundesnetzagentur als Auf-

sichtsbehörde nach näherer Maßgabe von § 115 TKG die gesetzliche Befugnis eingeräumt, individuelle Anordnungen und andere Maßnahmen gegenüber der Antragstellerin zu treffen, um die Einhaltung (auch) der durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG angeordneten Speicherpflicht sicherzustellen. Die von der Antragstellerin zunächst außergerichtlich erstrebte Bestätigung der Bundesnetzagentur, aufgrund einer behaupteten Verfassungs- und Unionsrechtsrechtswidrigkeit der gesetzlichen Regelung nicht zur Speicherung verpflichtet zu sein, hatte die Bundesnetzagentur abgelehnt und so zum Ausdruck gebracht, dass sie in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde von der Antragstellerin die Erfüllung ihrer gesetzlich angeordneten Speicherpflicht erwartet.

[25] Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist als Antrag auf Erlass einer Sicherungsanordnung im Sinne von § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO statthaft. Eine Sicherungsanordnung ist statthaft, weil die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts der Antragstellerin vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Bei der Sicherungsanordnung handelt es sich um eine zustandsichernde Maßnahme; sie dient der Bewahrung des status quo. Hingegen ist eine Regelungsanordnung auf die vorläufige Veränderung des status quo durch eine dem Antragsteller günstige Interimsentscheidung gerichtet und bewirkt die vorläufige Begründung oder Erweiterung einer bis dahin nicht innegehabten Rechtsposition.

[27] 2. Für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung besteht auch trotz des hier geltend gemachten vorbeugenden Rechtsschutzes ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gewaltenteilung und des im Ausgangspunkt reaktiv konzipierten Gebots eines effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich nicht vorbeugend ausgestaltet. Ein Abweichen von dieser Grundentscheidung kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der nachträgliche Rechtsschutz mit unzumutbaren Nachteilen für den Betroffenen verbunden wäre. Danach ist für einen vorbeugenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO – ebenso wie für eine in der Hauptsache erhobene vorbeugende Feststellungsklage – ein qualifiziertes, gerade auf die Inanspruchnahme vorbeugenden vorläufigen Rechtsschutzes gerichtetes Rechtsschutzbedürfnis notwendig. Dieses ist grundsätzlich zu verneinen, solange der Antragsteller in zumutbarer Weise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung im Regelfall als angemessen und ausreichend angesehenen nachträgli-

chen Rechtsschutz verwiesen werden kann. Es ist in der Regel zumutbar, die Verwaltungsmaßnahme abzuwarten und anschließend Rechtsmittel gegen die Verwaltungsmaßnahme einzulegen sowie – falls erforderlich – um vorläufigen Rechtsschutz nach §§ 80, 80a VwGO nachzusuchen. Ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis ist hingegen zu bejahen, wenn ohne die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes die Gefahr bestünde, dass vollendete, nicht mehr rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen würden oder wenn ein nicht mehr wiedergutzumachender Schaden entstünde.

[29] Nach diesen Grundsätzen ist die Antragstellerin mit ihrem Rechtsschutzbegehren ausnahmsweise nicht darauf zu verweisen, den Erlass auf die Einhaltung der befristeten Speicherpflicht aus § 113a Abs. 1 i.V.m § 113b Abs. 1 und 3 TKG gerichteter Anordnungen oder Maßnahmen der Bundesnetzagentur nach näherer Maßgabe von § 115 TKG abzuwarten. Denn eine vorsätzliche oder jedenfalls fahrlässige Nichterfüllung der Speicherpflicht aus § 113b Abs. 1 und 3 TKG stellt zugleich gemäß § 149 Abs. 1 Nr. 36 TKG eine Ordnungswidrigkeit dar, die durch die Bundesnetzagentur nach § 149 Abs. 2 Nr. 1 TKG mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 500.000 Euro geahndet werden kann. Die Antragstellerin unter diesen Umständen auf die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes gegen ordnungsrechtliche Maßnahmen der Bundesnetzagentur bzw. gegen einen etwaigen Bußgeldbescheid der Bundesnetzagentur zu verweisen bedeutete mithin, sie dem Risiko einer Ahndung auszusetzen. Der Verweis auf die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes wäre daher mit unzumutbaren Nachteilen für die Antragstellerin verbunden.

[30] B) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist auch begründet. Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann eine einstweilige Anordnung zur Sicherung eines Rechts des Antragstellers getroffen werden, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung dieses Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Hierbei sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bestehen eines zu sichernden Rechts (Anordnungsanspruch) und die besondere Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) glaubhaft zu machen. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert in diesem Zusammenhang nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Droht dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über den Randbereich hinausgehende Verletzung

in seinen Rechten, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist – erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptverfahren geltend gemachten Anspruchs – einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe entgegenstehen. Ist dem Gericht hingegen eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit, des Umfangs der noch erforderlichen Ermittlungen oder der Komplexität der zu behandelnden Rechtsfragen nicht möglich, erfordert die Garantie effektiven Rechtsschutzes durch Art. 19 Abs. 4 GG im Rahmen von § 123 VwGO grundsätzlich anhand einer umfassenden Folgenabwägung zu entscheiden, wobei insbesondere grundrechtliche Belange umfassend in die Abwägung einzustellen sind.

[32] Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung der Rechte der Antragstellerin nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO geboten. Die Antragstellerin hat mit ihrem Beschwerdevorbringen sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Auch eine ggf. hilfsweise vorzunehmende Folgenabwägung muss unter den hier vorliegenden Umständen zugunsten der Antragstellerin ausfallen.

[33] 1. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die der Antragstellerin als Erbringerin öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG auferlegte Pflicht zur Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten ihrer Kunden, denen sie Internetzugangsdienste erbringt, ist wie die durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b TKG geregelte Pflicht zur Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten insgesamt mit Unionsrecht nicht vereinbar und verletzt die Antragstellerin jedenfalls in ihrer durch Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geschützten unternehmerischen Freiheit.

[34-36] a) Nach einer Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen zur Reichweite und zu den materiellrechtlichen Anforderungen des im vorliegenden Zusammenhang maßgeblichen Unionsrechts durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 21. Dezember 2016 in den verbundenen Rechtsachen „Tele2 Sverige AB und Watson“, steht fest, dass die durch § 113a Abs. 1 TKG i.V.m. § 113b TKG für die Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer geregel-

te Pflicht zur Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation – Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation – (ABl. L 201, S. 37) zuletzt geändert durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 (ABl. L 337 S. 11) im Lichte der Grundrechte aus Art. 7, 8 und 11 sowie Artikel 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unvereinbar ist. Dies folgt jedenfalls daraus, dass die Speicherpflicht keinen Zusammenhang zwischen den auf Vorrat zu speichernden Daten und dem durch das Gesetz verfolgten Zweck der Bekämpfung schwerer Straftaten bzw. der Abwehr schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Sicherheit verlangt, sondern unterschiedslos ohne jede personelle, zeitliche oder geographische Begrenzung nahezu sämtliche Nutzer der von § 113b TKG erfassten Telekommunikationsmittel erfasst.

[37-44] aa) Die durch § 113a Abs. 1 TKG i.V.m. § 113b TKG angeordnete Verpflichtung der Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer zur Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten ist an Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG zu messen. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften erlassen dürfen, die die durch die Richtlinie geregelten Rechte und Pflichten, insbesondere im Zusammenhang mit dem durch Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG garantierten Schutz der Vertraulichkeit elektronischer Kommunikation und der damit verbundenen Verkehrsdaten, beschränken, sofern eine solche Beschränkung gemäß Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281, S. 31) für die nationale Sicherheit, die Landesverteidigung, die öffentliche Sicherheit sowie die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig ist. Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten unter anderem durch Rechtsvorschriften vorsehen, dass Daten aus den in diesem Absatz aufgeführten Gründen während einer begrenzten Zeit aufbewahrt werden. Alle in diesem Absatz genannten Maßnahmen müssen den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts einschließlich den

in Art. 6 Abs. 1 und 2 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegten Grundsätzen entsprechen. Soweit nach der Feststellung der Ungültigkeit der Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG (ABl. L 105/54) durch den Gerichtshof der Europäischen Union, Telekommunikationsdienste zur Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten, die nicht (mehr) der Umsetzung konkreter Vorgaben aus der Richtlinie 2006/24/EG dienen, überhaupt (noch) am Maßstab des Unionsrechts, insbesondere am Maßstab von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG zu messen sind, ist diese Frage jedenfalls inzwischen durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 21. Dezember 2016 in den verbundenen Rechtssachen „Tele2 Sverige AB und Watson“, dem im Ausgangspunkt die Vereinbarkeit sich an den Vorgaben der Richtlinie 2006/24/EG orientierender schwedischer und britischer Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung zugrunde lag, zweifelsfrei geklärt. Hiernach gilt, dass eine nationale Rechtsvorschrift, die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste vorschreibt, Verkehrs- und Standortdaten auf Vorrat für die Zwecke der Strafverfolgung bzw. der Gefahrenabwehr zu speichern, in den Geltungsbereich von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG fällt, weil damit zwangsläufig eine Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste verbunden ist. Dem steht auch nicht die Regelung in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG entgegen, wonach die Richtlinie insbesondere nicht für die Tätigkeiten des Staates betreffend die öffentliche Sicherheit, die Landesverteidigung, die Sicherheit des Staates (einschließlich seines wirtschaftlichen Wohls, wenn die Tätigkeit die Sicherheit des Staates berührt) und die Tätigkeit des Staates im strafrechtlichen Bereich gilt. Zwar beziehen sich die Rechtsvorschriften, um die es in Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG geht, auf spezifische Tätigkeiten des Staates oder staatlicher Stellen, die mit den Tätigkeitsbereichen von Einzelpersonen nichts zu tun haben. Auch decken sich diese Zweckbestimmungen, denen die Rechtsvorschriften nach dieser Bestimmung entsprechen müssen – Schutz der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung und der öffentlichen Sicherheit sowie Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen –, im Wesentlichen mit den Zielen, die mit den in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie genannten Tätigkeiten ver-

folgt werden. In Anbetracht der Systematik der Richtlinie 2002/58/EG erlaubt dies jedoch nicht den Schluss, dass die Rechtsvorschriften im Sinne des Art. 15

Abs. 1 der Richtlinie von deren Geltungsbereich ausgeschlossen sind, da dieser Bestimmung damit jede praktische Wirksamkeit genommen würde. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie setzt nämlich zwangsläufig voraus, dass die dort genannten nationalen Vorschriften, wie Vorschriften über die Aufbewahrung von Daten zum Schutz der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung und der öffentlichen Sicherheit sowie Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen, in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, da diese Richtlinie die Mitgliedstaaten zum Erlass solcher Vorschriften ausdrücklich nur dann ermächtigt, wenn die in Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen Voraussetzungen eingehalten werden.

[46-78] bb) In der Auslegung, die Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG durch den Gerichtshof der Europäischen Union gefunden hat, steht die Vorschrift einer nationalen Regelung zur Vorratsdatenspeicherung wie der hier zu beurteilenden deutschen Regelung jedenfalls dann entgegen, wenn die Speicherpflicht – unabhängig von einer nur auf die Verfolgung schwerer Straftaten bzw. die Abwehr schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Sicherheit beschränkten und unter einem strikten Richtervorbehalt stehenden Zugriffsmöglichkeit der Sicherheitsbehörden auf die gespeicherten Daten sowie ausreichender Vorkehrungen zur Datensicherheit – keinerlei Zusammenhang zwischen den auf Vorrat zu speichernden Daten und dem durch das Gesetz verfolgten Zweck der Bekämpfung schwerer Straftaten bzw. der Abwehr schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Sicherheit verlangt, sondern unterschiedslos ohne jede personelle, zeitliche oder geographische Begrenzung sämtliche Nutzer der von § 113b TKG erfassten Telekommunikationsmittel erfasst. Im Einzelnen hat der Gerichtshof diese Anforderungen einer an den Grundrechten aus Art. 7, 8 und 11 sowie Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union orientierten Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG entnommen. Das Erfordernis einer grundrechtsorientierten Auslegung ergibt sich bereits unmittelbar aus der Regelung in Art. 15 Abs. 1 Satz 3 der Richtlinie 2002/58/EG, die ausdrücklich bestimmt, dass alle nach dieser Vorschrift ergriffenen Maßnahmen den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, einschließlich den in Art. 6 Abs. 1 und 2 des Vertrages über die Europäische Union niedergelegten Grundsätzen entsprechen müssen, zu denen neben den sog. allgemeinen

Grundsätzen des Unionsrechts auch die Grundrechte gehören, die nunmehr durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewährleistet werden. Aus dem 2. Erwägungsgrund der Richtlinie folgt dabei, dass der Unionsgesetzgeber mit der Richtlinie insbesondere den Schutz des durch Art. 7 der Charta garantierten Rechts jeder Person auf Achtung ihres Privatlebens und des durch Art. 8 der Charta garantierten Rechts jeder Person auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten achten will, so dass die Auslegung des Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie in erster Linie anhand dieser Grundrechte zu erfolgen hat. Zu berücksichtigen ist zudem das durch Art. 11 der Charta garantierte Recht auf freie Meinungsäußerung, das eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft darstellt, die zu den Werten gehört, auf die sich die Europäische Union nach Art. 2 des Vertrages über die Europäische Union gründet. Eine Einschränkung der genannten Grundrechte muss nach Art. 52 Abs. 1 der Charta gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte und Freiheiten nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich und von der Europäischen Union anerkannt, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Dieser letzte Gesichtspunkt wird dabei durch Art. 15 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG insoweit aufgegriffen, als dass die Mitgliedstaaten eine Vorschrift erlassen können, die von dem Grundsatz der Vertraulichkeit von Kommunikation und der damit verbundenen Verkehrsdaten abweicht, sofern dies in Anbetracht der dort genannten Ziele „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig“ ist. Die sich aus den hiernach zu berücksichtigenden Grundrechten ergebenden Maßstäbe für die Zulässigkeit von Maßnahmen der Vorratsdatenspeicherung hat der Gerichtshof im Ausgangspunkt bereits in seinem Urteil zur Nichtigkeit der Richtlinie 2006/24/EG in der Rechtssache „Digital Rights“ dargelegt. Hiernach gilt zunächst, dass es für die Feststellung des Vorliegens eines Eingriffs in das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 7 der Charta nicht darauf ankommt, ob die betreffenden Informationen über das Privatleben sensiblen Charakter haben oder ob die Betroffenen durch den Eingriff Nachteile erlitten haben könnten. Daraus folgt, dass die den Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste und den Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes auferlegte Pflicht, Daten über das Privatleben einer Person und

