

# Kommentar zum Grundgesetz: GG Band 2: Artikel 20 bis 82

von

Prof. Dr. Hermann v. Mangoldt, Prof. Dr. Friedrich Klein, Prof. Dr. Christian Starck, Michael Brenner, Prof. Dr. Claus Dieter Classen, Prof. Dr. Thomas von Danwitz, Prof. Dr. Astrid Epiney, Dr. Volker Epping, Prof. Dr. Udo Fink, Karl-Eberhard Hain, Prof. Dr. Markus Heintzen, Dr. Monika Jachmann, Prof. Dr. Bernhard Kempen, Prof. Dr. Christian Koenig, Dr. Stefan Koriath, Prof. Dr. Wolfgang März, Johannes Masing, Dr. Klaus-Georg Meyer-Teschendorf, Stefan Oeter, Prof. Dr. Jochen Rozek, Prof. Dr. Meinhard Schröder, Prof. Dr. Martin Schulte, Dr. Kyrill-Alexander Schwarz, Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Prof. Dr. Rudolf Streinz, Prof. Dr. Peter J. Tettinger

6., vollständig neubearbeitete Auflage

[Kommentar zum Grundgesetz: GG Band 2: Artikel 20 bis 82 – Mangoldt / Klein / Starck / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Staatsrecht, Staatslehre – Öffentliches Recht](#)

Verlag Franz Vahlen München 2010

Verlag Franz Vahlen im Internet:

[www.vahlen.de](http://www.vahlen.de)

ISBN 978 3 8006 3732 4

## Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns Art. 20 Abs. 3

fenden tatsächlichen Grundlagen ausgegangen ist.<sup>300</sup> Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nimmt das Bundesverfassungsgericht jedenfalls in Fällen, in denen eine deutliche Grundrechtsbeeinträchtigung sichtbar wird, eine eingehende Abwägung aller relevanten Belange vor. Dabei achtet es insbesondere darauf, dass die Grundrechte nicht „unzumutbar“ eingeschränkt werden<sup>301</sup> und dass die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung nicht nur zu dem Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter, sondern auch zu der Wahrscheinlichkeit eines Erfolges des beabsichtigten Schutzes in einem angemessenen Verhältnis steht.<sup>302</sup>

*bb) Ratione materiae* beschränkt das Bundesverfassungsgericht den Anwendungsbe- 317  
reich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf das **Verhältnis Staat – Bürger**. Ihm komme „eine die individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion“ zu.<sup>303</sup> Im Verhältnis von Trägern oder Organen der Staaten untereinander soll der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gelten, wengleich das Gericht unter Berufung auf organisationsrechtliche Prinzipien der Sache nach in entsprechenden Fällen durchaus eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführt. Dies lässt sich an den vom Bundesverfassungsgericht aus der Bundestreue hergeleiteten prozeduralen Kriterien für die Ausübung des Weisungsrechts des Bundes gegenüber den Ländern nach Art. 85 Abs. 3 GG<sup>304</sup> oder an den von ihm entwickelten Grundsätzen zu den Grenzen einer die gemeindliche Selbstverwaltung mindernden Entziehung örtlicher Aufgaben durch den Gesetzgeber<sup>305</sup> zeigen. Insbesondere im erstgenannten Fall, in dem das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich bekräftigt hat, dass neben der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten kein Raum für die Kompetenzausübung begrenzende andere Verfassungsgrundsätze sei,<sup>306</sup> liegt strukturell eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.

Nach hier vertretener Ansicht ist das **Verhältnismäßigkeitsgebot immer dann an-** 318  
**wendbar, wenn Eingriffe in autonome Rechts- oder Kompetenzsphären zu prüfen sind** (vgl. oben Rdnr. 39).<sup>307</sup> Als regulativer Rationalitätsmaßstab kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz freilich niemals für sich, sondern immer nur in Bezug auf konkrete Rechtspositionen Bedeutung erlangen.<sup>308</sup> Er ist in diesem Sinne akzessorisch. Auf Verfassungsebene bleiben zwar die Grundrechte sein Hauptanwendungsgebiet; er liefert jedoch ausnahmsweise dann Kriterien für das Verhältnis zwischen Trägern staatlicher Gewalt oder zwischen Staatsorganen, wenn es um Eingriffe in eine rechtlich besonders geschützte Kompetenzsphäre geht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann daher insbesondere mit den Prinzipien der Bundestreue und der Organtreue eine Verbindung

<sup>300</sup> Aus der jüngeren Rechtsprechung exemplarisch BVerfGE 103, 242, 263 ff., wo es allerdings (formell) nicht an die Verhältnismäßigkeitsprüfung anknüpft. Näher zu eigenen Folgenerwägungen des Bundesverfassungsgerichts *Karl-Peter Sommermann*, *Folgenforschung und Recht*, in: ders. (Hrsg.), *Folgen von Folgenforschung*, Speyer 2002, S. 39, 41 ff.

<sup>301</sup> Vgl. nur BVerfGE 104, 337, 349 ff.

<sup>302</sup> BVerfGE 115, 320, 360 ff. – Zur Notwendigkeit einer Berücksichtigung der Erfolgseignung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Maßnahmen der Gefahrenprävention bzw. der Strafverfolgung vgl. bereits BVerfGE 42, 212, 220; 96, 44, 51; 113, 29, 57; 115, 166, 197.

