



# Der Berliner Jahresrückblick

Analyse und Rückschau auf die Rechtsprechung  
des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2022

# Der Berliner Jahresrückblick

Analyse und Rückschau auf die Rechtsprechung  
des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2022

## Auf einen Blick

- › Der Berliner Jahresrückblick findet zu Beginn eines jeden Jahres in der Akademie der Konrad-Adenauer-Stiftung in Berlin statt. Bei der traditionellen Rückschau auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden die bemerkenswertesten Entscheidungen aus dem vergangenen Gerichtsjahr analysiert.
- › In mehreren Podiumsdiskussionen diskutieren hochrangige Expertinnen und Experten aus Wissenschaft, Justiz, Politik und Anwaltschaft über Inhalt, Bedeutung und Tragweite der ausgewählten Entscheidungen des höchsten deutschen Gerichts.
- › Die Analyse und Rückschau auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2022 wurde von Frau Prof. Dr. Judith Froese und Herrn Prof. Dr. Klaus F. Gärditz wissenschaftlich begleitet und widmet sich drei Entscheidungen, die besonders relevant und diskussionswürdig sind. Bei den hier abgedruckten Beiträgen handelt es sich um die überarbeiteten Vorträge der Rednerinnen und Redner des Berliner Jahresrückblicks 2023.
- › Das Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20 – bietet Anlass Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern und damit Begriff und Rolle der Regierung näher in den Blick zu nehmen. In den letzten Jahren befasste sich das Bundesverfassungsgericht bereits in mehreren Entscheidungen mit politischen Äußerungen von Amtsträgern. 2022 entschied der Zweite Senat über die Äußerungen von Bundeskanzlerin Merkel zur Ministerpräsidentenwahl in Thüringen 2020 sowie deren anschließende Veröffentlichung auf den Internetseiten der Bundeskanzlerin und der Bundesregierung.

- › Mit dem Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 – werden die Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen analysiert. Das Sicherheitsverfassungsrecht ist seit geraumer Zeit in Bewegung, wobei insbesondere heimliche Überwachungsmaßnahmen sowie die Rolle der Nachrichtendienste in der Sicherheitsarchitektur in den Fokus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geraten sind. Der Erste Senat widmete sich 2022 den Eingriffsschwellen bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen durch Verfassungsschutzbehörden und der akzessorischen Übermittlung von Daten an Polizei- und Strafverfolgungsbehörden.
  
- › Mit dem Beschluss des Ersten Senats vom 7. April 2022 – 1 BvL 3/18 u. a. – hatte der Erste Senat die Gelegenheit, seine Rechtsprechung über die Berücksichtigung von der Betreuung und Erziehung von Kindern bei der Beitragsbemessung in der Pflegeversicherung zu ergänzen. Die Entscheidung, dass in der sozialen Pflegeversicherung auch die konkrete Anzahl der Kinder Berücksichtigung zu finden hat, ist Ausgangspunkt für eine Debatte über Generationengerechtigkeit sowie die Sicherung der Zukunft der Sozialversicherung.

# Inhalt

Begrüßung und Einführung	5
<b>Der Berliner Jahresrückblick 2023</b>	
• Prof. Dr. Norbert Lammert	
<b>Rückblick auf das Gerichtsjahr 2022</b>	
• Prof. Dr. Judith Froese	
• Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz	
Kapitel I – Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern – Gebotene Versachlichung und Entpolitisierung der exekutiven Rede?	27
<b>Beiträge zum Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022</b>	
– 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20 –	
• Prof. Dr. Florian Meinel	
• Privatdozent Dr. David Kuch	
• Elisabeth Winkelmeier-Becker MdB	
Kapitel II – Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen	63
<b>Beiträge zum Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022</b>	
– 1 BvR 1619/17 –	
• Dr. Felor Badenberg	
• Univ.-Prof. Dr. Dr. Markus Thiel	
• Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich	
Kapitel III – Belastungsgleichheit in der Sozialversicherung – Zur Bedeutung generativer Beiträge und Kostenlasten von Eltern	99
<b>Beiträge zum Beschluss des Ersten Senats vom 7. April 2022</b>	
– 1 BvL 3/18 u. a. –	
• Prof. Dr. Gregor Kirchhof, LL. M. (ND-London)	
• Prof. Dr. Rainer Schlegel	

# Begrüßung und Einführung



# Begrüßung Der Berliner Jahresrückblick 2023

**Prof. Dr. Norbert Lammert**

Vorsitzender der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

Präsident des Deutschen Bundestages a. D.