ihrer Kommunikationsvorgänge während eines bestimmten Zeitraums auf Vorrat zu speichern, bereits als solche einen Eingriff in das durch Art. 7 der Charta garantierte Recht darstellt. Zudem stellt der Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu diesen Daten einen zusätzlichen Eingriff in dieses Grundrecht dar. Da Maßnahmen der Vorratsdatenspeicherung mit einer Verarbeitung personenbezogener Daten verbunden sind, liegt neben einem Eingriff in Art. 7 der Charta auch ein Eingriff in das durch Art. 8 der Charta garantierte Grundrecht jeder Person auf den Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten vor. Weiterhin hat der Gerichtshof anerkannt, dass Maßnahmen der Vorratsdatenspeicherung wie die im dortigen Verfahren in Rede stehenden angesichts der mit ihnen bezweckten Zielsetzung der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten sowie der Bekämpfung des internationalen Terrorismus zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung der Europäischen Union verfolgen, und grundsätzlich geeignet sind, die durch Art. 7 und Art. 8 der Charta gewährleisteten Freiheiten gemäß Art. 52 Abs. 1 der Charta wirksam zu beschränken, allzumal nach Art. 6 der Charta jeder Mensch nicht nur das Recht auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit hat. Für die Bewältigung des sich hieraus ergebenden Spannungsfeldes im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 52 Abs. 1 der Charta hat der Gerichtshof in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte angenommen, dass der dem (Unions-) Gesetzgeber grundsätzlich zuzubilligende Gestaltungsspielraum eingeschränkt sein kann, wenn Grundrechtseingriffe in Rede stehen. Ausschlaggebend sind insoweit insbesondere der betroffene Sachbereich und das Wesen des fraglichen durch die Grundrechtecharta gewährleisteten Rechts sowie die Art und die Schwere des Eingriffs und dessen Zielsetzung. Für die seinerzeit konkret zu beurteilende Vorratsdatenspeicherung nach der Richtlinie 2006/24/EG nahm der Gerichtshof auf dieser Grundlage angesichts der besonderen Bedeutung des Schutzes personenbezogener Daten für das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens einerseits und des Ausmaßes und der Schwere des mit der Richtlinie verbundenen Eingriffs in dieses Recht andererseits – die Speicherung erfasste insbesondere die Verkehrsdaten für alle gängigen elektronischen Kommunikationsmittel wie Festnetz, Mobilfunk, Internetzugang, Internet-E-Mail und Internettelefonie, sowie alle Teilnehmer und registrierten Benutzer – eine Einschränkung des Gestaltungsspielraums des (Unions-) Gesetzgebers an, so dass die Richtlinie einer „strikten Kontrolle“ durch den Gerichtshof unterlag. Dies bedeutete einerseits,

dass der Gerichtshof zwar die Geeignetheit der durch die Richtlinie ermöglichten Vorratsdatenspeicherung als ein nützliches Mittel strafrechtlicher Ermittlungen nicht in Frage stellte und auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit die Bedeutung moderner Ermittlungstechniken für die Wirksamkeit der Bekämpfung schwerer Kriminalität, insbesondere der organisierten Kriminalität und des Terrorismus hervorhob. Andererseits betonte der Gerichtshof jedoch, dass eine solche dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung, so grundlegend sie auch sein mag, für sich genommen die Erforderlichkeit einer Speichermaßnahme wie die durch die Richtlinie vorgesehene für die Kriminalitätsbekämpfung nicht rechtfertigt. Vielmehr verlangt der Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens, dass sich die Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Einschränkungen auf das absolut Notwendige beschränken müssen. Die Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung müssen – insoweit wiederum unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der fraglichen Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, so dass die Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert wurden, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz ihrer personenbezogenen Daten vor Missbrauchsrisiken sowie vor jedem unberechtigten Zugang zu diesen Daten und jeder unberechtigten Nutzung ermöglichen. Auf der Grundlage dieses Erforderlichkeitsmaßstabs stützte der Gerichtshof seine Schlussfolgerung, dass die Richtlinie 2006/24/EG keine klaren und präzisen Regeln enthielt, die zu gewährleisten vermochten, dass sich der Eingriff tatsächlich auf das absolut Notwendige beschränkte, auf drei unterschiedliche Beanstandungen: Erstens erfasste die Speicherpflicht generell alle Personen und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie sämtliche Verkehrsdaten, ohne eine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des Ziels der Bekämpfung schwerer Straftaten vorzusehen. Sie galt also auch für Personen, bei denen keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass ihr Verhalten in einem auch nur mittelbaren oder entfernten Zusammenhang mit schweren Straftaten stehen könnte. Zudem sah sie keine Ausnahme vor, so dass sie auch für Personen galt, deren Kommunikationsvorgänge nach den nationalen Rechtsvorschriften dem Berufsgeheimnis unterlagen. Namentlich beanstandete der Gerichtshof, dass die Richtlinie zwar zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beitragen sollte, aber keinen Zusammenhang zwischen den Daten, deren Vorratsspeicherung vorgesehen war, und einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit verlangte. Insbesondere

beschränkte sich die Vorratsspeicherung weder auf die Daten eines bestimmten Zeitraums und/oder eines bestimmten geographischen Gebiets und/oder eines bestimmten Personenkreises, der in irgendeiner Weise in eine schwere Straftat verwickelt sein könnte, noch auf Personen, deren auf Vorrat gespeicherte Daten aus anderen Gründen zur Verhütung, Feststellung oder Verfolgung schwerer Straftaten beitragen können. Zweitens rügte der Gerichtshof das Fehlen eines objektiven Kriteriums, das es ermöglichte, den Zugang zu den Daten und ihre spätere Nutzung zwecks Verhütung, Feststellung oder strafrechtlicher Verfolgung auf Straftaten zu beschränken, deren Bedeutung das Ausmaß und die Schwere des Eingriffs in die Art. 7 und Art. 8 der Charta verankerten Grundrechte rechtfertigen können. Gerügt wurde ferner, dass die Richtlinie keine materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen enthielt, die den Zugang der Behörden zu den Daten regelten. Dieser Mangel betraf namentlich das Fehlen von Regelungen über genau abgegrenzte schwere Straftaten und die sie betreffende Strafverfolgung. Die gleiche Rüge galt für das Fehlen von Verfahrensvorschriften, die gewährleisten, dass der Zugang auf das absolut Notwendige beschränkt wurde, vor allem durch Vorschriften, die eine vorherige Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle vorsahen. Drittens beanstandete der Gerichtshof, dass die Richtlinie hinsichtlich der Dauer der Vorratsspeicherung vorsah, dass die Daten für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten auf Vorrat zu speichern waren, ohne dass eine Unterscheidung zwischen den in der Richtlinie genannten Datenkategorien nach Maßgabe ihres etwaigen Nutzens für das verfolgte Ziel oder anhand der betroffenen Personen getroffen wurde. Zudem lag die Speicherfrist zwischen mindestens sechs Monaten und höchstens 24 Monaten, ohne dass ihre Festlegung auf objektiven Kriterien beruhen musste, die gewährleisten, dass sie auf das absolut Notwendige beschränkt wurde. Ergänzend zu diesen drei materiell-rechtlichen Beanstandungen rügte der Gerichtshof schließlich auch das Fehlen hinreichender Garantien zum Schutz vor Missbrauchsrisiken, insbesondere vor jedem unberechtigten Zugang zu den Daten und jeder unberechtigten Nutzung der Daten, namentlich das Fehlen von Vorschriften zu technischen oder organisatorischen Maßnahmen für ein besonders hohes Schutz- und Sicherheitsniveau. Soweit nach dem Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache „Digital Rights“ zunächst umstritten war, ob die dort angeführten Beanstandungen an der Ausgestaltung der Vorratsdatenspeicherung durch die Richtlinie 2006/24/EG als Ausdruck kumulativ zu beachtender Mindestanforderungen an die Zulässigkeit einer Vorratsspeicherung von Verkehrs- und

Standortdaten zu verstehen waren oder ob eine allgemeine Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung als solche nicht zwingend über das für die Bekämpfung schwerer Kriminalität absolut Notwendige hinausgeht, sofern mit ihr bestimmte Garantien hinsichtlich des Zugangs zu den Daten, der Dauer der Vorratsspeicherung und des Schutzes und der Sicherheit der Daten einhergehen, ist auch diese Frage mit dem Urteil des Gerichtshofs in den Rechtssachen „Tele2 Sverige AB und Watson“ geklärt. Der Gerichtshof ist diesem in den Vorlagenfragen angelegten und auch durch die Schlussanträge favorisierten „kompensatorischen“ Ansatz, den in ähnlicher Weise auch das Bundesverfassungsgericht seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung aus dem Jahr 2010 zugrunde gelegt hat, nicht gefolgt. Statt dessen hat er – über die konkret aufgeworfenen Vorlagefragen hinaus – allgemein und verbindlich dargelegt, welche materiell-rechtlichen Anforderungen sich aus Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG für die Zulässigkeit einer nationalen Regelungen zur Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ergeben. Ausgehend von dem Grundsatz, dass nach dem von der Richtlinie 2002/58/EG geschaffenen System die Vorratsspeicherung von Daten die Ausnahme zu sein hat, untersagt Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG im Lichte der Art. 7, Art. 8 und Art. 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta einem Mitgliedstaat nicht, eine Regelung zu erlassen, die zur Bekämpfung schwerer Straftaten vorbeugend die gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ermöglicht, sofern die Vorratsdatenspeicherung hinsichtlich der Kategorien der zu speichernden Daten, der erfassten elektronischen Kommunikationsmittel, der betroffenen Personen und der vorgesehenen Dauer der Vorratsspeicherung auf das absolut Notwendige beschränkt ist. Um diesem Erfordernis zu genügen, muss die betreffende nationale Regelung erstens klare und präzise Regeln über die Tragweite und die Anwendung einer solchen Maßnahme der Vorratsspeicherung vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, so dass die Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert wurden, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz ihrer personenbezogenen Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen. Sie muss insbesondere angeben, unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen eine Maßnahme der Vorratsspeicherung vorbeugend getroffen werden darf, um so zu gewährleisten, dass eine derartige Maßnahme auf das absolut Notwendige beschränkt wird. Zweitens können sich die materiellen Voraussetzungen, die eine nationale Regelung, die im Rahmen der Bekämpfung von Straftaten vorbeugend die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ermöglicht, erfüllen muss, um zu

gewährleisten, dass sie auf das absolut Notwendige beschränkt wird, zwar je nach den zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten getroffenen Maßnahmen unterscheiden, doch muss die Vorratsspeicherung der Daten stets objektiven Kriterien genügen, die einen Zusammenhang zwischen den zu speichernden Daten und dem verfolgten Ziel herstellen. Diese Voraussetzungen müssen insbesondere in der Praxis geeignet sein, den Umfang der Maßnahme und infolgedessen die betroffenen Personenkreise wirksam zu begrenzen. Bei der Begrenzung einer solchen Maßnahme im Hinblick auf die potentiell betroffenen Personenkreise und Situationen muss sich die nationale Regelung auf objektive Anknüpfungspunkte stützen, die es ermöglichen, Personenkreise zu erfassen, deren Daten geeignet sind, einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit schweren Straftaten sichtbar zu machen, auf irgendeine Weise zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beizutragen oder eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu verhindern. Eine solche Begrenzung lässt sich etwa durch ein geographisches Kriterium gewährleisten, wenn die zuständigen nationalen Behörden aufgrund objektiver Anhaltspunkte annehmen, dass in einem oder mehreren geographischen Gebieten ein erhöhtes Risiko besteht, dass solche Taten vorbereitet oder begangen werden. Zulässig ist nach den Vorgaben des Gerichtshofs auch, die Vorratsspeicherung auf die Daten eines bestimmten Zeitraums, oder eines bestimmten Personenkreises, der in irgendeiner Weise in eine schwere Straftat verwickelt sein könnte bzw. dessen auf Vorrat gespeicherte Daten aus anderen Gründen zur Bekämpfung von Straftaten beitragen könnten, zu beschränken. Die Frage nach den aus Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG i.V.m. mit Art. 7, Art. 8, Art. 11 und des Art. 52 Abs. 1 der Charta folgenden Anforderungen an nationale Regelungen, die den Schutz und die Sicherheit der Verkehrs- und Standortdaten, insbesondere den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den auf Vorrat gespeicherten Daten, zum Gegenstand haben, ist nach der Auffassung des Gerichtshofs unabhängig davon zu beantworten, ob eine Vorratsdatenspeicherung im Sinne der vorstehenden Kriterien generell oder gezielt erfolgt.

[80-87] cc) Jedenfalls diesem hiernach zwingend zu beachtenden Erfordernis einer Beschränkung des von der Vorratsdatenspeicherung betroffenen Personenkreises auf diejenigen Personen, deren Daten geeignet sind, einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit schweren Straftaten sichtbar zu machen, auf irgendeine Weise zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beizutragen oder eine schwerwiegende Gefahr für die öffentli-

che Sicherheit zu verhindern, genügt die Regelung des § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b TKG erkennbar nicht. Sie sieht vielmehr eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung nahezu sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten nahezu aller Endnutzer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste in Bezug auf nahezu alle elektronischen Kommunikationsmittel vor.

Im Einzelnen bezieht sich die Speicherpflicht für den Fall der Erbringung öffentlich zugänglicher Telefondienste gemäß § 113b Abs. 2 Satz 1 TKG auf die Rufnummer oder eine andere Kennung des anrufenden und des angerufenen Anschlusses sowie bei Um- oder Weiterschaltungen jedes weiteren beteiligten Anschlusses (Nr. 1), Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Verbindung unter Angabe der zu Grunde liegenden Zeitzone (Nr. 2) und Angaben zu dem genutzten Dienst, wenn im Rahmen des Telefondienstes unterschiedliche Dienste genutzt werden können (Nr. 3), im Fall mobiler Telefondienste ferner die internationale Kennung mobiler Teilnehmer für den anrufenden und den angerufenen Anschluss (Nr. 4a), die internationale Kennung des anrufenden und des angerufenen Endgeräts (Nr. 4b) sowie Datum und Uhrzeit der ersten Aktivierung des Dienstes unter Angabe der zu Grunde liegenden Zeitzone, wenn Dienste im Voraus bezahlt wurden (Nr. 4c). Im Fall von Internet-Telefondiensten sind auch die Internetprotokoll-Adressen des anrufenden und des angerufenen Anschlusses und zugewiesene Benutzerkennungen zu speichern. Dieselben Daten sind nach § 113b Abs. 2 Satz 2 TKG ferner zu erheben, bei der Übermittlung einer Kurz-, Multimedia- oder ähnlichen Nachricht, wobei an die Stelle von Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Verbindung insoweit die Zeitpunkte der Versendung und des Empfangs der Nachricht treten (Nr. 1) sowie für unbeantwortete oder wegen eines Eingriffs des Netzwerkmanagements erfolglose Anrufe, soweit der Erbringer öffentlich zugänglicher Telefondienste die in Satz 1 genannten Verkehrsdaten für die in § 96 Abs. 1 Satz 2 genannten Zwecke speichert oder protokolliert. Nach § 113b Abs. 3 TKG speichern die Erbringer öffentlich zugänglicher Internetzugangsdienste die dem Teilnehmer für eine Internetnutzung zugewiesenen Internetprotokoll-Adresse (Nr. 1), eine eindeutige Kennung des Anschlusses, über den die Internetnutzung erfolgt, sowie eine zugewiesene Benutzerkennung (Nr. 2) und Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Internetnutzung unter der zugewiesenen Internetprotokoll-Adresse unter Angabe der zugrunde liegenden Zeitzone (Nr. 3). Neben diesen Verkehrsdaten sind gemäß § 113b Abs. 4 TKG im Fall der Nutzung mobiler Telefondienste zudem die Bezeichnungen der Funkzellen zu speichern, die durch den anrufenden und den angerufenen Anschluss bei Beginn