<sup>303</sup> BVerfGE 81, 310, 338.

<sup>304</sup> BVerfGE 81, 310, 337 f.

<sup>305</sup> BVerfGE 79, 127, 147 ff.; vgl. aber BVerfGE 103, 332, 366 f., wo das Gericht Eingriffe in die Planungshoheit der Gemeinden am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz prüfen will.

<sup>306</sup> BVerfGE 81, 310, 338.

<sup>307</sup> Ähnlich *Michael Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 20 Rdnr. 147 („... soweit ... Regelungen Einwirkungen auf geschützte Rechtspositionen nach dem Regel-Ausnahme-Schema zulassen“), und nunmehr *Andreas Heusch*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Berlin 2003, S. 86 ff., der eine weitere Konkretisierung der Voraussetzungen unternimmt. Enger *Hans D. Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rdnr. 82, und *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, II, Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnr. 176, die eine Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur bejahen, wenn einem Staatsorgan ein „subjektives Recht“ eingeräumt sei; ähnlich auch *Bernd Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 20 VII (2006), Rdnr. 109.

<sup>308</sup> Vgl. das Urteil 55/1996 des spanischen Verfassungsgerichts vom 28. 3. 1996, II 3 (Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1996, Nr. 180, S. 26, 34).

## Art. 20 Abs. 3

### Abgeleitete Grundsätze

eingehen (vgl. oben Rdnr. 39 und 225). Das Argument des Bundesverfassungsgerichts, das Bund-Länder-Verhältnis sei „von Staatlichkeit und Gemeinwohlorientierung“ bestimmt, so dass das „Denken in den Kategorien von Freiraum und Eingriff“ darauf nicht übertragbar sei, überzeugt nicht. Wenn der Verfassungsgeber einerseits bestimmte Kompetenzsphären besonders schützt und andererseits Eingriffsmöglichkeiten für andere Kompetenzträger vorsieht, müssen auch hier beide Seiten ins Verhältnis gesetzt werden, wofür der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rationalitätskriterien liefert.

### d) Untermaßverbot

319 Während das Übermaßverbot staatlichen Eingriffen eine Grenze zieht, definiert das **Untermaßverbot** einen **Mindeststandard staatlicher Intervention**.<sup>309</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in Anknüpfung an das Schrifttum<sup>310</sup> das Untermaßverbot bisher als **Maßstab für die Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten** anerkannt.<sup>310a</sup> Im Zusammenhang mit dem Schutz ungeborenen Lebens hat es den Grundsatz dahin konkretisiert, die Vorkehrungen des Gesetzgebers müssten „für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein“.<sup>311</sup> Im Schrifttum gibt es Ansätze, die Prüfungsschritte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *mutatis mutandis* auf das Untermaßverbot zu übertragen.<sup>312</sup>

320 Anders als der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet das **Untermaßverbot** indes in Art. 20 Abs. 3 GG keine Stütze. Die Schutzpflichten des Staates und ihre Reichweite sind vielmehr **den Grundrechten in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip** in seiner grundrechtsfördernden Dimension (vgl. oben Rdnrn. 107 ff.), gegebenenfalls auch dem Umweltstaatsziel des Art. 20a GG<sup>313</sup> **zu entnehmen**. Hinsichtlich der Verwirklichung von Staatszielbestimmungen wird ein verfassungswidriges Unterlassen nur in Evidenzfällen festzustellen sein. Eine Erhöhung der Kontrolldichte durch Anwendung eines dogmatisch ausdifferenzierten Untermaßverbots würde die notwendige Einschätzungsprärogative des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers bei der Staatszielverwirklichung beseitigen.<sup>314</sup>

## 4. Gerichtliche Kontrolle/Rechtsschutz

321 Für die Berechenbarkeit staatlichen Handelns, aber auch für einen darüber hinausgehenden Schutz der Rechte des Einzelnen ist eine wirksame gerichtliche Kontrolle der Staatsgewalt unabdingbar.<sup>315</sup> Erst durch Bereitstellung entsprechender prozessualer In-

<sup>309</sup> Vgl. *Detlef Merten*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, Speyer 1994, S. 15, 27; *ders.*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: HGR Bd. III, § 68, S. 517, 563 (Rdnr. 82): „Das Untermaßverbot richtet sich gegen staatliche Passivität, das Übermaßverbot gegen staatliche Aktivität.“

<sup>310</sup> *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR V, § 111, S. 14, 232 (Rdnr. 165). Bereits 1980 hatte *Gunmar Folke Schuppert* im Hinblick auf die Ausführungen in der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch zusammenfassend vom „Untermaßverbot“ gesprochen, vgl. *ders.*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsin-terpretation, Königstein i. Ts. 1980, S. 15; hinsichtlich der Ausübung polizeilichen Ermessens sprach *Volkmar Götz*, Innere Sicherheit, in: HStR III, § 79, S. 1007, 1025 ff. (Rdnrn. 30 f.), vom Untermaßverbot. Wegen einer Verknüpfung des Untermaßverbots mit dem aus den Grundrechten herzuleitenden Gebot der Schaffung von Mindestvoraussetzungen für eine „effektive Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit“ vgl. *Arno Scherzberg*, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, Berlin 1989, S. 208 ff.