*Sehr geehrte Damen und Herren,*

ich begrüße Sie alle herzlich zum Berliner Jahresrückblick der Konrad-Adenauer-Stiftung, der seit zehn Jahren verlässlich, jeweils im Januar des Folgejahres, sich nicht mit allen Ereignissen und auch nicht mit allen Berliner Ereignissen des Vorjahres auseinandersetzt, sondern nur – aber immerhin und aus besonderem Grund – mit besonders wichtigen, sicher über das jeweilige Jahr hinausweisenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

Ich freue mich, dass diese traditionelle Veranstaltung auch in diesem Jahr wieder die inzwischen traditionell hohe Resonanz gefunden hat. Das ist ein starkes Indiz dafür, dass nicht nur die Stiftung es für ein nützliches Anliegen hält, sich jährlich mit jüngeren Entscheidungen, deren Anlässen und deren Wirkungen zu beschäftigen, sondern dass diese Einschätzung ganz offenkundig auch in der Justiz, in der

Wissenschaft, in Institutionen, in Verbänden geteilt wird, die aus der einen oder anderen Perspektive mit diesem Thema regelmäßig befasst sind.

Ich will den insofern eigentlich nicht aufregenden Vorgang, dass wir das jetzt seit zehn Jahren machen, mindestens mit einem Hinweis und einem damit verbundenen Dank verbinden: Denn in den ersten zehn Jahren dieses Formats haben uns Herr Prof. Dr. Frank Schorkopf und Prof. Dr. Christian Waldhoff den Einstieg in unsere Beschäftigung mit der laufenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und herausragenden Urteilen dadurch erleichtert, dass sie aus der Fülle der jeweiligen Themen besonders wichtige, aufschlussreiche, neue Akzente herausgegriffen und präsentiert haben. Ich will die Gelegenheit gerne nutzen, ihnen ganz herzlich für diese ebenso verdienstvolle wie sicher auch mühsame Tätigkeit zu danken. Mindestens Herr Waldhoff ist hier, sodass er diesen Dank auch persönlich entgegennehmen kann.

Wir freuen uns, dass Frau Prof. Dr. Judith Froese und Herr Prof. Dr. Klaus Gärditz diese Aufgabe übernommen haben. Vor der Veranstaltung haben wir bereits darüber gesprochen und ich habe angeregt, dass die beiden diese Aufgabe nicht einmalig auf sich nehmen, sondern mindestens für einen vergleichbar langen Zeitraum wie Herr Professor Schorkopf und Herr Professor Waldhoff, annehmen. Wir haben festgestellt, dass zumindest Herr Professor Gärditz pünktlich nach 20 Jahren das Ruhestandsalter erreichen würde, wenn wir wegen der Relevanz des Themas und der verdienstvollen Tätigkeit jedes Mal die Amtszeit verdoppeln.

Wir haben gestern Abend an gleicher Stelle – und übrigens mit einer gleich eindrucksvollen Beteiligung interessierter Zuhörerinnen und Zuhörer – über die Wirkungsgeschichte

des Grundgesetzes und die Bedeutung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der Interpretation des Grundgesetzes für die Realgeschichte der Bundesrepublik Deutschland gesprochen und dabei insbesondere den Aspekt beleuchtet, ob und wo die Geschichtswissenschaft diese Wirkungszusammenhänge auch in hinreichender Weise aufnimmt und reflektiert. Das ist heute nicht unser Betrachtungsfokus, aber zweifellos eine ergänzende Betrachtung, die viele Beobachterinnen und Beobachter verdient. Herr Professor Grimm, der dazu ein interessantes Buch vorgelegt hat, ist mit diesem Thema schon seit vielen Jahren beschäftigt, und ich vermute, dass dies mit der gestrigen Veranstaltung auch nicht erledigt ist.