der Verbindung genutzt wurden. Bei öffentlich zugänglichen Internetzugangsdiensten ist im Fall der mobilen Nutzung die Bezeichnung der bei Beginn der Internetverbindung genutzten Funkzelle zu speichern. Zusätzlich sind die Daten vorzuhalten, aus denen sich die geographische Lage und die Hauptstrahlrichtungen der die jeweilige Funkzelle versorgenden Funkantennen ergeben. Hingegen dürfen nach § 113b Abs. 5 TKG der Inhalt der Kommunikation, Daten über aufgerufene Internetseiten sowie Daten von Diensten der elektronischen Post aufgrund dieser Vorschriften nicht gespeichert werden. In personeller Hinsicht sind nach § 113b Abs. 6 TKG allein Verkehrsdaten von Personen, Behörden und Organisationen in sozialen oder kirchlichen Bereichen, die grundsätzlich anonym bleibenden Anrufern ganz oder überwiegend telefonische Beratung in seelischen oder sozialen Notlagen anbieten und die selbst oder deren Mitarbeiter insoweit besonderen Verschwiegenheitsverpflichtungen unterliegen, ausgenommen. Die Daten sonstiger Berufsheimnisträger werden erst im Rahmen der Zugriffsregelungen für die Strafverfolgungsbehörden nach Maßgabe von § 100g Abs. 4 i.V.m. § 53 StPO geschützt. Die Speicherfrist beträgt gemäß § 113b Abs. 1 TKG für Standortdaten vier Wochen, im Übrigen zehn Wochen. Nach Ablauf der Speicherfrist sind die Daten gemäß § 113b Abs. 7 TKG irreversibel zu löschen. Gemessen an den durch den Gerichtshof nunmehr unionsrechtlich vorgegebenen Anforderungen kann zudem nicht mehr entscheidend ins Gewicht fallen, dass der Gesetzgeber mit der durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b TKG geregelten Speicherpflicht, bewusst hinter den Vorgaben aus Art. 3 i.V.m. Art. 5 der Richtlinie 2006/24/EG und der deren Umsetzung dienenden Vorgängerregelung des § 113a TKG in der Fassung von Art. 2 Nr. 6 des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198) zurückgeblieben ist, um den seinerzeit erkennbaren verfassungs- und unionsrechtlichen Maßstäben zu genügen. Die Unterschiede bestehen dabei maßgeblich in zwei Punkten. Zum einen erstreckt sich die Speicherpflicht gemäß § 113b Abs. 5 TKG nunmehr ausdrücklich nicht auf die Daten von Diensten der elektronischen Post, während nach § 113a Abs. 3 TKG a.F. die Anbieter von Diensten der elektronischen Post verpflichtet waren, bei Versendung einer Nachricht die Kennung des elektronischen Postfachs und die Internetprotokoll-Adresse des Absenders sowie die Kennung des elektronischen Postfachs jedes Empfängers der Nachricht (Nr. 1), bei Eingang einer Nachricht in einem elektronischen Postfach die Kennung des elektronischen Postfachs des

Absenders und des Empfängers der Nachricht sowie die Internetprotokoll-Adresse der absendenden Telekommunikationsanlage (Nr. 2), bei Zugriff auf das elektronische Postfach dessen Kennung und die Internetprotokoll-Adresse des Abrufenden (Nr. 3) sowie die Zeitpunkte der in den Nr. 1 - 3 genannten Nutzungen des Dienstes nach Datum und Uhrzeit unter Angabe der zugrunde liegenden Zeitzone (Nr. 4) zu speichern. Zum anderen sieht § 113b Abs. 1 TKG mit einer Speicherdauer von zehn Wochen für Verkehrsdaten und lediglich vier Wochen für Standortdaten eine gegenüber einer pauschalen Speicherfrist von sechs Monaten in § 113a Abs. 1 Satz 1 TKG a.F. verkürzte und gegenüber einer pauschalen Speicherfrist von mindestens sechs Monaten bis höchstens zwei Jahren in Art. 6 der Richtlinie 2006/24/EG eine erheblich verkürzte Speicherdauer vor. Zudem sind nach § 113b Abs. 6 i.V.m. § 99 Abs. 2 Satz 1 TKG Verkehrsdaten von Personen, Behörden und Organisationen in sozialen oder kirchlichen Bereichen, die grundsätzlich anonym bleibenden Anrufern ganz oder überwiegend telefonische Beratung in seelischen oder sozialen Notlagen anbieten, und die selbst oder deren Mitarbeiter insoweit besonderen Verschwiegenheitsverpflichtungen unterliegen, von der Speicherpflicht ausgenommen. Diese Umstände sind zwar im Ausgangspunkt durchaus geeignet, die Schwere des mit der Speicherpflicht einhergehenden Eingriffs in die Grundrechte der Nutzer zu mildern, was auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bei der Bestimmung des dem Gesetzgeber zuzubilligenden Gestaltungsspielraums und bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Beschränkung der grundrechtlich garantierten Freiheiten zu berücksichtigen ist. In Anbetracht der durch den Gerichtshof in seinem Urteil vom 21. Dezember 2016 nunmehr verbindlich dargelegten Anforderungen an die Zulässigkeit einer Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten fallen diese Unterschiede indes nicht so deutlich ins Gewicht, dass vernünftigerweise angenommen werden könnte, dass für eine Beurteilung der hier in Rede stehenden Regelung in § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b TKG gänzlich andere Anforderungen aufzustellen wären. Insbesondere verbleibt es auch nach der Neuregelung dabei, dass die Speicherpflicht hinsichtlich der betroffenen Personen, der erhobenen Verkehrs- und Standortdaten und der erfassten Telekommunikationsmittel die Regel ist, obwohl nach dem mit der Richtlinie 2002/58/EG geschaffenen System die Vorratsspeicherung von Daten die Ausnahme zu sein hat. Zugleich ersetzen diese Einschränkungen nicht die durch den Gerichtshof geforderten objektiven Kriterien, die es ermöglichen, Personenkreise zu erfassen, deren Daten geeignet sind, einen zumindest mittelbaren Zu-

sammenhang mit dem gesetzgeberischen Ziel der Verfolgung schwerer Straftaten bzw. der Abwehr einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit herzustellen. Die Regelung ist daher im Sinne des Unionsrechts nicht auf das absolut Notwendige beschränkt. Ob die durch § 113a Abs. 1 TKG i.V.m. § 113b TKG angeordnete Verpflichtung der Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste zur Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten auch deshalb mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG unvereinbar ist, weil – wie die Antragstellerin mit ihrem Beschwerdevorbringen rügt – die Regelung des § 113c Abs. 1 Nr. 3 TKG eine Verwendung der gespeicherten Daten durch die Erbringer öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für eine Datenermittlung für eine Bestandsdatenauskunft nach § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG zulässt, ohne insoweit auf das Ziel der Bekämpfung schwerer Straftaten oder der Abwehr schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Sicherheit beschränkt zu sein, kann hiernach offen bleiben. Weitere etwaige Einwände verfassungs- oder unionsrechtlicher Art sind gegen die durch § 113a Abs. 1 TKG i.V.m. § 113b TKG angeordnete Speicherpflicht mit dem Beschwerdevorbringen nicht erhoben worden und daher gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO von vornherein nicht Prüfungsgegenstand des Senats.

[88-94] b) Die Antragstellerin wird durch die ihr mit § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG auferlegte, aber mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG unvereinbare Speicherpflicht und den damit verbundenen technischen und finanziellen Aufwand jedenfalls in ihrer durch Art. 16 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierten unternehmerischen Freiheit verletzt. In Anbetracht dessen kann dahinstehen, ob sich die Antragstellerin zudem auf die weiteren mit ihrem Beschwerdevorbringen geltend gemachten Grundrechte berufen kann, was nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gewonnenen Einschätzung des Senats allerdings grundlegendere verfassungsrechtliche- und unionsrechtliche Fragestellungen berührt, deren abschließende Klärung allein in einem Hauptsacheverfahren möglich wäre. Zutreffend geht die Antragstellerin im Ausgangspunkt davon aus, dass die hier im Streit stehende Speicherpflicht wegen des zwar unionsrechtlich durch Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG determinierten, aber in der konkreten Ausgestaltung nicht vollständig dem Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers entzogenen Regelungsgegenstands sowohl am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes als auch der Unionsgrundrechte zu messen ist. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

müssen deutsche Gesetze, soweit sie einen solchen Spielraum ausfüllen, den Grundrechten des Grundgesetzes genügen. Das Unionsrecht steht ungeachtet der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte seinerseits einer Anwendung mitgliedstaatlicher Grundrechte innerhalb dieses Spielraums nicht entgegen, soweit dadurch keine unionsrechtlichen Vorgaben verletzt werden. a) Der Senat lässt offen, ob sich die Antragstellerin als Erbringerin öffentlicher Telekommunikationsdienste ebenso wie deren Nutzer auf das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Telekommunikationsgeheimnis berufen kann. Entgegen der durch das Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung scheint der Kreis der durch Art. 10 Abs. 1 GG berechtigten Grundrechtsträger im Licht der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls nicht gänzlich geklärt. Hiernach sind Grundrechtsträger zuvörderst und insoweit unstreitig die tatsächlichen Telekommunikationsteilnehmer, d.h. alle natürlichen oder gemäß Art. 19 Abs. 3 GG inländischen juristischen Personen, die zu privaten oder geschäftlichen Zwecken einen Telekommunikationsdienst wie insbesondere Telefondienste, Dienste der elektronischen Post oder Internet nutzen. Nicht abschließend geklärt ist hingegen, ob sich auch die Telekommunikationsmittler selber gegenüber dem Staat und seinen Sicherheitsbehörden auf Art. 10 Abs. 1 GG berufen können, wenn diese auf Telekommunikationsdaten ihrer Kunden zugreifen. So war jedenfalls in der früheren, noch zu Zeiten einer staatlich betriebenen Post ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass auch die Post gegenüber den staatlichen Sicherheitsbehörden dem Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG unterfiel, soweit sie zu Gunsten ihrer Kunden durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Kommunikationsdienstleistungen erbrachte. Gegenstand des Schutzes seien Kommunikationen, die wegen der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten auf Übermittlung durch Dritte, typischerweise die Post, angewiesen seien. Das Grundrecht solle jener Gefahr für die Vertraulichkeit der Mitteilung begegnen, die sich gerade aus der Einschaltung eines Übermittlers ergebe. Seine besondere Bedeutung gewinne es aus der Erfahrung, dass der Staat unter Berufung auf seine eigene Sicherheit sowie die Sicherheit seiner Bürger häufig zum Mittel der Überwachung privater Kommunikation gegriffen habe. Dabei komme es ihm zustatten, dass als Vermittler überwiegend die staatlich betriebene Post auftrete. Der Zugriff werde dadurch sowohl leichter als auch unauffälliger. Die Tragweite des Postgeheimnisses sei daher verkürzt, wenn man es primär als Schutz vor den Bediensteten der Post ansehe. Der Grundrechtsschutz beziehe sich historisch und aktuell vor allem auf die staatlichen Sicherheitsbehörden.

Dementsprechend solle Art. 10 Abs. 1 GG nicht nur den einzelnen gegenüber der Post, sondern auch Bürger und Post gegenüber anderen staatlichen Stellen schützen. Im verfassungsrechtlichen Schrifttum sind teils beachtliche Argumente gegen die frühere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgebracht worden; die Beurteilung fällt aber keineswegs eindeutig aus. Insbesondere wird eingewandt, dass eine Stellung von Kommunikationsunternehmen als Träger der Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1 GG allein für die eigene Kommunikation mit anderen, sowie die unternehmensinterne eigene Kommunikation zu bejahen sei. Kommunikationsunternehmen seien hingegen weder Träger noch Sachwalter der Kommunikationsfreiheit ihrer Kunden.

[98-104] Eine Rechtsverletzung der Antragstellerin läge indes auch dann nicht auf der Hand, wenn sie sich grundsätzlich auf das Telekommunikationsgeheimnis berufen könnte. Denn die hier allein dargelegte Unionsrechtswidrigkeit der Speicherpflicht aus § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG bedeutet nicht automatisch, dass sich dieselbe Regelung am Maßstab von Art. 10 Abs. 2 GG als verfassungswidrig erweist. Das Bundesverfassungsgericht ist jedenfalls in seinem Urteil zur ersten Vorratsdatenspeicherung zu dem Ergebnis gelangt, dass eine sechsmonatige Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten in dem seinerzeit vom Gesetzgeber in § 113a Abs. 1 bis 8 TKG vorgesehenen Umfang unter den seinerzeitigen Umständen nicht von vornherein als unverhältnismäßig angesehen werden könne. Für ihre verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit sei allerdings Voraussetzung, dass die Ausgestaltung der Speicherung und der Verwendung der Daten dem besonderen Gewicht einer solchen Speicherung angemessen Rechnung trage. Ob die Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 21. Dezember 2016 in den Rechtssachen „Tele2 Sverige AB und Watson“ zu einer materiellrechtlichen Annäherung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Art. 10 GG an diejenigen der Art. 7, Art. 8 und Art. 52 Abs. 1 der Charta führt, lässt sich gegenwärtig nicht absehen. Die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die europäische Grundrechtecharta oder sonstiges Unionsrecht für die verfassungsrechtliche Beurteilung der durch die Antragstellerin angegriffenen Regelung von Bedeutung sind, ist Teil derjenigen Fragen, deren Klärung das Bundesverfassungsgericht im Eilrechtsschutzverfahren nicht für geeignet hält und mit Blick auf die dort gegenwärtig anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahren der Hauptsachenentscheidung vorbehalten hat. b) Ist ein eigenes Recht der Antragstellerin schon hinsichtlich des durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützten Telekommunikationsge-

heimnisses jedenfalls nicht frei von grundlegenden Zweifeln, muss dies erst recht für die durch die Antragstellerin im vorliegenden Zusammenhang geltend gemachten Rechte aus Art. 7 und Art. 8 der Charta gelten. Dafür, dass sich die Antragstellerin in ihrer Funktion als Erbringerin öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste mit Blick auf die Telekommunikationsdaten ihrer Kunden in sinngemäßer Übertragung der vorstehend wiedergegebenen früheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsträgereigenschaft der Post auf das durch Art. 7 der Charta garantierte Recht jeder Person auf Achtung ihres Privatlebens oder das durch Art. 8 der Charta garantierte Recht jeder Person auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten berufen könnte, fehlt jeder Anhalt. Zwar können sich auf die genannten Garantien dem Grundsatz nach nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen und zwar auch hinsichtlich ihrer geschäftlichen Tätigkeit berufen, Allerdings stehen hier – soweit ersichtlich – stets die eigene Privatsphäre bzw. die eigenen personenbezogenen Daten in Rede, worauf im Übrigen auch schon der Wortlaut der genannten Bestimmungen jedenfalls stärker als im Rahmen von Art. 10 Abs. 1 GG hinweist.