<sup>310a</sup> Vgl. BVerfGE 109, 190, 247.

<sup>311</sup> BVerfGE 88, 203, 254.

<sup>312</sup> Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 460 f., 574 ff.; *ders.*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVBl. 2003, 1096, 1102 f.; *ders.*, Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2007, S. 201, 215 f.; *Georg Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987, S. 253 ff.; *Merten*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, S. 28 ff.

<sup>313</sup> Vgl. *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, S. 576 f.

<sup>314</sup> Näher dazu *Sommermann*, Staatsziele, S. 439 ff.

<sup>315</sup> Vgl. BVerfGE 107, 395, 401.

## Sonstige Elemente der Rechtsstaatlichkeit Art. 20 Abs. 3

strumente kann die Wirksamkeit des Rechts sichergestellt werden.<sup>316</sup> Da die in Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG vorausgesetzte gerichtliche Kontrolle kein Selbstzweck ist und im Hinblick auf das Prinzip des Schutzes der Menschenwürde und individuellen Freiheit nicht auf richterliche Entscheidung zivilrechtlicher Streitigkeiten beschränkt sein kann, muss sie auch dem subjektiven Rechtsschutz des Einzelnen im Verhältnis zur Staatsgewalt dienen.<sup>317</sup> Art. 20 Abs. 2 und 3 i. V. m. Art. 1 GG bzw. Abs. 1 GG ist daher eine **verfassungsänderungsfeste Rechtsschutzgarantie** zu entnehmen, die sich im „rechtsstaatlichen Kerngehalt“ nicht von der speziellen Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG unterscheidet<sup>318</sup> und jedenfalls im Bereich der grundrechtsrelevanten Rechtspositionen das Gebot effektiven Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte, nur ausnahmsweise durch gleichwertige andere Kontrollorgane,<sup>319</sup> umfasst.

Der entsprechende, vom Bundesverfassungsgericht aus dem „Rechtsstaatsprinzip“ in Verbindung mit den Grundrechten, insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG, abgeleitete **Justizgewährungsanspruch**,<sup>320</sup> umfasst „das Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter“.<sup>321</sup> Im Hinblick darauf, dass die staatliche Strafgewalt in besonderem Maße in die Rechtssphäre des Einzelnen eingreift, muss im Übrigen die Verhängung einer Kriminalstrafe von vornherein richterlicher Entscheidung vorbehalten bleiben.<sup>322</sup> Soweit es um mindere, nicht mit strafrechtlichem Urwerturteil verbundene Sanktionen geht, welche die Exekutive wegen Verwaltungsunrecht (Ordnungswidrigkeiten) verhängt, darf der gerichtliche Rechtsschutz genauso wenig wie bei sonstigen belastenden Maßnahmen des Staates ausgeschlossen werden. Der Justizgewährungsanspruch umfasst auch den „**Rechtsschutz gegen die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör** in jeder gerichtlichen Instanz“, wobei der notwendige Schutz des Art. 103 Abs. 1 GG in erster Linie von der Fachgerichtsbarkeit gewährt werden soll.<sup>323</sup> Bei der vom Bundesverfassungsgericht vertretenen engen Auslegung des Begriffs „öffentliche Gewalt“ in Art. 19 Abs. 4 GG als „vollziehende Gewalt“ gewinnt der Justizgewährungsanspruch somit auch im Verwaltungsprozess als eigenständige Rechtsschutzgarantie gegenüber der richterlichen Gewalt Bedeutung.<sup>324</sup>

## 5. Sonstige Elemente der Rechtsstaatlichkeit

Das Rechtsstaatsprinzip wird namentlich im Schrifttum mit einer großen Zahl weiterer Elemente in Verbindung gebracht.<sup>325</sup> Nicht alle lassen sich mit der notwendigen Stringenz in das Rechtsstaatsprinzip einordnen, soll dieses nicht seine Konturen verlieren. Der Kreis der hier behandelten Komponenten des Rechtsstaatsprinzips ist erheblich kleiner, da er nur diejenigen Subprinzipien erfasst, bei denen eine Herleitung aus

<sup>316</sup> Vgl. bereits *Otto Bähr*, *Der Rechtsstaat*, Kassel/Göttingen 1864, S. 12: „Recht und Gesetz können nur da wahre Bedeutung und Macht gewinnen, wo sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereit finden.“ Aus dem aktuellen Schrifttum siehe etwa *Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat*, S. 513 (Ziff. 125) mit S. 493 (Ziff. 59).

<sup>317</sup> Vgl. BVerfGE 30, 1, 27.

<sup>318</sup> BVerfGE 107, 395, 403.

<sup>319</sup> Vgl. BVerfGE 30, 1, 27 f.

<sup>320</sup> Vgl. BVerfGE 93, 99, 107; 107, 395, 401; 117, 71, 121 f.; siehe auch BVerfGE 28, 21, 36; 54, 277, 291; 80, 103, 107; 85, 337, 345; 88, 118, 123 f.

<sup>321</sup> BVerfGE 85, 337, 345.

<sup>322</sup> Vgl. BVerfGE 22, 49, 80, sowie oben Rdnr. 220.