Heute wollen wir, wie immer am Beginn des Jahres, bei unserem Jahresrückblick an exemplarischen Urteilen des Bundesverfassungsgerichts des jeweiligen Vorjahres die Wirkung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf die politische Entwicklung und auf mögliche Rollenkonflikte untersuchen, die sich daraus für Institutionen sowie Amtsträgerinnen und Amtsträger ergeben. Schon der Blick auf die ausgewählten Themen verspricht wieder eine hinreichend lebhaft Auseinandersetzung.

In zwei von drei Fällen geht es um die beinahe klassische Frage, ob und wo der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit bei dem Bemühen um die Lösung eines Problems oder um die politische Gestaltung eines wichtigen gesellschaftlichen Anliegens verfassungsrechtliche Grenzen seiner eigenen Gestaltungsmöglichkeiten tangiert oder verletzt hat. Im dritten beziehungsweise in der Reihenfolge nachher ersten Fall geht es um die auch nicht völlig neue Frage nach der Rollenwahrnehmung im Wettbewerb von konkurrierenden Auffassungen, Meinungen und Interessen im Allgemeinen, im Wettbewerb von Parteien im Besonde-

ren und möglichen oder dann auch juristisch definierten Grenzen von Mandatsträgerinnen und Mandatsträgern, insbesondere von Inhaberinnen und Inhabern staatlicher Ämter im Umfeld eines möglichen Konflikts von jeweils plausiblen legitimen Anliegen.

Ihnen wird einleuchten, dass mir aus der Perspektive eines langjährigen Gesetzgebers das Thema des Rollenkonflikts näher liegt als die beiden anderen, deren Relevanz ich damit weder diminuieren und schon gar nicht bestreiten will. Ich will Ihnen mindestens einen Aspekt für die spätere Behandlung dieses Themas vortragen, der mir im Kontext der Vorbereitung dieser Versammlung noch einmal in den Kopf gekommen ist: Dass eine zu diesem konkreten oder einem ähnlichen Vorgang dezidierte Stellungnahme einer Repräsentantin oder eines Repräsentanten von Verfassungsorganen das Prinzip der Gleichbehandlung im politischen Wettbewerb tangiert, ist evident. Schon gar, wenn es mit den privilegierten oder gar exklusiven Ressourcen des jeweiligen Amtes erfolgt, über die die- oder derjenige, mit dem man sich kritisch auseinandersetzt, nicht in gleicher Weise verfügt. Die Frage, ob eine solche Ungleichbehandlung deswegen unzulässig ist, scheint mir nicht in gleicher Weise evident. Ich trage sie aber auch überhaupt nur deswegen vor, weil es nachher ohnehin diskutiert wird und weil ich die darüber hinaus führende Frage mindestens für zulässig halte, ob Situationen vorstellbar sind, in denen eine solche unter Inkaufnahme von Ungleichbehandlung erfolgende dezidierte Stellungnahme mit der Amtsautorität eines Verfassungsorgans nicht nur zulässig, sondern geboten sein könnte.

Ich habe gerade in dieser Woche einen Brief an meinen früheren Kollegen im Amt des Präsidenten der Knesset geschrieben, unter Verweis auf eine Regierungsbildung