[105-120] c) Entgegen dem Beschwerdevorbringen lässt sich zudem eine Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht ohne weiteres unter dem Gesichtspunkt der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit feststellen. Dabei geht der Senat davon aus, dass die durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG geregelte Speicherpflicht der Antragstellerin im Ausgangspunkt unzweifelhaft einen Eingriff im Sinne einer Berufsausübungsregelung in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Antragstellerin darstellt. Indes hat die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde nicht behauptet, dass in der Speicherpflicht für sich genommen wegen des mit ihrer Erfüllung verbundenen technischen und finanziellen Aufwands nach den hierfür durch das Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen, eine unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit liegt. Sie macht vielmehr allein geltend, dass es für den in der Speicherpflicht liegenden Eingriff in ihre Berufsausübungsfreiheit wegen der Unionsrechtswidrigkeit der Speicherpflicht an einer zur verfassungsmäßigen Ordnung gehörenden gesetzlichen Grundlage fehle und daher schon aus diesem Grund eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG vorliege. Diese Rechtsauffassung begegnet jedenfalls nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewichtigen Einwänden. Grundrechtlich geschützte Interessen können nach ständiger Rechtsprechung des Bundesver-

fassungsgerichts im Regelfall nur durch Normen eingeschränkt werden, die insoweit kann, wer durch eine Norm in seinen Grundrechten beeinträchtigt wird, auch rügen, dass die Bestimmungen des Grundgesetzes über die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten und das Verfahren nicht eingehalten worden sind. Ebenfalls kann gerügt werden, dass eine Norm nicht mit den obersten Grundwerten der freiheitlich demokratischen Grundordnung in Einklang steht oder den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Grundgesetzes widerspricht. Schon die durch die Antragstellerin aus dem verfassungsgerichtlich formulierten Grundsatz, eine Grundrechte beschränkende Norm müsse ihrerseits formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen, abgeleitete Schlussfolgerung, in diesem Rahmen seien auch stets Verstöße gegen Grundrechte Dritter in die Prüfung einzubeziehen, lässt sich aus der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts nicht gänzlich eindeutig belegen, auch wenn Vieles für diese Rechtsauffassung spricht. So hat das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage eines Eingriffs in dasjenige Grundrecht, dessen Schutzbereich verkürzt wurde, Grundrechte Dritter teilweise, aber durchaus nicht in allen Fällen als inzidenten Prüfungsmaßstab herangezogen auch wenn die Antragstellerin zutreffend darauf hinweist, dass das Bundesverfassungsgericht im allgemeinen Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Grundrechten Dritter im Verfassungsbeschwerdeverfahren die Aufgabe der Verfassungsbeschwerde, das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie zu seiner Ausbildung und Fortbildung zu dienen, betont und sich damit auch grundsätzlich offen für eine Einbeziehung von Grundrechten Dritter zeigt, Ungeachtet dieser verfassungsrechtlich nicht abschließend geklärten Frage ergeben sich aus dem hier allein zu prüfenden Unionsrecht keine formellen oder materiellen Anforderungen an nationale Gesetze – hier der § 113a Abs. 1 TKG i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG –, deren Verletzung ihre Gültigkeit in Frage stellen könnte. Da dem Unionsrecht nur ein Anwendungs-, aber kein Geltungsvorrang vor nationalem Recht zukommt, zieht ein Verstoß gegen Unionsrecht nach deutschem Recht weder ohne weiteres einen Verstoß gegen das Grundgesetz nach sich noch führt er zur Nichtigkeit der nationalen Regelung. Genügt die nationale Regelung den innerstaatlichen Rechtsvorschriften, bleibt sie jedenfalls nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein grundrechtliche Schutzbereiche wirksam beschränkendes Gesetz auch dann, wenn sie gegen Unionsrecht verstößt.

[134-136] Der in der Speicherpflicht sowie dem damit einhergehenden technischen und finanziellen Aufwand liegende Eingriff in die unternehmerische Freiheit der Antragstellerin ist hiernach jedenfalls aus unionsrechtlicher Hinsicht nicht durch die Regelung des § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG als dem Grunde nach gerechtfertigt anzusehen, weil es insoweit an einer mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG im Licht der Grundrechte aus Art. 7, 8, 11 und Art. 52 Abs. 1 der Charta zu vereinbarenden gesetzlichen Grundlage fehlt. Zugleich ist die Antragstellerin damit in ihrem Recht aus Art. 16 der Charta verletzt. 2. Der erforderliche Anordnungsgrund ergibt sich aus dem Umstand, dass die durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG angeordnete Pflicht der Antragstellerin zur Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten ihrer Kunden spätestens nach Ablauf der in § 150 Abs. 13 Satz 1 TKG geregelten Übergangsfrist ab dem 1. Juli 2017 zu erfüllen ist. Der Verweis der Antragstellerin auf den rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens würde die zu sichernden Rechte der Antragstellerin daher jedenfalls teilweise irreversibel vereiteln. 3. Keine andere Entscheidung als der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung wäre schließlich zu treffen, wenn eine Verletzung der Antragstellerin in einem eigenen subjektivöffentlichen Recht aus Art. 16 der Charta in Ermangelung einer insoweit noch nicht vollständig ausgebildeten Judikatur des Gerichtshof der Europäischen Union zur inhaltlichen Reichweite des Gesetzesvorbehalts aus Art. 52 Abs. 1 der Charta anzuzweifeln wäre. Denn auch die für diesen Fall – hilfsweise – vorzunehmende Folgenabwägung muss jedenfalls unter den vorliegenden Umständen zugunsten der Antragstellerin ausfallen. Steht bereits jetzt fest, dass die der Antragstellerin als Erbringerin öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer durch § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG auferlegte Pflicht zur Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten ihrer Kunden, denen sie den Internetzugang vermittelt, jedenfalls objektiv-rechtlich mit Unionsrecht unvereinbar ist, kann der Antragstellerin nicht allein wegen einer als zweifelhaft beurteilten Frage nach einer Verletzung in eigenen subjektiv-öffentlichen Rechten zugemutet werden, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens die gesetzliche Speicherpflicht zu erfüllen und die damit einhergehenden und im vorliegenden Verfahren hinreichend glaubhaft gemachten nicht unerheblichen Kosten aus der Bereitstellung der zur Speicherung erforderlichen Infrastruktur sowie aus dem laufenden Betrieb zu tragen. Ebenso wenig muss sich die Antragstellerin darauf verweisen lassen, den sich aus der Erfüllung der Speicherpflicht

ergebenden finanziellen Aufwand – soweit möglich – auf ihre Kunden abzuwälzen oder nach einem endgültigen Obsiegen im Hauptsacheverfahren im Wege eines – ohnehin von engen Voraussetzungen abhängigen – unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs geltend zu machen.

[138] Denn den der Antragstellerin bei Ablehnung des Eilantrags drohenden Nachteilen stehen bei einer bereits feststehenden objektiv-rechtlichen Unionsrechts-widrigkeit der Speicherpflicht schon im Ausgangspunkt keine legitimen öffentlichen Interessen an einem vorläufigen Vollzug des § 113a Abs. 1 i.V.m. § 113b Abs. 1 und 3 TKG gegenüber. Vielmehr ist zwingend der Erlass einer einstweiligen Anordnung angezeigt, um etwaige Rechte der Antragstellerin bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache zu sichern. Im Übrigen hat es der Gesetzgeber in der Hand, in Anbetracht der durch den Gerichtshof der Europäischen Union vorgegebenen Maßstäbe und unter Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Gestaltungsoptionen die Voraussetzungen für rechtlich zulässige Maßnahmen zur Verfolgung von Straftaten und zu einem wirksamen Schutz der öffentlichen Sicherheit auch für den Bereich der Telekommunikation zu schaffen.

Thüringer Verfassungsgerichtshof

Urteil vom 9. Juni 2017 VerFGH 61/16

Der Thüringer Verfassungsgerichtshof hat als Ergebnis einer abstrakten Normenkontrolle, Antragsteller war die CDU-Fraktion des Thüringer Landtages, das Vorschaltgesetz zur geplanten Gebietsreform für formell verfassungswidrig erklärt. Damit wird das ohnehin stark debattierte landespolitische Vorhaben zu noch mehr Komplikationen führen.

Verletzung von Art. 91 und 92 ThürVerf

Das Vorschaltgesetz zur Durchführung der Gebietsreform in Thüringen vom 2. Juli 2016 (ThürGVBl. 2016, S. 242) ist nichtig.

Der Freistaat Thüringen hat der Antragstellerin die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Aus den Gründen:

[S. 3]

Die Antragstellerin, die CDU-Fraktion im Thüringer Landtag, rügt die Verfassungswidrigkeit des Vorschaltgesetzes zur Durchführung der Gebietsreform in Thüringen vom 2. Juli 2016.

Nach der Wiedererrichtung des Freistaats Thüringen im Jahr 1990 erfolgte erstmals durch das Gesetz zur Neugliederung der Landkreise und kreisfreien Städte in Thüringen vom 16. August 1993 (GVBl. S. 545) eine grundlegende kommunale Gebietsreform. Es gliederte mit Wirkung vom 1. Juli 1994 den Freistaat in die Landkreise Eichsfeld, Nordhausen, Wartburgkreis, Unstrut-Hainich-Kreis, Kyffhäuserkreis, Schmalkalden-Meiningen, Gotha, Sömmerda, Hildburghausen, Ilm-Kreis, Weimar-Land (heute: Weimarer Land), Sonneberg, Schwarzburg-Kreis (heute: Saalfeld-Rudolstadt), Holzlandkreis (heute: Saale-Holzland-Kreis), Saale-Orla-Kreis, Greiz und Altenburg sowie in die kreisfreien Städte Erfurt, Gera, Jena, Suhl und Weimar. Damit reduzierte sich die Zahl von ursprünglich 35 Landkreisen auf nur noch 17. Mit Wirkung vom 1. Januar 1998 wurde Eisenach als sechste Stadt kreisfrei.

Parallel zur Kreisgebietsreform legte der Gesetzgeber mit der Thüringer Kommunalordnung (ThürKO) vom 16. August 1993 (GVBl. S. 501) Strukturen für die kreisangehörigen Gemeinden fest. Als Mindestgröße für kreisangehörige Gemeinden, die keiner Verwaltungsgemeinschaft angehörten und nicht erfüllende oder beauftragende Gemeinde waren, sahen die §§ 46, 51 ThürKO die Zahl von 3.000 Einwohnern vor. Nach Ablauf einer Freiwilligkeitsphase bis zum 30. Juni 1995 kam es durch das Gesetz zur Neugliederung kreisangehöriger Gemeinden vom 23. Dezember 1996 (GVBl. S. 333) zu einer flächendeckenden Gebietsreform, um die Mindesteinwohnerzahl der kreisangehörigen Gemeinden diesen Vorgaben der ThürKO anzupassen.

[S. 4]

Bis zum 31. Dezember 1999 reduzierte sich damit die Zahl der kreisangehörigen Gemeinde von 1702 im Jahr 1990 auf 1013.

[...]In der sechsten Legislaturperiode stellte der Thüringer Landtag in seiner Sitzung am 27. Februar 2015 fest, dass die erfolgreiche Durchführung einer Verwaltungs-, Funktional- und Gebietsreform vor dem Hintergrund der aus demografischer Entwicklung, finanziellen Herausforderungen, Anforderungen an die Erbringung wohlfahrtsstaatlicher Leistungen und sozialer Infrastruktur in allen Landesteilen resultierenden Erwartungen zu den wichtigen Herausforderungen gehöre, vor denen das Land stehe (LTDrucks 6/316, unter 1.). Diese Reformen seien für die Zukunftsfähig-

keit des Landes, der Landkreise, Städte und Gemeinden in Thüringen notwendig. Außerdem forderte der Landtag die Landesregierung unter anderem auf, a) im Verlauf des Jahres 2015 ein kommunales Leitbild „Zukunftsfähiges Thüringen“ vorzulegen, b) ein Vorschaltgesetz zur Verwaltungs-, Funktional- und Gebietsreform unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Debatte zum Leitbild zu erarbeiten und vorzulegen, und c) ein gestuftes Neugliederungsverfahren, in dem freiwilligen gebietlichen Veränderungen Vorrang eingeräumt wird (Freiwilligkeitsphase), durchzuführen (LTDrucks 6/316, unter 2.). Die Thüringer Landesregierung beschloss am 22. Dezember 2015 das Leitbild „Zukunftsfähiges Thüringen“, das vom Landtag am 20. Januar 2016 zustimmend zur Kenntnis genommen wurde (vgl. LTDrucks 6/1636). Daraufhin legte die Landesregie-

[S. 5]

rung am 13. April 2016 ihren Gesetzentwurf für ein Vorschaltgesetz zur Durchführung der Gebietsreform in Thüringen vor (LTDrucks 6/2000), das der gesetzlichen Verankerung der im Leitbild vorgesehenen Ziele und der wesentlichen Vorgaben für die Schaffung zukunftsfähiger kommunaler Strukturen in Thüringen dienen soll.

In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, die Gebietsreformen in Thüringen in den 1990er Jahren hätten sich überwiegend als Schritt in die richtige Richtung erwiesen. Die in der Vergangenheit gebildeten Verwaltungsstrukturen seien jedoch auf die Bevölkerungsstruktur und die Anforderungen der Nachwendzeit ausgerichtet gewesen.

[S. 6]

In der ersten Beratung am 21. April 2016 beschloss der Thüringer Landtag, den von der Landesregierung eingebrachten Gesetzentwurf an den federführenden Innen- und Kommunalausschuss sowie den Haushalts- und Finanzausschuss und den Ausschuss für Migration, Justiz und Verbraucherschutz zu überweisen. Mit Schreiben vom selben Tag kündigte die Verwaltung des Thüringer Landtags u.a. gegenüber dem Gemeinde- und Städtebund Thüringen und dem Thüringischen Landkreistag eine mündliche Anhörung zum geplanten Vorschaltgesetz vor dem Innen- und Kommunalausschuss an. Der Gesetzentwurf der Landesregierung lag dem Schreiben als Anlage bei, zudem teilte die Landtagsverwaltung mit, dass der Text auf der Internetseite des Landtags heruntergeladen werden könne. Zur Begründung der Anhörung verwies die Landtagsverwaltung auf § 79 der Geschäftsordnung

des Thüringer Landtags (GOLT). Zugleich wurden die Adressaten gebeten, nach Möglichkeit vorab eine schriftliche Stellungnahme bis zum 6. Juni 2016 einzureichen.

In einem weiteren Schreiben der Landtagsverwaltung vom 25. April 2016 u.a. an die 17 Landkreise, die sechs kreisfreien Städte, sieben kreisangehörige Gemeinden und fünf Verwaltungsgemeinschaften wurden diese unter Hinweis auf § 79 GOLT um eine schriftliche Stellungnahme zum Entwurf des Vorschaltgesetzes gebeten. Der Gesetzentwurf lag diesem Schreiben bei. Die Adressaten wurden ferner darauf hingewiesen, dass sie an der Sitzung des Innen- und Kommunalausschusses, in der die öffentliche mündliche Anhörung stattfinden sollte, als Zuhörer teilnehmen könnten.