<sup>323</sup> BVerfGE 107, 395, 410 ff. (Plenarentscheidung); 119, 292, 297.

<sup>324</sup> Vgl. BVerfGE 107, 395, 401 ff. Zur Reichweite der Entscheidung *Andreas Voßkuhle*, *Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter*, NJW 2003, 2193–2200. Vgl. auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Falle „Kudla“ vom 26. 10. 2000, ECHR 2000-XI, S. 197 ff., in der das Recht auf eine wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) auf das in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierte Recht auf ein „Verfahren innerhalb angemessener Frist“, also auf Rechtsschutz gegenüber den Gerichten erstreckt wird.

<sup>325</sup> Vgl. dazu die Liste der „Rechtsstaatsmerkmale“ bei *Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat*, S. 471 ff., welche zugleich die Plausibilität der Zurechnung der Merkmale zum Rechtsstaatsprinzip untersucht.

## Art. 20 Abs. 3

### Abgeleitete Grundsätze

Art. 20 Abs. 3 GG, ggf. in Verbindung mit anderen Verfassungsbestimmungen, nachvollziehbar ist.

- 324 Als wichtigste sonstige Elemente des Rechtsstaatsprinzips sind für den Bereich des Strafrechts die **Garantien der Unschuldsvermutung, des Schuldprinzips und des Rechts auf ein faires Verfahren** zu nennen, die schwerpunktmäßig in Art. 1 GG (materielle Rechtsstaatlichkeit; vgl. oben Rdnr. 238) zu verorten sind. Das Bundesverfassungsgericht hat die Unschuldsvermutung mehrfach als eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips bezeichnet.<sup>326</sup> Dabei hat es das Rechtsstaatsprinzip in Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention ausgelegt, die sich somit gerade hinsichtlich der nicht ausdrücklich genannten, jedoch aus Art. 1 und 20 GG herleitbaren Grundsätze als wichtiger Konkretisierungsmaßstab erweist (vgl. sogleich Rdnr. 327). Auch das Schuldprinzip folgt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Rechtsstaatsprinzip.<sup>327</sup> Das „Maß der individuellen Schuld“ soll „den Rahmen für die Strafzumessung“ bilden,<sup>328</sup> die im konkreten Fall unter Berücksichtigung der Strafzwecke<sup>329</sup> und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>330</sup> zu treffen sei. Aus „dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG“ folgt nach dem Bundesverfassungsgericht ferner ein Recht auf ein faires Verfahren.<sup>331</sup> Dieses auch in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerte Recht soll als „allgemeines Prozessgrundrecht“ zur Anwendung kommen, wenn spezielle Verfahrensgarantien nicht eingreifen.<sup>332</sup> Im Strafverfahren ist ihm insbesondere das **Gebot der Waffengleichheit**<sup>333</sup> und das **Verbot einer Verfahrensverzögerung**<sup>334</sup> zu entnehmen. Für bürgerliche und öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten ist neben dem Gebot der prozessualen Waffengleichheit<sup>335</sup> das Beschleunigungsgebot oder Gebot der Klärung strittiger Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit aus dem rechtsstaatlichen Justizgewährungsanspruch<sup>336</sup> bzw. dem in Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Recht auf effektiven Rechtsschutz<sup>337</sup> herzuleiten (vgl. Bd. 1, Art. 19 Abs. 4, Rdnrn. 483 ff.).
- 325 Wesentliche Elemente eines **Systems der Staatshaftung**<sup>338</sup> sind den Art. 14 und 34 GG zu entnehmen. Aus den Grundrechten in Verbindung mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) ist jedenfalls ein auf die Beseitigung rechtswidriger Folgen staatlichen Handelns gerichteter **Folgenbeseitigungsanspruch** abzuleiten, vgl. oben Rdnr. 271.
- 326 Die Existenz einer **Verfassungsgerichtsbarkeit**, die heute teilweise ebenfalls als ein Merkmal eines modernen Rechtsstaates betrachtet wird,<sup>339</sup> lässt sich institutionell nicht

<sup>326</sup> Vgl. nur BVerfGE 35, 311, 320; 74, 358, 370; 110, 1, 22 f.; 113, 273, 323 f.

<sup>327</sup> BVerfGE 20, 323, 331. Genauer zur Herleitung BVerfGE 95, 96, 140; 120, 224, 253: „Der Grundsatz ‚keine Strafe ohne Schuld‘ hat Verfassungsrang; er findet seine Grundlage im Gebot der Achtung der Menschenwürde sowie in Art. 2 Abs. 1 und im Rechtsstaatsprinzip“.

<sup>328</sup> BVerfGE 109, 133, 173 m. w. N.

<sup>329</sup> BVerfGE 109, 133, 173.

<sup>330</sup> BVerfGE 92, 277, 326.

<sup>331</sup> BVerfGE 109, 38, 60; vgl. zuvor BVerfGE 38, 105, 111.

<sup>332</sup> BVerfGE 109, 38, 60.

<sup>333</sup> BVerfGE 38, 105, 111; 110, 226, 252. Aus Art. 3 Abs. 1 GG ist nach BVerfGE 35, 263, 276, ein allgemeiner Anspruch auf „gleiche Behandlung im Verfahren“ herzuleiten.