in Israel, die das Ergebnis freier, allgemeiner, geheimer Wahlen ist, und habe ihn, was ihn vermutlich nicht sehr verblüffen wird, darauf hingewiesen, dass die jetzt stattgefundenene Regierungsbildung in Israel – in einem Land, zu dem wir ganz besondere Beziehungen haben und haben wollen – in Deutschland nicht nur mit Respekt, sondern mit mindestens so viel Besorgnis verfolgt wird. Ich habe damit den natürlich ganz subjektiven Hinweis verbunden, dass der für mich tröstlichste, vielleicht einzig tröstliche Aspekt dessen, was ich jetzt beobachte – einschließlich der erstaunlichen Ankündigung dieser neuen Regierung, als vorrangige Aufgaben eine Verstärkung der völkerrechtswidrigen Siedlungsaktivitäten ins Auge zu fassen und eine Justizreform voranzutreiben, deren Kern darin besteht, dass die Knesset in der Lage sein müsse, mit der Mehrheit der Koalition, die diese Regierung stellt, Entscheidungen des obersten Gerichts aufzuheben –, ist, dass sich der Staatspräsident dazu äußert und keinen Zweifel daran lässt, was er von dieser demokratisch zustande gekommenen Regierung und ihren Handlungsabsichten hält. Und dass sich, was ohnehin nicht einer weiteren Legitimationsdebatte bedarf, die israelische Öffentlichkeit, die Zivilgesellschaft, lautstark zu Wort meldet. Was würden wir von unseren anderen Verfassungsorganen erwarten, wenn als Ergebnis allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahlen eine Regierung ins Amt käme, mit einer fundamentalistisch-religiösen Partei, einer ausgeprägt nationalistischen Partei, die in Form einer miteinander getroffenen Koalitionsvereinbarung eine Justizreform mit ähnlich origineller Zielsetzung ankündigen würde? In erster Linie Zurückhaltung aller anderen Verfassungsorgane in der politischen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit dieser Art von Handlungsabsichten? Mit anderen Worten: Ist über den konkreten Vorgang hinaus – und Urteile betreffen immer einen konkreten Vorgang, entfalten aber Wirkungen, die sicher

darüber hinausgehen – nicht jedenfalls vorstellbar, dass die Inanspruchnahme beziehungsweise das Geltendmachen auch und gerade einer Amtsautorität unter Inkaufnahme von Verletzungen des Gleichbehandlungsprinzips zulässig, vielleicht sogar geboten sein könnte?

Wie immer haben wir auch in diesem Jahr wunderschöne Fallkonstellationen, bei denen bei einer kontroversen Diskussion mindestens vorab sicher unterstellt werden kann, dass es für die eine wie für die andere Position jeweils beachtliche Argumente gibt. Das macht die Auseinandersetzung besonders nötig und gleichzeitig besonders spannend. Deswegen gilt Ihnen allen noch einmal ein herzlicher Dank für Ihr Interesse an dieser Tagung.

Ich bedanke mich insbesondere bei allen, die in einer aktiven Rolle zur Ingangsetzung dieser Auseinandersetzung unmittelbar beitragen. Auch bei Frau Carolin Eschenfelder und Frau Dr. Franziska Rinke möchte ich mich für die Vorbereitung dieser Tagung herzlich bedanken und freue mich schon auf die Ergebnisse dieser Diskussion.

*Herzlichen Dank!*

# Rückblick auf das Gerichtsjahr 2022

## **Prof. Dr. Judith Froese**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Nebengebieten, Universität Konstanz  
Wissenschaftliche Begleitung des Berliner Jahresrückblicks 2023

## **Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität  
Bonn  
Wissenschaftliche Begleitung des Berliner Jahresrückblicks 2023

Für die heutigen Panels haben wir drei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ausgewählt, die wir für besonders relevant und diskussionswürdig erachten. Sie bilden nur einen kleinen und subjektiv gewählten Ausschnitt aus der Rechtsprechungstätigkeit der beiden Senate im vergangenen Jahr ab. Daher wollen wir vorab ein etwas umfangreicheres Bild des Gerichtsjahrs zeichnen. Bei 333 Entscheidungen – so das Ergebnis einer juris-Recherche – bleibt auch dieses Bild zwangsläufig schemenhaft. Lassen Sie uns das Bundesverfassungsgericht in einem ersten Zugriff in einer anderen Rolle als der des rechtsprechenden Organs betrachten: Mit wem die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts zu Abend essen und worüber sie dabei sprechen, ist an sich kein Thema für einen Jahresrückblick auf die Rechtsprechung des Gerichts. Wenn diese Fragen aber die Gerichte beschäftigen und Anwaltskanzleien einen Gewinn bescheren, sei zumindest die Anmerkung erlaubt, dass das Bundesverfassungsgericht

als Behörde selbst zum Gegenstand von Gerichtsverfahren werden kann. Das Verwaltungsgericht Karlsruhe,<sup>1</sup> das über Auskunftsansprüche einer Journalistin gegenüber dem Bundesverfassungsgericht befasst war, hatte zwar nur noch über die Kosten zu entscheiden. Karlsruhe machte aber deutlich, dass Karlsruhe die begehrten Auskünfte hätte erteilen müssen.