[S. 7]

In die Anhörung einbezogen wurden ferner zwei Änderungsanträge zu dem Gesetzentwurf der Landesregierung. Am 2. Juni 2016 übermittelte die Landtagsverwaltung den beiden kommunalen Spitzenverbänden einen Änderungsantrag der Fraktionen DIE LINKE, SPD und Bündnis 90/Die Grünen (Vorlage 6/1325). In dem Schreiben wurden die Adressaten aufgefordert, in der mündlichen Anhörung vor dem Innen- und Kommunalausschuss zu dem Änderungsantrag Stellung zu nehmen. Nachdem die Spitzenverbände um Fristverlängerung gebeten hatten, um eine angemessene und sachgerechte Meinungsbildung zu gewährleisten, wurde ihnen von der Landtagsverwaltung eine Frist zur schriftlichen Äußerung bis zum 20. Juni 2016 gewährt. Mit E-Mail vom 15. Juni 2016 übermittelte die Landtagsverwaltung den beiden kommunalen Spitzenverbänden außerdem einen Änderungsantrag der CDU-Fraktion (Vorlage 6/1403). In der E-Mail wurden die Adressaten gebeten, bis zum 20. Juni 2016, dem Termin für die Äußerung zum Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen, schriftlich Stellung zu nehmen. Ein Antrag beider Spitzenverbände auf Fristverlängerung um vier Wochen wurde von der Landtagsverwaltung mit Schreiben vom 16. Juni 2016 abgelehnt.

Die mündliche Anhörung fand öffentlich in der 27. Sitzung des Innen- und Kommunalausschusses am 9. Juni 2016 im Plenarsaal des Landtags statt. Angehört wurden sechs Vertreter der kommunalen Spitzenverbände, weitere Verbands- und Vereinsvertreter (u.a. des Vereins Selbstverwaltung für Thüringen e.V., der IHKs und des Beamtenbunds) sowie der Landesrechnungshof. Das Ergebnisprotokoll dieser Sitzung wurde in der Druckfassung am 20. Juli 2016 an die Mitglieder

des Ausschusses, einzelne Abgeordnete, die an der Sitzung teilgenommen hatten, und die Fraktionen verteilt und am 22. Juli 2016 elektronisch in das Abgeordneteninformationssystem eingestellt. Die Auswertung der Anhörung erfolgte in der 28. Sitzung des Innen- und Kommunalausschusses am 16. Juni 2016, zu der ein unkorrigiertes Vorabprotokoll in gedruckter Form am 20. Juni 2016 verteilt wurde.

Der Innen- und Kommunalausschuss nahm in seiner 29. Sitzung am 21. Juni 2016 eine Beschlussempfehlung zur Änderung des Gesetzentwurfs der Landesregierung an (LTD Drucks 6/2344), die inhaltlich dem Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen entsprach.

[S. 8]

Auf der Grundlage dieser Empfehlung beschloss der Thüringer Landtag am 23. Juni 2016 das Vorschaltgesetz zur Durchführung der Gebietsreform in Thüringen (im Folgenden: „Vorschaltgesetz“). Das Gesetz wurde am 12. Juli 2016 im Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Thüringen verkündet und trat nach seinem Art. 3 am Tag nach der Verkündung in Kraft. Art. 1 des Gesetzes enthält das Thüringer Vorschaltgesetz zur Neugliederung der Landkreise, kreisfreien Städte und kreisangehörigen Gemeinden (Thüringer Gebietsreform-Vorschaltgesetz - ThürGVG -). Art. 2 des Gesetzes ändert verschiedene Bestimmungen der Thüringer Kommunalordnung (ThürKO), insbesondere die Vorschriften der §§ 45, 45a ThürKO.

[S. 13]

2. Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass das Vorschaltgesetz formell und materiell verfassungswidrig ist.

a) Das Gesetz sei bereits formell verfassungswidrig, denn es verstoße gegen Art. 92 ThürVerf. Mit dieser Bestimmung habe der Thüringer Verfassungsgeber den Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Rechnung getragen, wo-nach als Voraussetzung für Gebietsreformen die Anhörung der betroffenen Gebietskörperschaften verfassungsrechtlich geboten sei. Jedoch habe eine diesen Anforderungen genügende Anhörung der Landkreise und Gemeinden im parlamentarischen Verfahren nicht stattgefunden.

aa) Der federführende Innen- und Kommunalausschuss des Thüringer Landtags habe den Gesetzentwurf vielmehr als einen solchen im Sinne des Art. 91 Abs. 4 ThürVerf angesehen, denn auf dieser Grundlage habe er in seiner 27. Sitzung am 9. Juni 2016 Vertreter des Gemeinde- und Städtebundes Thüringen sowie des Thüringischen Landkreistags angehört. Es sei aber entscheidend für das Verfahren der Anhörung, ob das Vorschaltgesetz unter Art. 91 Abs. 4 ThürVerf subsumiert werden könne, mit ihm also „allgemeine Fragen geregelt wür-

den, die die Gemeinden und Gemeindeverbände betreffen“, oder ob es sich um eine Gebietsreform im Sinne des Art. 92 ThürVerf handele.

bb) Aus dem Wortlaut des Art. 91 Abs. 4 ThürVerf ergebe sich bereits, dass allgemeine Fragen im Gegensatz zu speziellen Regelungen stünden. Die damit verbundene Beschränkung des Anhörungsrechts auf die kommunalen Spitzenverbände verdeutliche, dass es sich hierbei nicht um die vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 28 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) abgeleitete Anhörungspflicht der Gemeinden und Landkreise bei Gebietsänderungen handele. Vielmehr würden Anhörungsrechte in Angelegenheiten begründet, die die kommunalen Gebietskörperschaften „berührten“. Dies sei regelmäßig der Fall, wenn Gemeinden oder Landkreise die entspre-

[S. 14] chenden Vorschriften im eigenen oder übertragenen Wirkungskreis ausführen müssten. Weder in den Kommentierungen zur Thüringer Verfassung noch zu den parallelen Vorschriften anderer Landesverfassungen finde sich ein Hinweis darauf, dass gesetzliche Bestimmungen über eine Gebietsreform - und seien sie auch allgemeiner Natur - dem den kommunalen Spitzenverbänden eingeräumten Anhörungsrecht unterfielen. Auch die systematische Stellung des Art 91 Abs. 4 ThürVerf stehe einer erweiterten Auslegung des Begriffs der „allgemeinen Fragen“ entgegen. Gebietsänderungen seien Gegenstand des Art. 92 ThürVerf, der entsprechende Anhörungsrechte begründe. Es folge somit aus Wortlaut und Systematik des Art. 91 Abs. 4 ThürVerf, dass die dort genannten „allgemeinen Fragen“ nicht solche einer Gebietsreform sein könnten.

cc) Das Vorschaltgesetz sei ein Gebietsreformgesetz i.S.d. Art. 92 ThürVerf.

Die Mindesteinwohnerzahlen, die auf die Bevölkerungsvorausberechnung des Landesamtes für Statistik für das Jahr 2035 bezogen seien (§ 9 ThürGVG) und im Jahr 2035 nicht unterschritten werden dürften, seien vom Gesetzgeber bindend festgelegt. Kommunale Gebietskörperschaften, die unterhalb dieser Grenzwerte blieben, seien aufgrund des ThürGVG in die Gebietsreform einzubeziehen. Das „Sollen“ sei deshalb nicht im Sinne der Ermächtigung der Verwaltungsbehörden zu verstehen, nach der eine Behörde gegebenenfalls auch von der gesetzlich vorgeschriebenen Rechtsfolge absehen könne. Der Gesetzgeber gebe vielmehr bindende Einwohnerzahlen vor und gehe damit die Selbstverpflichtung ein, die gesetzlichen Grenzwerte den zukünftigen Gebietsreformgesetzen zu Grunde zu legen.

[S. 15]

dd) Das Anhörungsrecht der von Gebietsreformen betroffenen Körperschaften nach Art. 92 Abs. 2 Satz 3 und

Abs. 3 Satz 3 ThürVerf gebe Gemeinden und Landkreisen Gelegenheit, ihre Position darzulegen. Die hierbei vorgebrachten vielfältigen Gesichtspunkte sollten nach dem Willen der Verfassung in den gesetzgeberischen Abwägungsprozess eingestellt werden. Nur hierdurch könne vermieden werden, dass die Gemeinden und Landkreise zum bloßen Objekt staatlichen Handelns denaturierten.

[S. 16]

ee) Die den Landkreisen und einzelnen Gemeinden angebotene Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme habe die Voraussetzungen des Art. 92 ThürVerf auch deshalb nicht erfüllen können, weil deren Stellungnahmen bei den Ausschussberatungen nicht berücksichtigt worden seien. Vielmehr seien allein die mündlichen Stellungnahmen der Spitzenverbände Gegenstand der Beratungen im Innen- und Kommunalausschuss gewesen.

ff) Die Antragstellerin macht ferner geltend, dass die Protokolle über die Anhörung am 9. Juni 2016 zum Zeitpunkt der 53. Sitzung des Thüringer Landtags am 23. Juni 2016 noch nicht vorgelegen hätten. Aufgrund dessen sei das Vorschaltgesetz in formell verfassungswidriger Weise zustande gekommen, da die Abgeordneten, die nicht Mitglieder des Innen- und Kommunalausschusses sind, sich nicht hinreichend über die Anhörungen hätten informieren können.

b) Das Vorschaltgesetz sei auch materiell verfassungswidrig, denn es verstoße gegen Art. 92 ThürVerf.

aa) Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs seien für die Frage des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs bei kommunalen Gebietsreformen drei Stufen zu unterscheiden. Das ThürGVG habe demgegenüber eine doppelte Funkti-

[S. 17] on, die sich auf die Prüfungsmaßstäbe und die Prüfungsintensität auswirke. In § 1 enthalte es die Ziele einer umfassenden Gebietsreform, die in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs der ersten und zweiten Stufe zugeordnet würden und deren Überprüfung nur eingeschränkter Kontrolle zugänglich sei. Allerdings beschränke sich das Vorschaltgesetz nicht auf die Festlegung eines Leitbildes oder von Leitlinien, sondern bestimme bereits konkret Mindesteinwohnerzahlen von Gemeinden und Landkreisen und lege damit im Rückschluss die Landkreise, kreisfreien Städte und Gemeinden fest, deren Gebiet durch die anstehenden Durchführungsgesetze betroffen sein würden. Hierzu bediene sich der Gesetzgeber zweier Kunstgriffe. Zum einen erfolge die Bildung der neuen Landkreise durch Zusammenschluss der bestehenden Landkreise; eine Aufteilung solle unterbleiben, Ausnahmen seien nur im Einzelfall möglich (§ 2 Abs. 3 ThürGVG). Hierdurch seien sämtliche Landkreise unabhängig von ihrer Einwohnerzahl von der Gebietsreform betroffen. Das Leitbild von acht Großkrei-

sen habe die Vorstellung des Regierungsentwurfs und damit des Gesetzgebers geprägt. Der zweite Kunstgriff bestehe darin, dass sich die Mindesteinwohnerzahlen nicht auf den gegenwärtigen Bestand bezögen, sondern für das Jahr 2035 prognostiziert würden (§ 9 ThürGVG). Mit der prognostizierten niedrigeren Einwohnerzahl werde die im Jahr 2017 aufgrund von Durchführungsgesetzen beginnende und der Planung nach für das Jahr 2018 abgeschlossene Gebietsreform begründet. Das Vorschaltgesetz beschränke sich damit nicht darauf, im Sinne der vom Verfassungsgerichtshof herausgearbeiteten ersten Stufe das „Ob“ einer Gebietsreform festzulegen bzw. auf der zweiten Stufe Leitbilder und Leitlinien zu umreißen, sondern lege faktisch bereits die Gebietsreform auf der dritten Stufe fest.

Durch diese gesetzgeberischen Kunstgriffe sei nicht nur das in Art. 92 ThürVerf begründete Anhörungsrecht der betroffenen Gebietskörperschaften unterlaufen worden, sondern auch deren Rechtsschutz. Damit werde auch die Kontrollfunktion des Verfassungsgerichtshofs eingeschränkt.

[S. 27]

Der Antrag auf abstrakte Normenkontrolle ist zulässig.

[S. 28]

Das Vorschaltgesetz ist formell verfassungswidrig.

[S. 29]

1. Art. 91 Abs. 1 ThürVerf gewährleistet den Thüringer Gemeinden die kommunale Selbstverwaltung. Daraus folgt nicht, dass der Bestand jeder einzelnen Gemeinde des Freistaats garantiert wäre. Art. 91 Abs. 1 ThürVerf schützt vielmehr die Gebietskörperschaft „Gemeinde“ als Rechtsinstitut. Dabei gehört zu den verfassungskräftig gewährleisteten Rechten - wie Art. 92 ThürVerf zeigt - auch das Recht auf (territorialen) Bestand. Dieses Recht steht indessen unter dem Vorbehalt, dass Gründe des öffentlichen Wohls eine Änderung des Gemeindegebietsbestands erfordern (Art. 92 Abs. 1 ThürVerf). Die Landesverfassung erlaubt daher Eingriffe in die gemeindliche Gebietshoheit bis hin zur Auflösung und Neubildung von Gemeinden grundsätzlich auch dann, wenn diese gegen den Willen der betroffenen Gebietskörperschaften erfolgen (ThürVerfGH, Urteil vom 10. September 2002 - VerfGH 8/01 -, juris Rn. 24; vgl. ferner Urteil vom 18. Dezember 1996 - VerfGH 2/95, 6/95 -, juris Rn. 71 f.; Urteil vom 18. September 1998 - VerfGH 1/97, 4/97 -, juris Rn. 77; Urteil vom 28. Mai 1999 - VerfGH 39/97 -, juris Rn. 77; Urteil vom 1. März 2001 - VerfGH 20/00 -, juris Rn. 72). 2. Weitere Träger der Selbstverwaltung sind nach Art. 91 Abs. 2 Satz 1 ThürVerf die Gemeindeverbände. Die politisch wichtigste und durch Art. 92 Abs. 1 und 3 ThürVerf zugleich institutionell abgesicherte Form des Gemeindeverbandes sind die

Landkreise, deren demokratische Legitimation zudem unmittelbar auf dem Volk beruht, Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Land gewährleistet ihnen das Recht, ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze unter eigener Verantwortung zu regeln (Art. 91 Abs. 2 Satz 2 ThürVerf).

Die rechtliche Ausgestaltung dieser Garantie obliegt dem Gesetzgeber, der aber verpflichtet ist, den Landkreisen einen Mindestbestand an Selbstverwaltungsaufgaben zuzuweisen.

[S. 30]

Wie im Falle der Gemeinden steht das Recht der Landkreise auf territorialen Bestand unter dem Vorbehalt, dass Gründe des öffentlichen Wohls eine Änderung ihres Gebiets erfordern können, wie aus Art. 92 Abs. 1 ThürVerf folgt. Generell gilt, dass auch Landkreise von der Landesverfassung nur institutionell, nicht aber individuell garantiert sind.