<sup>334</sup> BVerfGE 63, 45, 69; eingehend der Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG vom 5. 2. 2003–2 BvR 327/02 – Rdnrn. 33 ff. Vgl. auch oben Anm. 314.

<sup>335</sup> BVerfGE 117, 163, 185.

<sup>336</sup> Vgl. etwa BVerfGE 88, 118, 124; 122, 248, 273.

<sup>337</sup> Vgl. etwa BVerfGE 60, 253, 269.

<sup>338</sup> Zur rechtsstaatlichen Forderung eines öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungssystems vgl. nur *Stern*, Staatsrecht I, § 20 IV 6 (S. 855 ff.).

<sup>339</sup> Vgl. etwa *Detlef Merten*, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1980, 773; im gleichen Sinne behandelt *Ipsen*, Staatsrecht I, das Bundesverfassungsgericht in dem mit „Rechtsstaat“ überschriebenen Abschnitten (§§ 17 u. 18). Ebenso für Frankreich: *Louis Favoreu u. a.*, *Droit Constitutionnel*, 5. Aufl., Paris 2002, wo die Verfassungsgerichtsbarkeit in dem Teil über den Rechtsstaat erörtert wird (S. 185 ff.).

aus den Art. 1 und 20 GG herleiten und hat somit nicht am änderungsfesten Minimum des Grundgesetzes teil. Aus der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) und dem Prinzip des Vorrangs der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) ist jedoch die Notwendigkeit einer wirksamen Verfassungskontrolle herzuleiten. Diese könnte freilich auch durch die einfachen Gerichte erfolgen, etwa im Sinne eines am amerikanischen „judicial review“<sup>340</sup> orientierten Rechtsschutzsystems.

#### IV. Das Rechtsstaatsprinzip unter dem Einfluss des Völker- und Europarechts

Zahlreiche rechtsstaatliche Garantien sind mittlerweile auch durch die Bindung der Bundesrepublik Deutschland an völkerrechtliche Verträge, insbesondere Menschenrechtsabkommen, abgesichert.<sup>341</sup> Gemäß dem aus Art. 1 Abs. 2 GG herzuleitenden Grundsatz menschenrechtskonformer Auslegung (vgl. dazu oben Rdnrn. 136 f.) sind diese Verträge, ggf. auch die Rechtsprechung der zu ihrer Durchsetzung eingesetzten völkerrechtlichen Organe, wichtige Konkretisierungsmaßstäbe für das innerstaatliche Recht, auch das Verfassungsrecht.<sup>342</sup> Da die Ausdifferenzierung der völkerrechtlichen Garantien durch eine Vielzahl spezieller Menschenrechtsabkommen voranschreitet, führt die Entwicklung im Völkerrecht zugleich zu einer Dynamisierung des Verfassungsrechts. Grenzen liegen freilich dort, wo die völkerrechtlichen Verträge die menschenrechtlichen Konzepte verlassen, die auch im Grundgesetz Niederschlag gefunden haben.<sup>343</sup>

Zunehmend gehen Impulse für eine Weiterentwicklung des rechtsstaatlichen Standards in Deutschland auch vom Europäischen Unionsrecht aus. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit ist seit dem Maastrichter Vertrag von 1992 in der Präambel und seit dem Amsterdamer Vertrag von 1997 in den Grundlagenartikeln der Union verankert,<sup>344</sup> Nachdem ebenfalls bereits seit dem Maastrichter Vertrag und in Bestätigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als dem Gemeinschaftshandeln Grenzen setzende allgemeine Grundsätze des Unionsrechts anerkannt sind,<sup>345</sup> wurde durch den Lissabonner Vertrag vom 13. Dezember 2007 auch die Europäische Grundrechte-Charta in den Rang von Primärrecht erhoben.<sup>346</sup> Unter den im Unionsrecht maßgeblich durch die

<sup>340</sup> Vgl. hierzu etwa *Lawrence H. Tribe*, *American Constitutional Law*, Bd. 1, 3. Aufl., New York 2000, § 3 (S. 207 ff.); *Winfried Brugger*, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen 1987, S. 1 ff.

<sup>341</sup> Vgl. dazu *Sommermann*, *Staatsziele*, S. 268 ff.

<sup>342</sup> Wegen der Rechtsprechung der Straßburger Konventionsorgane als Auslegungshilfe (bei der Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips) vgl. BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120; 83, 119, 128; 111, 307, 329; aus dem Schrifttum siehe insbesondere *Robert Uerpman*, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1993, S. 102 ff., 217 ff.; *Frank Hoffmeister*, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland*, in: *Der Staat* Bd. 40 (2001), S. 349 ff.

<sup>343</sup> Vgl. *Karl-Peter Sommermann*, *Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung. Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*, AöR 114 (1989), 391, 419 f.;

<sup>344</sup> Heute Präambel und Art. 2 EUV; für die Außenpolitik vgl. Art. 21 Abs. 1 u. Abs. 2 lit. b EUV. Zur Rechtsstaatlichkeit in der EG/EU näher *Armin von Bogdandy*, *Grundprinzipien*, in: ders./J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2009, S. 13, 36 ff.; *Delf Buchwald*, *Zur Rechtsstaatlichkeit der Europäischen Union*, *Der Staat* 37 (1998), 189 ff.; *Rainer Hofmann*, *Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, in: ders./J. Marko/F. Merli/E. Wiederin (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, Heidelberg 1996, S. 321 ff.