Nun aber zu dem Karlsruhe, über dessen Entscheidungen wir heute sprechen wollen. Beginnen wollen wir mit einem Einblick in das Gerichtsjahr des Zweiten Senats, im Anschluss widmen wir uns dem Ersten Senat.

## 1. Das Gerichtsjahr des Zweiten Senats

### 1.1 Europäisches Verfassungsrecht und Völkerrecht

Das Europäische Verfassungsrecht und das Völkerrecht haben den Zweiten Senat im vergangenen Jahr gleich mehrfach beschäftigt. So viel sei vorweg bemerkt: Einen Ultra-vires-Akt à la PSPP<sup>2</sup> stellte der Senat nicht fest.

Im Februar entschied der Zweite Senat über die vorläufige Anwendung des CETA-Abkommens.<sup>3</sup> Bereits 2016 war das BVerfG mit dem Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und Kanada befasst. Damals lehnte es die Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen kurz vor der endgültigen Abstimmung im Rat ab. Der Zweite Senat hielt es damals für möglich, dass der Beschluss über die vorläufige Anwendung gegen Art. 38 Abs. 1 beziehungsweise Art. 79 Abs. 3 GG verstößt, weil es sich um einen Ultra-vires-Akt handeln oder die Verfassungsidentität der Bundesrepublik Deutschland berührt sein könnte. Wegen der prozessual vorzunehmenden Nachteilsabwägung blieben die Anträge

gleichwohl erfolglos. In der mit Spannung erwarteten Hauptsacheentscheidung, die das Gericht im Februar 2022 traf, wurde nun das vorläufige Inkrafttreten des Abkommens für verfassungskonform erachtet. Zwar äußert der Senat Bedenken – mit der Sorge vor Genlachs (der kanadischen Version des TTIP-Schreckgespensts des „Chlorhähnchens“) auf europäischen Tellern hatte das alles freilich nichts zu tun. Infrage stand die Verfassungsidentität, die der Senat nicht als verletzt ansah. Karlsruhe locuta, cause finita? Das wohl eher nicht, denn es ging allein um die vorläufige Anwendung.

Im Juli war es das Einheitliche Patentgericht, über das der Zweite Senat entschied.<sup>4</sup> Bereits im Jahr 2021 hatte das BVerfG sich mit dem Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht auseinanderzusetzen und Anträge auf Erlass einstweiliger Anordnungen abgelehnt.<sup>5</sup> In seiner Hauptsacheentscheidung über die eingelegten Verfassungsbeschwerden beschränkt sich der Senat nun auf einen Verweis auf seinen Beschluss aus dem Vorjahr: Aus den dort genannten Gründen bleibe den Verfassungsbeschwerden der Erfolg versagt; von einer weiteren Begründung wird abgesehen.

Fragen der Übertragung von Hoheitsrechten stellten sich im Zusammenhang mit dem Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) und dem Intergovernmental Agreement (IGA). Im Oktober verwarf der Zweite Senat eine Verfassungsbeschwerde gegen die hierzu erlassenen Zustimmungsgesetze als unzulässig.<sup>6</sup> Die Beschwerdeführer hätten die Möglichkeit einer Verletzung ihres Rechts auf demokratische Selbstbestimmung gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nicht hinreichend substantiiert dargelegt – das galt vor allem vor dem Hintergrund, dass der Senat in früheren Entscheidungen<sup>7</sup> keine Übertragung von Hoheitsrechten durch den ESM-Vertrag gesehen hatte.