Überdies stellen sich die vom Gesetzgeber nach Art. 92 Abs. 1 ThürVerf in Betracht zu ziehenden Gemeinwohlbelange für eine Neugliederung auf Ebene der Landkreise zum Teil anders dar als bei kreisangehörigen Gemeinden. Während bei Landkreisen die großräumige Gliederung des Landes in Selbstverwaltungskörperschaften in Rede steht, für die sich mehrere verfassungskonforme Lösungen anbieten können, müssen bei Neugliederungen auf der Ebene der kreisangehörigen Gemeinden eher die örtlichen Besonderheiten gewürdigt werden.

[S. 31]

4. Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs lassen sich bei umfassenderen Gemeindegebietsreformen drei Stufen der gesetzgeberischen Entscheidung unterscheiden. Auf jeder dieser Stufen erfolgt eine Gemeinwohlkonkretisierung durch den Gesetzgeber, der jeweils eine adäquate verfassungsgerichtliche Überprüfung zuzuordnen ist. Die erste Stufe umfasst den Entschluss, überhaupt eine grundlegende Umgestaltung der kommunalen Ebene vorzunehmen. Auf der zweiten Stufe geht es um die Leitbilder und Leitlinien der Neuordnung, die die künftige Struktur

[S. 32]

der Selbstverwaltungskörperschaften festlegen und die Umgestaltung in jedem Einzelfall dirigieren sollen. Auf der dritten Stufe erfolgt die Umsetzung der allgemeinen Leitbilder und Leitlinien im konkreten einzelnen Neugliederungsfall (ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - 2/95, 6/95 -, juris Rn. 96). Dieses Stufenmodell dient der besseren Strukturierung der verfassungsgerichtlichen Überprüfung auch in dem vorliegenden Verfahren.

b) Während auf der ersten Stufe vom Verfassungsgerichtshof nur geprüft wird, ob der Gesetzgeber in nachvollziehbarer Weise Gemeinwohlgründe für eine von ihm für erforderliche gehaltene kommunale Neugliederung verfolgt, verdichtet sich entsprechend der zunehmenden Konkretisierung der Gemeinwohlbelange im weiteren Gesetzgebungsprozess die verfassungsgerichtliche Kontrolle. Auf der zweiten Stufe prüft der Verfassungsgerichtshof nur, ob das Leitbild und die Leitlinien mit der Verfassung vereinbar sind, ob der Gesetzgeber bei der Bestimmung des Leitbildes und der Leitlinien sich aufdrängende Gemeinwohlaspekte übersehen hat, ob die dem Leitbild und den Leitlinien zugrundeliegenden Erkenntnisse nicht unzutreffend und die Leitlinien nicht offensichtlich ungeeignet sind und ob sie der Verwirklichung des gesetzgeberischen Reformzieles dienen. Der Grund für die deutlich eingeschränkte verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit liegt darin, dass bei der Bestimmung der abstrakt-generellen Leitlinien einer gesetzlichen Gebietsreform dem Gesetzgeber ein weiterer Spielraum zukommt. Es ist seine politische Gestaltungsaufgabe, die Maßstäbe für eine kommunale Neugliederung festzulegen (ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - 2/95, 6/95 -, juris Rn. 105).

c) Hinsichtlich der einzelnen Neugliederungsmaßnahme, also auf der dritten und letzten Ebene des dargestellten Stufenmodells, unterliegt der Gesetzgeber einer intensi-

[S. 33]

veren verfassungsgerichtlichen Kontrolle als auf den beiden vorangegangenen Stufen. Dies ergibt sich aus dem planerischen Einschlag der Entscheidung (vgl. BVerfGE 86, 90 [108] = juris Rn. 48), bei der die Abwägung der für oder gegen eine Neugliederungsmaßnahme streitenden Belange im Wesentlichen durch die vom Gesetzgeber entwickelten Leitlinien und Leitbilder geprägt wird. Deren Konkretisierung erfordert, die spezifischen örtlichen Gegebenheiten und ggf. auch in Betracht kommende gebietliche Alternativlösungen in den Blick zu nehmen (ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - 2/95, 6/95 -, juris Rn. 124).

5. Das Vorschaltgesetz ist kein Neugliederungsgesetz im Sinne von Art. 92 Abs. 2 und 3 ThürVerf, sondern regelt allgemeine Fragen, die die Gemeinden und Gemeindeverbände betreffen, so dass sich sein Erlass nach Art. 91 Abs. 4 ThürVerf richtet.

[S. 34]

Daher bilden die Anhörungserfordernisse nach Art. 92 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 3 ThürVerf gegenüber dem Recht zur Stellungnahme nach Art. 91 Abs. 4 ThürVerf die spezielleren Regeln. Das Verhältnis der beiden Anhörungspflichten zueinander wird indes nicht nur durch die

Tatbestandsmerkmale der „allgemeinen Fragen“ einerseits und der „Gebietsänderung“ oder „Auflösung“ andererseits bestimmt, sondern auch dadurch, dass bei einer Gebietsänderung oder der Auflösung einer Gemeinde die Bevölkerung und die Gebietskörperschaften nur der „unmittelbar betroffenen Gebiete“ gehört werden müssen, Art. 92 Abs. 2 Satz 3 ThürVerf. Im Falle der Gebietsänderung oder Auflösung eines Landkreises sind die „betroffenen Gebietskörperschaften“ zu hören, d.h. wiederum nur diejenigen, die unmittelbar von der Maßnahme betroffen sind. Schließlich unterscheiden sich die beiden Anhörungspflichten darin, dass es im Falle einer Anwendbarkeit von Art. 91 Abs. 4 ThürVerf im Ermessen des Normgebers steht, ob er entweder den von der Regelung betroffenen Gebietskörperschaften oder deren Zusammenschlüssen, also insbesondere den kommunalen Spitzenverbänden, Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, wobei ihm ein bestimmtes Verfahren nicht vorgegeben ist. Zudem folgt aus dem Wort „grundsätzlich“, dass die Anhörung im Regelfall stattzufinden hat und hiervon nur aus wichtigem Grund, etwa bei besonderer

[S. 35]
Eilbedürftigkeit der zu treffenden Regelung, abgesehen werden kann (ThürVerfGH, Urteil vom 12. Oktober 2004 - VerfGH 16/02 -, juris Rn. 101).

6. Das Vorschaltgesetz enthält keine Regelungen, die unter Art. 92 ThürVerf fallen.

a) Art. 2 des Vorschaltgesetzes ändert lediglich die ThürKO.

b) Das ThürGVG (Art. 1 des Vorschaltgesetzes) ordnet die Auflösung von Gemeinden und Landkreisen nicht unmittelbar an. Es legt in § 1 die Ziele der Gebietsreform fest und bestimmt in den §§ 2 bis 4 die Maßstäbe für die Neugliederung der verschiedenen Gebietskörperschaften. § 5 ThürGVG verankert die gesetzliche Leitlinie des Zentralen Ortes, während § 6 eine Freiwilligkeitsphase für die Neugliederung der kreisangehörigen Gemeinden regelt. Die §§ 7 bis 8a ThürGVG enthalten finanzwirksame Vorschriften, um die Entschuldung von Gemeinden zu fördern und Anreize für freiwillige Gemeindeneugliederungen zu schaffen. § 9 ThürGVG definiert den Maßstab für die Bestimmung der Mindesteinwohnerzahlen auf der Grundlagen von Bevölkerungsvorausrechnungen des Landesamtes für Statistik für das Jahr 2035. Konkrete Neugliederungen einzelner Gebietskörperschaften sollen erst durch nachfolgende, das ThürGVG umsetzende Gesetze erfolgen, wie sich aus § 2 Abs. 4, § 3 Abs. 4 und § 4 Abs. 5 ThürGVG ausdrücklich ergibt.

[S. 39]

Gemessen an diesen Maßstäben verstößt das Vorschaltgesetz gegen Art. 91 Abs. 4 ThürVerf, da das Protokoll zur 27. Sitzung des Innen- und Kommunalausschusses

vom 9. Juni 2016 den Abgeordneten vor der Beschlussfassung im Plenum am 23. Juni 2016 nicht - auch nicht in einer vorläufigen Fassung - zur Verfügung stand.

1. Nach Art. 91 Abs. 4 ThürVerf erhalten die betroffenen „Gemeinden und Gemeindeverbände oder ihre Zusammenschlüsse grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme“. Aus dieser Formulierung ergibt sich zunächst, dass der Gesetzgeber nach seinem Ermessen entweder den von der Regelung betroffenen Gebietskörperschaften

[S. 40]
Der Landtag muss die Anhörungsberechtigten über den wesentlichen Inhalt des gesetzgeberischen Vorhabens und die dafür gegebene Begründung informieren. Erforderlich ist zudem, dass die Gebietskörperschaften oder ihre Spitzenverbände rechtzeitig von der beabsichtigten Regelung Kenntnis erlangen und ihnen eine dem Gegenstand und der Bedeutung der Regelung angemessene Frist zur Stellungnahme gegeben wird. Wie lang die Dauer der Äußerungsfrist sein muss, richtet sich nach den Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles, ohne dass insoweit generell verbindliche, fest umrissene Zeiträume angegeben werden können (vgl. ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - VerfGH 2/95, 6/95 -, juris Rn. 80). [...] Der Anhörungspflicht des Landtags ist nur dann Genüge getan, wenn alle aufgrund der Anhörung erlangten Informationen den Abgeordneten vor der Abstimmung über den Gesetzentwurf auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

[S. 41]

2. Im vorliegenden Fall genügte das Anhörungsverfahren diesen Anforderungen nicht.

a) Das Protokoll der 27. Sitzung des Ausschusses vom 9. Juni 2016, in der die mündliche Anhörung der kommunalen Spitzenverbände erfolgte, wurde erst am 20. Juli 2016 den Abgeordneten als Druckfassung und am 22. Juli 2016 in elektronischer Fassung im Abgeordneteninformationssystem zur Verfügung gestellt. Eine Möglichkeit zur vollständigen Information der Abgeordneten vor der Abstimmung über den Gesetzentwurf am 23. Juni 2016 war damit nicht gegeben. b) Von der Beachtung des Anhörungserfordernisses durch den Landtag durfte im konkreten Fall nicht abgesehen werden. Aus dem Wortlaut des Art. 91 Abs. 4 ThürVerf folgt, dass die Anhörung „grundsätzlich“ stattzufinden hat, so dass aus wichtigem Grund Ausnahmen zulässig sind. Der Verfassungsgerichtshof sieht als wichtigen Grund etwa die besondere Eilbedürftigkeit der zu treffenden Regelung (vgl.

[S. 42]

Urteil vom 12. Oktober 2004, VerfGH 16/02, juris Rn. 101) oder den Fall an, dass das ursprüngliche Geset-

zesvorhaben nachträglich eine nur unwesentliche Änderung erfährt (vgl. Urteil vom 12. März 1999 - VerfGH 34/97, 37/97 -, S. 23 des amtlichen Umdrucks; Urteil vom 12. Oktober 2004 - VerfGH 16/02 -, juris Rn. 104). In Übereinstimmung mit § 79 Abs. 3 Satz 2 GOLT dürfte überdies von einer Anhörung abgesehen werden, wenn die Regelung bereits Gegenstand einer früheren Anhörung war oder wenn die kommunalen Spitzenverbände auf eine erneute Anhörung verzichten. Im vorliegenden Fall sind diese Ausnahmen nicht einschlägig. Vielmehr hätte der Landtag die Landtagsverwaltung lediglich um eine beschleunigte Erstellung des (vorläufigen) Protokolls bitten müssen oder den Plenumsbeschluss auch erst zu einem späteren Zeitpunkt fassen können.

3. Keine Bedenken ergeben sich hinsichtlich der Dauer der Anhörungsfristen, die den kommunalen Spitzenverbänden eingeräumt wurden.

a) Der Landtag gab den beiden kommunalen Spitzenverbänden mit Schreiben vom 21. April 2016 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme bis zum 6. Juni 2016. Dem Anschreiben waren in Gestalt der LTDrucks 6/2000 der Text des Gesetzentwurfs und die Gesetzesbegründung beigelegt. Auf dieser Grundlage konnten sie sachgerecht schriftlich Stellung nehmen. Auch die Länge der Äußerungsfrist von sechs Wochen genügte selbst angesichts der existentiellen Bedeutung des Vorschaltgesetzes für die Gebietskörperschaften in Thüringen den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Denn zu berücksichtigen war, dass den betroffenen Gebietskörperschaften das Neugliederungsvorhaben bereits seit längerem bekannt war und ihre Organe sich infolgedessen schon im Vorfeld des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens damit auseinandersetzen und dazu eine Meinung bilden konnten. Ein derartiger Vorlauf versetzt die betroffenen Gebietskörperschaften wie auch ihre Spitzenverbände zumindest in die Lage, in dem sich anschließenden parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren rascher Stellung zu beziehen, als wenn sie dort erstmalig mit einem Neugliederungsvorhaben konfrontiert werden. Die Äußerungsfrist kann dann im Hinblick auf den längeren Vorlauf kürzer ausfallen (vgl. ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - VerfGH 2/95, 6/95 -, juris Rn. 80; VerfGH RP, Urteil vom 8. Juni 2015 - VGH N 18/14 -, juris Rn. 82).

[S. 44]

Der Verfassungsgerichtshof weist hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit des ThürGVG auf Folgendes hin:

[S. 45]

1. Art. 92 Abs. 1 ThürVerf lässt Bestands- und Gebietsänderungen von Gemeinden und Landkreisen nur aus Gründen des öffentlichen Wohls zu. Der Begriff des öffentlichen Wohls ist ein generalklauselartiger unbestimmter Verfassungsbegriff, dessen Konkretisierung vorrangig Sache des demokratisch legitimierten Parlaments ist. Dem Gesetzgeber obliegt es, die für ihn maßgeblichen Gemeinwohlgründe im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu bestimmen und an ihnen die konkrete Neugliederung auszurichten (vgl. ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - VerfGH 2/95, 6/95 -, juris Rn. 88).

Aus sich heraus ist der Begriff des öffentlichen Wohls wenig aussagekräftig. Der Gesetzgeber kann ihn jedoch anhand verfassungsrechtlicher Direktiven mit konkreterem Inhalt versehen. Allerdings muss beachtet werden, dass die Grundwerte der Verfassung, Verfassungsprinzipien und Verfassungsgebote nicht isoliert in bestimmter Rangfolge nebeneinander stehen, sondern sich teils ergänzen, teils aber auch miteinander konkurrieren. Außerdem ist der Gesetzgeber befugt, auch Interessen und Zwecke, die sich nicht unmittelbar aus einem Verfassungsgrundsatz ableiten lassen, in den Rang von Gründen des öffentlichen Wohls zu erheben, wobei aber übergeordneten Verfassungsprinzipien bzw. der verfassungsmäßigen Wertordnung Rechnung getragen werden muss (vgl. ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - VerfGH 2/95, 6/95 -, juris Rn. 89).