<sup>345</sup> Art. 6 Abs. 3 EUV (früher Art. 6 Abs. 2 EUV).

<sup>346</sup> Art. 6 Abs. 1 EUV; Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Grundrechte-Charta in Protokoll Nr. 30 zum EUV und AEUV.

## Art. 20 Abs. 3

### Das Rechtsstaatsprinzip

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ausgeformten rechtsstaatlichen Grundsätzen sind neben dem mittlerweile auch für Grundrechtseinschränkungen<sup>347</sup> ausdrücklich im Primärrecht statuierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>348</sup> die Prinzipien des Vertrauensschutzes<sup>349</sup> und der Bestimmtheit hervorzuheben.<sup>350</sup> Dennoch kann es punktuell zu einer Beeinträchtigung des rechtsstaatlichen Schutzstandards in Deutschland kommen. Hinzuweisen ist hier nicht nur auf teilweise Ausschaltung oder jedenfalls „Modifikation“ des demokratisch-rechtsstaatlichen Vorbehalts des Gesetzes,<sup>351</sup> sondern auch auf die Rechtsprechung des EuGH zum Vertrauensschutz bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen<sup>352</sup> sowie zur Begrenzung des einstweiligen Rechtsschutzes im Interesse der Wirksamkeit des Unionsrechts.<sup>353</sup> Gerade im Bereich des Rechtsschutzes hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die sich aus unterschiedlichen Konzepten der Mitgliedstaaten speist, aber auch in bestimmten Bereichen zu einer Ausdehnung der gerichtlichen Rechtskontrolle beigetragen.<sup>354</sup> Insgesamt kann daher nicht eine wesentliche Minderung des rechtsstaatlichen Standards in Deutschland durch das Unionsrecht festgestellt werden. Im Gegenteil hat auf Unionsebene eine Entwicklung eingesetzt, welche zum Ausbau rechtsstaatlicher Garantien führen wird.

<sup>347</sup> Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten war der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits seit dem Maastrichter Vertrag (Art. 3 b Abs. 3, später Art. 5 Abs. 3 EGV) verankert, durch den Amsterdamer Vertrag um das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit ergänzt; siehe seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags Art. 5 Abs. 4 EUV mit Protokoll Nr. 20.

<sup>348</sup> Art. 52 Abs. 1 Grundrechte-Charta; zur Rechtsprechung des EuGH und ihrer Analyse durch das Schrifttum siehe oben Rdnr. 311 mit Anm. 280; vgl. außer der dort zitierten Entscheidung etwa die Urteile des EuGH vom 23. 2. 1983, Rs. 66/82, Slg. 1983, S. 395, 404 (Ziff. 8), und vom 17. 7. 1997, Rs. 183/95, Slg. 1997, S. I-4315, 4372 (Ziff. 30); zur Folgenberücksichtigung im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit jüngst das Urteil des EuGH vom 2. 3. 2010, Rs. C-135/08, Rdnr. 55 ff.

<sup>349</sup> Vgl. dazu etwa die Urteile des EuGH vom 5. 7. 1973, Rs. 1/73, Slg. 1973, S. 723, 731 (Ziff. 6 ff.), vom 24. 2. 1987, Rs. 310/85, Slg. 1987, S. 901, 927 f. (Ziff. 20 ff.), und vom 22. 6. 2006, Rs. C-182/03 u. C-217/03, Slg. 2006, S. I-5479, 5620 f., Rdnrn. 147 ff. Zur Rechtsprechung des EuGH näher *Klaus-Dieter Borchardt*, Vertrauensschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1988, 309 ff.; *Schwarz* (oben Anm. 210), S. 376 ff., sowie *Altmeyer* (oben Anm. 218), S. 11 ff.; zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die deutschen Vertrauensschutzregelungen näher *Blanke* (Anm. 218), S. 445 ff.

<sup>350</sup> Vgl. nur das Urteil des EuGH vom 7. 6. 2005, Rs. C-17/03, Slg. 2005, S. I-4983, 5044, Rdnr. 80 (der Grundsatz der Rechtssicherheit gebiete, „dass eine nationale Regelung, die nachteilige Folgen für Einzelne hat, klar und bestimmt und ihre Anwendung für die Einzelnen voraussehbar sein muss“); dazu Eva Hammer-Strnad, Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Hamburg 1999, S. 59 ff. Zur Ausformung der rechtsstaatlichen Prinzipien im Gemeinschaftsrecht vgl. im Übrigen *Fernandez Esteban*, The Rule of Law in the European Constitution, S. 153 ff.

<sup>351</sup> Vgl. dazu *Dominic Kohlen*, Die Zukunft des Gesetzesvorbehalts in der Europäischen Union, Baden-Baden 1998, S. 127 ff.; *Karl-Peter Sommermann*, Der entgrenzte Verfassungsstaat, KritV 81 (1998), 404, 414 f.

<sup>352</sup> Vgl. *Karl-Peter Sommermann*, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBl. 1996, 889, 892 ff.; *Dominik Hanf*, Der Vertrauensschutz bei der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als neuer Prüfstein für das „Kooperationsverhältnis“ zwischen EuGH und BVerfG, ZaöRV 59 (1999), 51 ff.