Der Karlsruher Nikolaus füllte den Schuh der Europäischen Union zwar nicht mit üppigen Geldgeschenken, wendete aber im Ergebnis nichts dagegen ein, dass das temporäre Aufbauinstrument zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie (Next Generation EU) der EU gestattet, Kredite in beträchtlicher Höhe (bis zu einem Betrag von 750 Milliarden Euro) aufzunehmen.<sup>8</sup> Die Verfassungsbeschwerden gegen das Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz blieben erfolglos, die Beschwerdeführer würden nicht in ihrem Recht auf demokratische Selbstbestimmung verletzt. Die letzte Entscheidung in diesem Kontext datiert auf November 2022, wurde jedoch erst vor einer Woche (am 12. Januar 2023) veröffentlicht: Der Zweite Senat verwarf mehrere Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen der Technischen Beschwerdekammern und der Großen Beschwerdekammer des Europäischen Patentamts als unzulässig.<sup>9</sup> Die Prozessgrundrechte des Grundgesetzes binden allein die deutsche Staatsgewalt, nicht hingegen internationale und supranationale Organisationen und deren Gerichte. Maßnahmen zwischenstaatlicher Einrichtungen sind keine tauglichen Gegenstände von Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht. Dass das durch Art. 19 Abs. 4 GG geforderte Mindestmaß an wirkungsvollem Rechtsschutz durch die Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts nicht gewährleistet sei, hätten die Beschwerdeführer nicht dargelegt.

## 1.2 Parlaments- und Wahlrecht

Zahlreiche Entscheidungen des Zweiten Senats lassen sich einer zweiten Gruppe des Parlaments- und Wahlrechts zuordnen. Der rechtlich wie politisch viel diskutierten Entscheidung zu den Äußerungsbefugnissen des Bundeskanzlers widmen wir ein eigenes Panel.

Als einzige der Bundestagsfraktionen stellt die AfD keinen Bundestagsvizepräsidenten, keiner der Kandidatinnen und Kandidaten, die die AfD seit ihrem Einzug in den Bundestag 2017 vorschlug, erhielt die erforderliche Mehrheit. Dass einem einzelnen Abgeordneten oder einer einzelnen Abgeordneten – anders als Fraktionen – nach der Geschäftsordnung des Bundestags kein eigenes Wahlvorschlagsrecht zusteht, verletze Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nicht – so der Zweite Senat in seinem Urteil vom März 2022.<sup>10</sup> Dass die Wahlvorschläge der Fraktion für Stellvertreter des Bundestagspräsidenten abgelehnt wurden, verletzte diese offensichtlich nicht in ihren verfassungsmäßigen Rechten – so lautet ein Beschluss des Zweiten Senats vom selbigen Tag, mit dem er einen Antrag der AfD-Fraktion im Organstreitverfahren a limine abwies.<sup>11</sup> Im Mai hatte der Zweite Senat wiederum über einen Antrag der AfD-Fraktion zu entscheiden, diesmal ging es um das Verfahren zur Bestimmung des Vorsitzenden von Ausschüssen des Deutschen Bundestags. Der Eilantrag im Organstreitverfahren blieb erfolglos, der Senat erachtete die Verletzung organschaftlicher Rechte aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG jedoch nicht für von vornherein ausgeschlossen.<sup>12</sup>

Im Oktober stärkte der Zweite Senat die Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestags: Die Bundesregierung müsse den Bundestag umfassend und frühestmöglich unterrichten, dies gelte auch für Maßnahmen in den Bereichen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik.<sup>13</sup> Aus dem Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung oder aus dem Staatswohl können sich zwar Grenzen der Unterrichtungspflicht nach Art. 23 Abs. 2 GG ergeben. Wolle die Bundesregierung sich hierauf berufen, so müsse sie dies gegenüber dem Bundestag tun und die Gründe darlegen. Nur so würden die Rechte des Bundestags gewahrt.

Hinsichtlich der Militäroperation „Sophia“ im Mittelmeer war dies nicht erfolgt, weshalb der Zweite Senat eine Verletzung von Art. 23 Abs. 2 S. 2 GG feststellte.

Dass die Tätigkeit der Nachrichtendienste besonderen Geheimhaltungsbedürfnissen unterliegt, erkennt der Zweite Senat dem Grunde nach an. Eine Begrenzung der Informationsrechte des Bundestags im Sinne einer Bereichsausnahme folge hieraus indes nicht und wenn die Bundesregierung sich auf ein Geheimhaltungsinteresse berufe, so müsse sie dieses substantiiert begründen. Die unterlassene Auskunft der Bundesregierung zur Zahl der im Ausland tätigen Verfassungsschutzbediensteten verletzte das parlamentarische Fragerecht urteilte der Zweite Senat im Dezember.<sup>14</sup> In unserem heutigen zweiten Panel zum Verfassungsschutz haben wir glücklicherweise keine Geheimhaltungsinteressen zu wahren, sondern können uns auf kundige Auskünfte unserer Referentinnen und Referenten und eine hoffentlich lebhaftere Diskussion freuen.