[S. 46]

2. Aus diesen Gründen muss die verfassungsgerichtliche Überprüfung kommunaler Neugliederungsmaßnahmen des Gesetzgebers einerseits dessen Befugnisse wahren, andererseits deren Begrenzung gegenüber den betroffenen Selbstverwaltungskörperschaften durch die Verfassung wirksam zur Geltung bringen. Soweit die kommunale Selbstverwaltungsgarantie der einzelnen Selbstverwaltungskörperschaft (Bestands-)Schutz bietet, reicht grundsätzlich auch die Kontrollbefugnis des Verfassungsgerichtshofs, der jedoch nicht in den Bereich gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit eingreifen darf. Daher wendet der Verfassungsgerichtshof zur besseren Strukturierung der Prüfung von umfassenderen Gemeindegebietsreformen ein Drei-Stufen-Modell an (s.o. C.I.4.).

Der Verfassungsgerichtshof hat mit diesem Modell nicht beabsichtigt, eine bestimmte Vorgehensweise des Gesetzgebers im Sinne einer gestuften Gesetzgebung zu veranlassen, wie es aufgrund des ThürGVG

der Fall ist. Indes steht das Landesverfassungsrecht einer solchen Vorgehensweise auch nicht entgegen.

3. Anhand dieser Maßstäbe begegnet die Einschätzung des Gesetzgebers auf der ersten Stufe, dass eine kommunale Gebietsreform in Thüringen notwendig ist, keinen Bedenken.

[S. 48]

4. Die Einzelregelungen des ThürGVG sind der zweiten Stufe zuzuordnen, auf der der Gesetzgeber das Leitbild und die Leitlinien einer kommunalen Gebietsreform festlegt. Das Leitbild umfasst die grundlegenden Aussagen zur Struktur der Selbstverwaltungskörperschaften. Leitlinien sind diejenigen Gesichtspunkte, die dazu dienen, leitbildgerechte Selbstverwaltungskörperschaften zu bilden und damit die Entscheidung des Gesetzgebers für jeden Einzelfall zu lenken. Mit dem Leitbild setzt der Gesetzgeber eine Zielvorstellung und mit den Leitlinien ein System zu ihrer Umsetzung (vgl. ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - VerfGH 2/95, 6/95 -, juris Rn. 103).

a) Das Leitbild des Gesetzgebers, wie es in der Gesetzesbegründung und in § 1 ThürGVG zum Ausdruck kommt, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Ziel der Gebietsreform ist in erster Linie die Bildung leistungs- und verwaltungstarker Gebietskörperschaften, die den an sie gestellten Herausforderungen dauerhaft gewachsen sind. Die Landkreise und Gemeinden in Thüringen sollen eine größere Gestaltungskraft in einem größeren Hoheitsgebiet entwickeln, um damit den Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft in den Gemeinden und den überörtlichen Erfordernissen in den Landkreisen besser gerecht werden zu können. Sie sollen ihre Selbstverwaltungsaufgaben umfassender, selbstständiger und wirtschaftlicher erfüllen können. Mit der Gebietsreform sollen darüber hinaus die Möglichkeiten für bürgerschaftliches Engagement und die ehrenamtliche Wahrnehmung von gemeinwohlorientierten Aufgaben dauerhaft gesichert werden.

aa) Insoweit ist die Festlegung von Mindesteinwohnerzahlen als Teil der Leitlinien verfassungsrechtlich zulässig. Der Landesgesetzgeber regelt mit dem ThürGVG für alle Arten kommunaler Gebietskörperschaften Vorgaben für Mindesteinwohnerzahlen, um langfristig ihre Leistungsfähigkeit und Verwaltungskraft sicherzustellen. Die Einschätzung, dass sich aus einer geringen Einwohnerzahl typisierend Rückschlüsse auf die verminderte Leistungsfähigkeit einer kommunalen Gebietskörperschaft ergeben, begegnet kei-

nen verfassungsrechtlichen Bedenken. Vor allem die Erfüllung der Aufgaben im übertragenen Wirkungskreis erfordert eine personell wie sachlich hin-[S. 50]

reichend große, arbeitsteilig organisierte und fachlich qualifizierte Verwaltungsstruktur, die sich leichter in größeren Verwaltungseinheiten erreichen lässt. Die Wahrnehmung von Aufgaben des eigenen Wirkungskreises ist zwar grundsätzlich von der Größe der Kommune unabhängig, doch bestehen in größeren Kommunen typischerweise mehr Handlungsoptionen und Ressourcen zur praktischen Realisierung der Selbstverwaltung. Auch kommunale Einrichtungen können im Regelfall wirtschaftlich sinnvoll nur bei bestimmten kommunalen Mindestgrößen betrieben werden. Schließlich stellen die landesrechtlichen Vorschriften zum kommunalen Finanzausgleich bei den Schlüsselzuweisungen auf die Zahl der Einwohner als zentrales Kriterium zur Ermittlung des Finanzbedarfes ab (vgl. § 9 ThürFAG).

bb) Die Bewältigung der schwierigen demographischen Situation des Freistaats Thüringen bildet ein zulässiges Gemeinwohziel nach Art. 92 Abs. 1 ThürVerf. Der Landesgesetzgeber darf im Hinblick auf den Rückgang der Einwohnerzahl und die sich verändernde Altersstruktur der Bevölkerung eine kommunale Gebietsreform durchführen, um zu einer langfristigen gültigen räumlichen Gliederung der Selbstverwaltungskörperschaften zu gelangen und nicht alsbald wieder vor der Notwendigkeit von Neugliederungsmaßnahmen zu stehen (vgl. ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - VerfGH 2/95, 6/95 -, juris Rn. 120). Das Ziel der langfristigen Tragfähigkeit [S. 51]

kommunaler Verwaltungsstrukturen berechtigt den Gesetzgeber dazu, sich mit den prognostizierten demographischen Entwicklungen auseinanderzusetzen und die Verwaltungsorganisation daran anzupassen. Nachdem in Thüringen zuletzt 1994 eine groß angelegte Gebietsreform durchgeführt wurde, rechtfertigt die demographische Entwicklung, dass der Gesetzgeber erneut vorausschauend und vorsorgend die hiermit verbundenen Risiken vom Land und den Kommunen abwendet oder zumindest begrenzt (vgl. LVerfG M-V, Urteil vom 26. Juli 2007 - 9/06 - juris Rn. 132; SächsVerfGH, Urteil vom 25. September 2008 - Vf. 54-VIII-08 -, juris Rn. 153).

Soweit § 9 ThürGVG sich zur Bestimmung der Mindesteinwohnerzahlen auf Vorausberechnungen des Landesamtes für Statistik für das Jahr 2035 bezieht, ist

gegenüber einer solchen gesetzgeberischen Prognose die verfassungsgerichtliche Überprüfung nur eingeschränkt möglich. Der Verfassungsgerichtshof hat nur darüber zu wachen, dass diese nicht offensichtlich oder eindeutig widerlegbar sind oder gar den Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung widersprechen. Anhaltspunkte dafür, dass die Vorausberechnungen auf fehlerhaften Ausgangsdaten oder offensichtlich ungeeigneten Modellen beruhen, bestehen nicht. Demzufolge

[S. 52]

verletzt § 9 ThürGVG auch nicht das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot. Denn der in § 9 ThürGVG bestimmte Anknüpfungspunkt ist hinreichend bestimmt, weil die Prognose für jede einzelne Kommune zahlenmäßig feststeht. Im Übrigen reichen die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes nur soweit, wie dem Gesetzgeber eine inhaltlich bestimmte Regelung möglich ist. Sind die Erkenntnismöglichkeiten nach ihrem Gegenstand objektiv begrenzt, so gehen die Ermittlungspflichten des Gesetzgebers nicht über den vernünftigerweise erreichbaren Erkenntnisstand hinaus (vgl. ThürVerfGH, Urteil vom 18. Dezember 1996 - VerfGH 2/95, 6/95 -, juris Rn. 125). Dass es dem Landtag möglich wäre, zu einer statistisch besser abgesicherten Vorausberechnung zu gelangen, ist nicht ersichtlich.

[S. 59]

a) Die in § 2 ThürGVG vorgesehene Vergrößerung der Landkreise auf mindestens 130.000 und höchstens 250.000 Einwohner bei einer Fläche von nicht mehr als 3.000 Quadratkilometern erscheint bei Berücksichtigung der dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungsprärogative nicht als offensichtlich ungeeignet, um die in § 1 ThürGVG geregelten Reformziele zu erreichen. Der Gesetzgeber durfte weniger einschneidende gesetzliche Maßnahmen als diese Vergrößerung der Landkreise als nicht ausreichend ansehen. Im Hinblick auf das Ziel, die kommunale Selbstverwaltung zu stärken, bedeuteten geringere Mindesteinwohnerzahlen und kleinere Kreis-zuschneitte zwar einen weniger belastenden Eingriff in den Bestand der derzeitigen Landkreise, würden aber ebenfalls eine Neugliederung der meisten Landkreise erforderlich machen. Die damit verbundene, abstrakt-generelle Gewichtsentscheidung zugunsten größerer Gebietseinheiten unterfällt noch dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Zugleich lässt sie, wie oben ausgeführt, die Berücksichtigung weiterer Gründe des Gemein-

wohls wie auch von Abweichungen im Einzelfall bei besonderen Sachverhaltsgestaltungen zu.

[S. 60]

c) Gegen die Regelung des § 3 ThürGVG bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Institut der „kreisfreien Stadt“ genießt als solches keinen Bestandsschutz nach Art. 91 ThürVerf. Allerdings kommt eine verfassungsrechtliche Überprüfung zum Schutz des Status der Kreisfreiheit einer Stadt solange in Betracht, wie dieses Institut selbst nicht beseitigt ist (vgl. LVerfG M-V, Urteil vom 18. August 2011 - 22/10, juris Rn 81).

Die Einkreisung von kreisfreien Städten berührt den Kernbereich der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 91 Abs. 1 ThürVerf daher nicht. Zulässig ist diese Organisationsmaßnahme jedoch nur dann, wenn die kreisfreie Stadt zuvor angehört wurde und die Einkreisung aus Gründen des öffentlichen Wohls erfolgt

[S. 61]

Die Festlegung von Mindesteinwohnerzahlen für kreisfreie Städte ist jedoch von der Absicht getragen, ihre Struktur derjenigen der aufgrund der Gebietsreform größer

[S. 62]

werdenden Landkreise anzupassen. Verfassungsrechtlich ist das Ziel zulässig, eine solche Strukturgleichheit sicherzustellen (vgl. SächsVerfGH, Urteil vom 25. September 2008 - Vf. 54-VIII-08 -, juris Rn. 149 f.). Auch die Einschätzung, dass nur größere kreisfreie Städte in Zukunft über die für die Erfüllung aller öffentlichen Aufgaben erforderliche Leistungsfähigkeit verfügen werden, ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

Die Regelung des § 3 Abs. 1 ThürGVG ist zudem für die Erreichung der Ziele der Gebietsreform erforderlich. Zwar wäre es weniger einschneidend, wenn der Gesetzgeber niedrigere Mindesteinwohnerzahlen vorgesehen hätte. Die Festlegung solcher quantitativer Zielwerte ist jedoch durch den Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt.

Rezension: Archivrecht für die Praxis. Ein Handbuch

von Hannes Berger*

Irmgard Ch. Becker/Clemens Rehm (Hrsg.), Archivrecht für die Praxis. Ein Handbuch, MUR-Verlag Medien und Recht München 2017, 35,- €, 246 Seiten

Das vorliegende Handbuch über das Archivrecht ist die aktuellste wissenschaftliche Publikation zum deutschen Archivrecht.¹ Nach wie vor kann die Feststellung getroffen werden, dass das Archivrecht als junge Rechtsmaterie nicht im prominentesten Fokus der Rechtswissenschaft steht. Umso wertvoller ist jeder Beitrag zu diesem Sonderbereich des deutschen Kultur- und Informationsrechts.

Der Herausgeber- und Autorenkreis besteht hierbei aus verschiedenen Fachvertretern des deutschen Archivwesens. Herausgeberin *Irmgard Becker*, Historikerin, ist die Leiterin der Archivschule in Marburg; Herausgeber *Clemens Rehm*, Historiker, ist Abteilungsleiter im Landesarchiv Baden-Württemberg. Auch die Autoren der einzelnen Kapitel sind allesamt Vertreter des Archivwesens. *Sebastian Barteleit*, Historiker, ist Abteilungsleiter im Bundesarchiv; *Jörn Brinkhus*, Historiker, ist Abteilungsleiter im Staatsarchiv Bremen; *Jost Hausmann*, Jurist, arbeitet in der Landesarchivverwaltung Rheinland-Pfalz; *Christian Keitel*, Historiker, ist Honorarprofessor an der FH Potsdam und Abteilungsleiter im Landesarchiv Baden-Württemberg; *Jenny Kotte*, Archivarin, ist Referentin im Staatsarchiv Hamburg; *Rainer Polley*, Jurist, ist stellvertretender Leiter der Archivschule Marburg; *Christian Popp*, Historiker, ist Abteilungsleiter im Landesarchiv Baden-Württemberg; *Michael Scholz*, Historiker, ist Professor für Archivwissenschaften an der FH Potsdam; *Mark Steinert*, Jurist, ist Fachbereichsleiter im Landesarchiv Nordrhein-Westfalen; *Harald Stockert*, Historiker,

ist stellvertretender Leiter des Stadtarchivs Mannheim; *Martina Wiech*, Historikerin, ist Abteilungsleiterin im Landesarchiv Nordrhein-Westfalen.

Die Autorenschaft kommt also zum Großteil von einem geschichtswissenschaftlichen Studienhintergrund in Kombination mit einem anschließenden Archivreferendariat. Dass mit *Hausmann, Steinert und Polley* die juristisch geprägten Autoren für ein Handbuch über Archivrecht in der Minderzahl sind, tut dem gesamten Projekt jedoch keinen Abbruch. Einerseits ist auf das im Vorwort kommunizierte Ziel „ein Handbuch zu wichtigen Rechtsfragen des Archivwesens aus archivarischer Sicht zu erarbeiten“ (V.) hingewiesen. Es geht also gezielt um die Darstellung des eigenen Ordnungsrahmens aus der Sicht der archivischen Fachdisziplin selbst.

Und andererseits führen die nichtjuristischen Studienhintergründe der Autoren keinesfalls zu rechtsfernen Beiträgen in diesem Handbuch. Hinzu kommt, dass gerade mit *Rainer Polley* ein Wissenschaftler an diesem Handbuch beteiligt ist, der sich um die spezifische Disziplin der Archivrechtswissenschaft durch maßgebliche Publikationen verdient gemacht hat.² Zu dieser hat in der jüngsten archivrechtlichen Literatur auch der ebenfalls an diesem Handbuch beteiligte *Jost Hausmann* mit seinem Leitfaden beigetragen.³

Was ist ein Handbuch? Der Duden definiert ein solches als „Buch in handlichem Format, das den Stoff eines bestimmten Wissensgebietes oder dergleichen in systematischer, lexikalischer Form behandelt“⁴. Der Aufbau dieses Buches, das in der Reihe „Berliner Bibliothek zum Urheberrecht“ als Band 10 erschienen ist, folgt der programmatischen Reihenfolge der Archivaufgaben, wie sie in den Archivgesetzen normiert sind. Dementsprechend besitzt *Archivrecht für die Praxis* eine inhaltliche und keine begrifflich-systematische oder alphabetische Anordnung der Beiträge. Ein Malus ist darin ganz und gar nicht zu sehen, da der inhaltlich logische Aufbau

* Der Autor ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften an der Universität Erfurt, Lehrbeauftragter und forscht zur Reform des deutschen Archivrechts.