<sup>353</sup> Wegen der vom EuGH definierten Voraussetzungen für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vgl. die Urteile vom 21. 2. 1991, Rs. C-143/88, Slg. 1991 I, S. 415, 544 und vom 9. 11. 1995, Rs. C-465-93, Slg. 1995 I, S. 3761, 3795. Näher zur Rechtsprechung des EuGH *Stefan Lehr*, Einstweiliger Rechtsschutz und Europäische Union, Heidelberg 1997, 105 ff., 369 ff., 543 ff.; *Alexander Janmasch*, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den vorläufigen Rechtsschutz, NVwZ 1999, 495-502; *Karl-Peter Sommermann*, Der vorläufige Rechtsschutz zwischen europäischer Anpassung und staatlicher Verschlankung, in: *Planung – Recht – Rechtsschutz*. Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 523, 526 f.

<sup>354</sup> Vgl. *Claus Dieter Classen*, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1996, S. 175 ff. Zur Erweiterung des subjektiv-rechtlichen Rechtskreises durch das Gemeinschaftsrecht vgl. *Thomas von Danwitz*, Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte, DÖV 1996, 481 ff.; siehe auch *Johannes Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Berlin 1997; *Wolfram Cremer*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Verwaltungsprozessrecht – zum dezentralen Rechtsschutz gegenüber EG-Sekundärrecht, in: *Die Verwaltung* 37 (2004), 165-192.

## E. Absatz 4

Absatz 4 erscheint in Art. 20 GG in mehrerer Hinsicht als Fremdkörper: Er enthält weder ein Staatsstrukturprinzip noch eine Staatszielbestimmung, sondern er statuiert ein subjektives Recht. Dieses betrifft nicht nur das Verhältnis zwischen Bürger und Staat, sondern auch und gerade das Verhältnis der Bürger untereinander; es entfaltet somit Drittwirkung. Art. 20 Abs. 4 GG zählt ferner nicht zu dem vom Verfassungsgeber vorgesehenen Kernbestand der Verfassung, sondern wurde erst nachträglich im Jahr 1968 eingefügt. 329

### I. Entstehungsgeschichte des Absatzes 4

Bereits bei der **Ausarbeitung des Grundgesetzes** wurde die Einfügung einer Bestimmung zum Widerstandsrecht diskutiert.<sup>1</sup> Auf Landesebene war das Widerstandsrecht bereits in der hessischen Verfassung von 1946<sup>2</sup> und der bremischen Verfassung von 1947<sup>3</sup> positiviert worden. Nach dem Entwurf der Deutschen Partei sollte das allgemeine Widerstandsrecht mit einer Widerstandspflicht der Amtsträger verbunden werden, wodurch man „namentlich in der Beamenschaft die Bereitschaft zur Zivilcourage stärken“ wollte.<sup>4</sup> Man verzichtete jedoch im Hinblick auf mögliche Missdeutungen des Widerstandsrechts auf eine Verankerung im Grundgesetz.<sup>5</sup> 330

Aus der Nichterwähnung des Widerstandsrechts im Grundgesetz zog das **Bundesverfassungsgericht** in seinem **KPD-Urteil vom 17. August 1956** jedoch nicht die Konsequenz, dass daher ein solches Recht von vornherein nicht anerkannt werden dürfe. Die Frage, ob das Widerstandsrecht sich aus dem ungeschriebenen Recht ergebe, konnte es im konkreten Fall offen lassen, wenngleich es Sympathien für diese naturrechtliche Annahme zeigte. Ein Widerstandsrecht hielt es dabei nur im „konservierenden Sinne“, d.h. „als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung“ für denkbar, und dabei auch nur bei Offenkundigkeit des zu bekämpfenden Unrechts sowie als *ultima ratio*, wenn „alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, dass die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtes“ sei.<sup>6</sup> 331

Das Widerstandsrecht beschäftigte auch den **Bundesgerichtshof**. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1961 zur Rechtmäßigkeit einer Wehrdienst- und Befehlsverweigerung während des Zweiten Weltkriegs forderte er als weitere Voraussetzung für eine erfolgreiche Berufung auf das Widerstandsrecht, dass die Widerstandshandlung im Hinblick auf die Beseitigung des Unrechtsregimes eine gewisse Aussicht auf Erfolg versprechen müsse.<sup>7</sup> 332

<sup>1</sup> Vgl. *Christoph Böckenförde*, Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz, JZ 1970, 168, 169.

<sup>2</sup> Vgl. dort Art. 147 Abs. 1: „Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt ist jedermanns Recht und Pflicht.“

<sup>3</sup> Vgl. dort Art. 19: „Wenn die in der Verfassung festgelegten Menschenrechte durch die öffentliche Gewalt verfassungswidrig angetastet werden, ist Widerstand jedermanns Recht und Pflicht.“

<sup>4</sup> So die Begründung des Abgeordneten *Seeböhm* in der Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates vom 19. 1. 1949, vgl. Parlamentarischer Rat, Stenographische Berichte, Bonn 1948/49, S. 590.

<sup>5</sup> Vgl. die Einwände von *Carlo Schmid*, ebd., S. 590 f.