Lässt sich die Kreditermächtigung für die außergewöhnliche, pandemiebedingte Notsituation auf einen Energie- und Klimafonds übertragen? Oder liegt hierin ein Verstoß gegen die im Grundgesetz verankerte sogenannte Schuldenbremse oder haushaltsrechtliche Grundsätze? Bundesregierung und Opposition waren hier grundlegend unterschiedlicher Auffassung. Die von der Union begehrte einstweilige Anordnung erließ der Senat mit Blick auf das Ergebnis seiner Folgenabwägung nicht.<sup>15</sup> Wie der Senat in der Hauptsache entscheidet, dürfte nicht nur für die politischen Opponenten und Finanzverfassungsrechtler von großem Interesse sein, belasten doch Schuldenaufnahmen gerade junge Menschen, deren künftigen Freiheitsgebrauch der Erste Senat in seinem Beschluss zum Klimaschutz<sup>16</sup> stark gemacht hatte. Fragen der Generationengerechtigkeit greift

auch unser drittes Panel zur Belastungsgleichheit in der Sozialversicherung auf.

Schließlich sei noch erwähnt, dass der Senat zahlreiche Wahlprüfungsbeschwerden ohne eine weitere Begründung, unter Verweis auf das Schreiben des Berichterstatters a limine abwies.<sup>17</sup> Dass längst nicht alle Wahlen und Wahlprüfungen gleichermaßen öffentliche Aufmerksamkeit erregen wie die Vorkommnisse bei den Wahlen in Berlin 2021, steht außer Frage. Die Begründungstechnik eines Verweises auf das Schreiben des Berichterstatters, das nur den Beteiligten bekannt ist, erscheint mit Blick auf die Bedeutung von Wahlen für alle Staatsbürgerinnen und Staatsbürger und unter Transparenzgesichtspunkten aber zumindest etwas unglücklich.

### 1.3 Strafrecht

Ein drittes Themenfeld ist das Strafrecht, das bislang in die Zuständigkeit des Zweiten Senats fiel. Mit Wirkung vom 1. Januar 2023 ging die Zuständigkeit für Teilbereiche des Strafrechts gemäß Plenumsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts auf den Ersten Senat über.<sup>18</sup>

Der Geschwindigkeitsrausch kann einen hinter Gitter bringen und dagegen ist von Verfassungs wegen nichts zu erinnern: Die Strafbarkeit des sogenannten Einzelrennens im Straßenverkehr, die seit Mitte Oktober 2017 nicht mehr als bloße Ordnungswidrigkeit, sondern als Straftat geahndet wird, verstößt nicht gegen das Grundgesetz.<sup>19</sup> Der Zweite Senat teilte die Zweifel des vorlegenden Amtsgerichts an der Bestimmtheit der Norm nicht.

Aufmerksamkeit verdienen schließlich zwei Beschlüsse vom Juli<sup>20</sup> und vom Dezember<sup>21</sup> 2022 betreffend die Außervollzugsetzung eines Haftbefehls. Im Kern geht es um den verfassungsrechtlichen Grundsatz „ne bis in idem“ (Art. 103 Abs. 3 GG). Ist die durch das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“<sup>22</sup> neu eingefügte Wiederaufnahmemöglichkeit (§ 362 Nr. 5 StPO) zuungunsten des Verurteilten verfassungskonform? Diese Frage hat der Zweite Senat (noch) nicht entschieden, wohl aber im Juli – mit fünf zu drei Stimmen – die beantragte einstweilige Anordnung erlassen und den gegen den Beschwerdeführer erlassenen Haftbefehl unter mehreren Bedingungen vorläufig außer Vollzug gesetzt und im Dezember wiederholt. Es darf mit Spannung erwartet werden, wie der Senat die rechtlich und politisch umstrittene Neuregelung in der Hauptsache bewerten wird.