¹ Andere aktuelle Beiträge: *Jost Hausmann*, Archivrecht. Ein Leitfaden, Frankfurt/Main 2016; *Hannes Berger*, Das deutsche Archivrecht im Wandel, ZLVR 1/2016, S. 12-22; *Hannes Berger*, Neuregelung des Bundesarchivrechts, ZRP 1/2017, S. 15-18; *Hannes Berger*, Zur Reform des Thüringer Archivgesetzes, ThürVBl. 5/2017, S. 105-109.

² Etwa: *Rainer Polley*: Das Gesetz über die Sicherung und Nutzung von Archivgut des Bundes, in: NJW 1988, S. 2026 f; *Rainer Polley* (Hrsg.): Archivgesetzgebung in Deutschland. Beiträge eines Symposiums, Marburg 1991 *Rainer Polley* (Hrsg.): Archivgesetzgebung in Deutschland – Ungeklärte Rechtsfragen und neue Herausforderungen. Beiträge des 7. Archivwissenschaftlichen Kolloquiums der Archivschule Marburg, Marburg 2003

³ *Jost Hausmann*, Archivrecht. Ein Leitfaden, Frankfurt/Main 2016.

⁴ www.duden.de/rechtschreibung/Handbuch.

durch ein sehr hilfreiches Sachregister (S. 241-246) ergänzt wird.

Nach einleitenden und historisch ordnenden Ausführungen in *Kapitel I. Geheimnis – Gedächtnis* wird ein wertvolles Kapitel zu den Archiven im Staat, zum Archivrecht und zum Datenschutz in *II. Rahmenbedingungen* gegeben. Einen wichtigen und guten Beitrag zur Verortung der Archive im föderalen Staat der Bundesrepublik gibt Herausgeberin *Becker* (S. 13-18) mit dem der Leser einen Überblick über die verschiedenen Ebenen der Archive und ihrer Träger erhält. Dankenswert ist vor allem die Ausführung über die verschiedenen Regelungsoptionen für kommunale Archive mittels der Instrumente Satzung und Dienstanweisung.

Vielfach wird die Entstehung des Archivrechts auf das Volkszählungsurteil des BVerfG aus dem Jahr 1983 zurückgeführt, was auch in Hinblick auf die *Archivgesetze* zutrifft. *Polley* (S. 19-36) liefert hier jedoch einen sehr lesenswerten Abschnitt über die in dieser Form selten bedachten archivrechtlichen Bestimmungen und Verordnungen wesentlich früherer Zeiten. Zu nennen sind etwa das Kulturgutschutzgesetz von 1955, das Gesetz über die Gliederung der Archivverwaltung in Baden-Württemberg von 1974 oder die Benutzungsordnungen und die ministeriellen Runderlasse in Hessen der Jahre 1962, 1977 und 1978. Erkennlich wird daraus ebenfalls, dass die Archive sich bereits längst vor dem Volkszählungsurteil als besondere Datenschutzbehörden verstanden.

Es bleibt jedoch nicht bei historischen Überlegungen. „Angesichts des Vordringens der digitalen Welt sind alle damit zusammenhängenden Entwicklungen bei der Weiterentwicklung der Gesetze zu berücksichtigen; dazu zählen auch im Feld des Datenschutzes entsprechende Anpassungen, die nicht zuletzt durch die EU-Datenschutzgrundverordnung notwendig geworden sind.“ (*Polley*, S. 36).

Diese Einschätzung ist vollkommen zutreffend. Das Archivwesen ist durch die Digitalisierung, das Datenschutzrecht und das Informationszugangsrecht in großer Bewegung, was in den letzten 10 Jahren zu bedeutsamen Archivrechtsanpassungen führte. Eine knappe Besprechung der Bedeutung der Datenschutzgrundverordnung für das Archivwesen wird deshalb auch von *Rehm* (S. 37-40) geliefert, der zu Recht auf die Privilegierung

archivischer Zwecke hinweist. Was in Archivrecht für die Praxis aufgrund des Erscheinungszeitpunktes nicht mehr angesprochen wird, ist, dass auch der Bundesgesetzgeber von den archivbezogenen Öffnungsklauseln Gebrauch gemacht hat und im neuen § 28 Bundesdatenschutzgesetz die Privilegierung der Archive fortschreibt.⁵

Mit Teil *III. Überlieferungsbildung* wird der Hauptaufgabe der öffentlichen Archive Aufmerksamkeit geschenkt. *Stockert* und *Popp* betonen etwa, „dass die Archive aus ihrer intimen Kenntnis des Verwaltungshandelns heraus eine zentrale Rolle in Forschung und Beratung übernommen haben“ (S. 45). Dem ist beizupflichten, denn insbesondere die massive Umstellung der Verwaltung und Gerichte auf die elektronische Vorgangsbearbeitung muss von der Expertise der Archive begleitet und ein Datenformat-Wildwuchs unbedingt verhindert werden.

Auf die Begriffserweiterung der Unterlage auf elektronische Daten weist *Becker* (S. 60) mit den entsprechenden Rechtsgrundlagen hin. Die Überlieferungsbildung und Bewertung haben dabei nicht nur den Zweck des Kulturerhalts und der wissenschaftlichen Forschung, sondern auch der Rechtssicherung (S. 70), was etwa in später auftretenden oder gar in parlamentarischen Untersuchungsausschüssen⁶ von wesentlicher Bedeutung sein kann.

Aus verwaltungsrechtlicher Perspektive müssen die Anmerkungen *Keitels* (S. 76f.) und *Rehms* (S. 105) zur *Widmung von öffentlichem Archivgut* durch Bewertung und Übergabe von einer öffentlichen Sache im Verwaltungsgebrauch zu einer öffentlichen Sache im Anstaltsgebrauch hervorgehoben und begrüßt werden. Dass das Archivrecht einen speziellen Fall des Rechts der öffentlichen Sachen darstellt ist leider weitgehend unbekannt. Die hier (S. 77) vorgestellte neue Regelung im Sächsischen Archivgesetz über Verfügungsrecht, Widmung des Archivgutes und die öffentliche Sachherrschaft kann nur als Vorbild gelten, es ist bedauerlich, dass diese klare gesetzliche Regelung noch keinen weiteren Niederschlag in anderen Ländern gefunden hat. Schade ist auch, dass der Begriff der Widmung nicht im Sachregister auftaucht.

⁵ *Deutscher Bundestag*, Drs. 18/11325, S. 31.

⁶ BVerwG 6 A 2.11 vom 8. März 2012, Rn. 3.

Das Oberkapitel IV. *Bestandserhaltung* untersucht den Ordnungsrahmen für Konservierung und Restaurierung (*Barteleit*, S. 91-98), zur digitalen Bestandserhaltung (*Keitel*, S. 99-103) sowie die Wirkungen des Kultur- und Denkmalschutzrechts auf das Archivgut (*Rehm*, S. 104-113).

Zu Kapitel V. *Erschließung und Findmittel* liefert *Brinkhus* einen soliden Abschnitt, insbesondere zu heutigen Fragen der Veröffentlichung von Findmitteln im Internet (S. 117-131).

Das mit Abstand umfangreichste Kapitel ist VI. *Zugang zu Archivgut*. Völlig zu Recht hebt *Rehm* (S. 136) die demokratische Kontrollfunktion zugänglicher öffentlicher Informationen und der Archive hervor. Dass Archivbenutzung im Dreieck der Verfassungsgüter Informations- bzw. Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 und 3 GG), dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der rechtsstaatlichen und kulturstaatlichen Rechts- und Überlieferungssicherung (Art. 20 Abs. 3 GG und aus den Landesverfassungen) stattfindet klingt bei *Axer* (S. 143ff) an.

Praktisch äußerst relevante Ausführungen über die unterschiedlichen *Schutzfristen* (S. 144ff), deren *Ausnahmen* (S. 148f.) sowie die Voraussetzungen für die *Verkürzung* von Schutzfristen, etwa zur Privilegierung wissenschaftlicher Forschung finden sich bei *Axer* und *Kotte* in diesem Kapitel. Beide Autorinnen klären anschließend die ebenfalls besonders in der Praxis wesentlichen Fragen der *Einschränkung und Versagung* des Zugangs (S. 165-170).

Der vorliegende Band Archivrecht in der Praxis erfüllt sein eigens gestecktes Ziel, ein Handbuch der wesentlichen Rechtsfragen des Archivwesens aus der Sicht der Fachvertreter selbst zu sein. Das Handbuch gibt einen fundierten und gut lesbaren Eindruck über alle relevanten Fragen des Archivrechts in einer sich gesellschaftlich und staatlich wandelnden Zeit. Die Systematik des Buches, sein Sachregister und seine Einteilung der Unterkapitel machen den Band zu einer sehr gut handhabbaren Einstiegslektüre für Archivare und Juristen. Wesentliche Aspekte, wie die Bezüge zur Datenschutzgrundverordnung, zu den Informationsfreiheitsgesetzen und zu Digitalisierung werden an vielen Stellen beleuchtet. Au-

ßerdem kommt eine stets gut lesbare und gleichwohl anspruchsvolle Sprache zu diesem positiven Gesamtbild hinzu.

Was dem Buch mit Sicherheit gut getan hätte, ist ein eigener und ausführlicher Teil zum Komplex des Verwaltungsverfahrensrechts. Denn Archivrecht ist Teil des Öffentlichen Rechts und Teil des Besonderen Verwaltungsrechts. Archivvorgänge, insbesondere die Benutzung, sind Verwaltungsverfahren im Sinne des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Der Amtsermittlungsgrundsatz, das Wesen des Verwaltungsaktes, seiner Nebenbestimmungen und der Begründungspflicht, da Vorliegen von Ermessenentscheidungen und die notwendige Beantragung nach den Benutzungsverordnungen sowie schließlich die sehr praktisch relevanten Fragen von Rücknahme und Widerruf der Genehmigung seien hier nur exemplarisch als wichtige Handlungsgrundlagen für die Archivverwaltung aufgeführt. Dieses Wissen muss für die rechtmäßige Archivverwaltungstätigkeit vorhanden sein und wäre gerade in einem Band über Archivrecht in der Praxis von Bedeutung gewesen.

Ebenfalls vermisst man die doch gerade so aktuell brennenden Fragen der rechtlichen Anforderungen an die digitale Bestandserhaltung. Der Verweis auf das OAIIS und die Migration und Emulation (S. 100-102) sind da einfach zu wenig. Regelungen über die ordnungsgemäße Aktenführung, die auch für die Archivierung gelten (§ 18 Registraturrechtlinie), die gesetzlich vorgeschriebene Neusignierung nach dem Signaturrecht, oder die Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Forschung zu den Anforderungen⁷ sowie die Konzepte des Bundesinnenministeriums des Innern⁸, die genau jene rechtlichen Anforderungen an die digitale Bestandserhaltung untersuchen und aufstellen, fehlen in diesem Buch eindeutig. Das ist bedauerlich, da dies die wohl wichtigste Frage in der Fortentwicklung der öffentlichen Archive zu Beginn des 21. Jahrhunderts ist.

Nicht mehr als eine *Petitesse*, die doch zumindest manchmal für Verwirrungen sorgt, ist die Zitierung von

⁷ Zentral etwa: *Alexander Roßnagel/Andreas Schmidt/Daniel Wilke*, Rechtssichere Transformation signierter Dokumente, Baden-Baden 2009; *Paul Schmücker/Alexander Roßnagel*, Beweiskräftige elektronische Archivierung, Heidelberg 2005.

⁸ Vor allem *Bundesministerium des Innern*, Organisationskonzept elektronische Verwaltungsarbeit. Baustein E-Langzeitspeicherung, Berlin 2014.

Normenfundstellen, die zuerst das Gesetz und dann den entsprechenden Paragraphen anführt. Das ist zumindest unüblich und kann zu Verwechslungen führen, wenn mehrere Rechtsformen in einer Fußnote zitiert werden. Beim ersten Blick bezieht man den Paragraphen auf das falsche Gesetz (z.B. S. 61: „BArchG § 2 Abs. 8 und 9; LarchG M-V § 2 Abs. 2 und 3; ArchivG-LSA § 3 Abs. 1 und 2 ..“) Außerdem wird die Zitierweise in diesem Handbuch nicht einheitlich eingehalten (vgl. die Seiten 61 und 121).

Von diesen Punkten abgesehen bleibt in jedem Fall ein zentraler Beitrag zur Fortentwicklung der Archivrechtswissenschaft, die angesichts der wachsenden Rolle der Archive eine wünschenswerte Entwicklung ist. Die Archive werden mehr und mehr durch die Digitalisierung zu modernen Informationsdienstleistern und Beratungsstellen. *Archivrecht für die Praxis* eröffnet Archivbediensteten, Verwaltungsjuristen und potentiellen Benutzern ein hilfreiches und erschwingliches Handbuch zum schnellen Einlesen.

Ankündigung: Schriftenreihe der Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht

Unregelmäßige Schriftenreihe zu aktuellen Fragen des Öffentlichen Rechts der Länder

Der Herausgeberkreis plant, eine eigene Schriftenreihe mit umfangreicheren Beiträgen zu Streitfragen des aktuellen Landesverfassungs- und Landesverwaltungsrechts zu etablieren.

Hintergründe, Theorie, Vertiefung

Gleichwohl wird die Schriftenreihe sich nicht nur dem Tagespolitischen widmen, sondern ebenso rechtshistorische und rechtstheoretische Arbeiten zu landesrechtlichen Entwicklungen liefern.

Im Erscheinen:

Band 1: Die Neutralitätspflicht an Hochschulen und der Protest gegen extreme Parteien

Illustriert anlässlich der und bezogen auf die Ereignisse vom 14. Juni 2017 an der Universität Erfurt.
Eine rechtliche Einordnung.

von Lukas Christoph Gundling

Impressum

Herausgeber und Verantwortliche für die Ausgabe:

Erfurter Gesellschaft für deutsches Landesrecht GbR

Postfach 80 07 06

99033 Erfurt

Homepage: zlv.de

Email: redaktion@zlv.de

Verantwortliche Herausgeber: Hannes Berger, Lukas C. Gundling.

Die Zeitschrift erscheint quartalsweise im Selbstverlag und ist im Sinne einer freien Wissenschaft kostenlos und jederzeit online zugänglich.

Eine Printversion der Zeitschrift für Landesverfassungsrecht und Landesverwaltungsrecht ist ausschließlich gegen Spende bestellbar.

Spende je Einzelheft: 10,--€

Spende je Jahrgang: 38,50€

Bestellungen sind unter www.zlv.de oder postalisch möglich.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit Erlaubnis der Herausgeber.

Autor_innen senden Manuskripte unter redaktion@zlv.de ein. Manuskripte müssen den Anforderungen der Autorenhinweisen entsprechen.