<sup>6</sup> BVerfGE 5, 85, 377.

<sup>7</sup> BGH, NJW 1962, 195, 196; dazu die Kritik von *Adolf Arndt*, *Agraphoi Nomoi* (Widerstand und Aufstand), NJW 1962, 430 ff.



## Art. 20 Abs. 4 *Widerstandsrecht als extrakonstitution. Recht*

333 Die Frage der Aufnahme einer Bestimmung über das Widerstandsrecht in das Grundgesetz wurde wieder in den Beratungen über eine **Notstandsverfassung** aktuell und durch das **17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968**<sup>8</sup> im Sinne der heute geltenden Fassung des Art. 20 GG beantwortet.<sup>9</sup> Aus den Beratungen lässt sich entnehmen, dass ein wesentliches Motiv des verfassungsändernden Gesetzgebers war, dem der Notstandsgesetzgebung gegenüber kritischen Teil der Bevölkerung zu signalisieren, dass es insgesamt um die Sicherung der freiheitlichen Ordnung und nicht um die Schaffung von Räumen unkontrollierter Macht gehe.<sup>10</sup> Dabei wollte man an die naturrechtliche Tradition des Widerstandsrechts anknüpfen, namentlich an die entsprechenden Verbürgungen in den revolutionären Verfassungen Nordamerikas und Frankreichs im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts.<sup>11</sup> Im Übrigen sollte das Ziel der Verfassungsänderung, „den Rückgriff auf ungeschriebene Verfassungsgrundsätze durch ausdrückliche Regelungen zu erübrigen“, in paritätischem Gleichklang von staatlichem Notstandsrecht und individuellem Widerstandsrecht erreicht werden.<sup>12</sup> Auf die Positionierung einer Widerstandspflicht wurde verzichtet, um im Einzelfall unzumutbare Belastungen zu vermeiden.<sup>13</sup>

## II. Ideengeschichtliche Grundlagen: Das Widerstandsrecht als extrakonstitutionelles Recht

334 Die in den Beratungen über die Notstandsverfassung zum Ausdruck kommende Anknüpfung an naturrechtliche Begründungen des Widerstandsrechts sowie seine Aufnahme in die ersten, aus Revolutionen hervorgegangenen Verfassungen kann nur sehr bedingt die Notwendigkeit oder den Vorteil einer Verankerung dieses Rechts im Grundgesetz begründen oder stützen. Die historischen und herrschaftsstrukturellen Voraussetzungen, unter denen es entwickelt wurde, unterscheiden sich grundsätzlich von den Bedingungen der Rechtsunterworfenheit im Verfassungsstaat.<sup>14</sup> Die **Lehren vom Widerstandsrecht** bezogen sich ursprünglich auf politische Ordnungen, in denen die einmal eingesetzte Herrschaft die Hoheitsgewalt monokratisch in sich vereinigte und eine rechtliche Institutionalisierung von Gegenkräften, die Willkür und Machtmissbrauch hätten entgegenreten können, weitgehend fehlte.

335 Im **Mittelalter**, in dem Widerstandslehren Gegenstand christlich-naturrechtlicher Abhandlungen waren,<sup>15</sup> galt der Herrscher allerdings noch nicht als souverän, sondern als der göttlichen Ordnung unterworfen, aus der sich zugleich seine Herrschaft legitimierte.<sup>16</sup> Wenn der Herrscher seine Macht missbrauchte und damit das von ihm zu schützende Recht verletzte, sollte der Kirche und u. U. dem Volk **das Recht** zustehen, **die göttliche Ordnung wiederherzustellen**. Auch dem lehnsrechtlichen Verständnis ent-

<sup>8</sup> BGBl. 1968 I, S. 709.

<sup>9</sup> Vgl. zu den Beratungen neben *Böckenförde*, JZ 1970, 169 ff., auch *Hans Hugo Klein*, Der Gesetzgeber und das Widerstandsrecht, DÖV 1968, 865 ff.

<sup>10</sup> Vgl. die Erklärung des SPD-Abgeordneten *Stammberger* in der Sitzung des Deutschen Bundestages vom 15. 5. 1968, Verhandlungen des Deutschen Bundestages 5/9363. Hierzu kritisch *Karl Doebring*, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes und das überpositive Recht, Der Staat 8 (1969), 429, 430.

<sup>11</sup> Vgl. den Redebeitrag des FDP-Abgeordneten *Bucher*, Verhandlungen des Deutschen Bundestages 5/9364, sowie die Stellungnahme des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 5/2873, S. 9.

<sup>12</sup> Vgl. die Stellungnahme des Rechtsausschusses (vorige Anm.), S. 9.

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> Vgl. dazu auch *Christian Starck*, Widerstandsrecht, in: Staatslexikon (hrsg. von der Görres-Gesellschaft), 7. Aufl., Bd. 5, Freiburg i. Br. u. a. 1989, Sp. 989 f.

<sup>15</sup> Vgl. *Kurt Wolzendorff*, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstand des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, Breslau 1916 (Neudruck Aalen 1961), S. 6 ff., und vor allem *Fritz Kern*, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter, 1914, neu hrsg. von R. Buchner, Münster/Köln 1954.

<sup>16</sup> *Kern*, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht, S. 122 ff.