## 2. Das Gerichtsjahr des Ersten Senats

### 2.1 Gesundheitsrecht als Megathema

Die Rechtsprechung des Ersten Senats stand – wenig überraschend – auch im letzten Jahr noch im Bann der Pandemie. Diese hat vor allem die Grundrechtsdogmatik herausgefordert. Noch ein gutes Dutzend veröffentlichte Kammerbeschlüsse raspelte Restprobleme des Pandemierechts klein. Im Jahr 2021 waren es etwa doppelt so viele, im Jahr 2020 über 60 Beschlüsse, die aber meist einstweilige Anordnungen betrafen.

Nach Weihnachten 2021 machte der Senat seinen Triage-Beschluss bekannt. Menschen mit Behinderung hatten Verfassungsbeschwerde dagegen erhoben, dass sie im Falle einer Kapazitätserschöpfung mangels entsprechender Verteilungsregelungen unzureichend geschützt seien.

Der Senat entschied, dass aus dem besonderen Diskriminierungsverbot wegen Behinderung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG für den Staat auch ein Auftrag folge, Menschen wirksam vor Benachteiligungen durch Dritte zu schützen.<sup>23</sup> Die die Menschenwürde konkretisierenden besonderen Gleichheitssätze wurden so in die Schutzpflichtdogmatik überführt.

Im April entschied das Gericht, dass die im Infektionsschutzgesetz geregelte Einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht der Covid-19-Immunität formell und materiell verfassungsgemäß sei.<sup>24</sup> Eines der besonders erbittert umkämpften Streitthemen der Pandemie wurde sachlich und nüchtern abgeräumt.

Das Gesundheitsrecht tauchte auch im Übrigen wieder auf. Im Juli billigte der Senat bei verfassungskonformer Auslegung die Pflicht zum Nachweis einer Impfung gegen Masern in Kindertagesstätten.<sup>25</sup> Grundrechte strahlen aber auch in die Peripherie des Gesundheitssystems. Der Tierarztvorbehalt für Anwendung nicht verschreibungspflichtiger Humanhomöopathika bei Tieren nach dem neuen Tierarzneimittelgesetz verletzte unter anderem Tierheilpraktikerinnen und -praktiker in ihrer Berufsfreiheit.<sup>26</sup>

## 2.2 Kammerrechtsprechung im Familienrecht

Perlen der Verfassungsrechtsprechung, die die großen Leitlinien der Senate auf konkrete Fälle herunterbrechen und für die Orientierung der rechtsanwendenden Gerichte oft nicht minderbedeutend sind, finden sich in der heterogenen Grundrechtsjudikatur der Kammerrechtsentscheidungen. Die meisten begründeten und jedenfalls in juris veröffentlichten Kammerentscheidungen im Jahr 2022 betreffen im Übrigen das Familienrecht, und dort vor allem Fragen des Kind-

schaftsrechts. In den oft tragischen und hoch emotionalisierten Fallkonstellationen entspricht es schon lange der guten Praxis des Senats, der grundrechtlichen Elektrisierung folgend eine hohe Kontrolldichte anzulegen. Leider ist das immer wieder nötig.

## 2.3 Umweltrecht

Aus dem Umweltrecht betrafen zwei Senatsentscheidungen eher technische Fragen der Energiewende – also einer Materie, die per se technisch ist: Eine Verfassungsbeschwerde von Windenergieanlagenbetreibern gegen das Bürger- und Gemeindeneteiligungsgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern blieb weitgehend erfolglos.<sup>27</sup> Ein landesrechtliches Verbot der Errichtung von Windkraftanlagen in Waldgebieten verstieß gegen die abschließende bundesrechtliche Regelung des § 35 Abs 1 Nr. 5 BauGB.<sup>28</sup> Föderale Kompetenzstreitigkeiten führen das BVerfG bisweilen tief in die Technizität des Verwaltungsrechts.

## 2.4 Meinung, Menschen und Medien

Mit den Kommunikationsgrundrechten des Art. 5 GG und dem Persönlichkeitsrecht entscheidet der Erste Senat bisweilen Fälle, die verfassungsdogmatisch unspektakulär bleiben, aber durch die dramatis personae auffallen. In der Regel sind dies akribisch begründete Kammerentscheidungen, die leider demonstrieren, wie sich Gerichte bisweilen leichtfertig in die Meinungsfreiheit flüchten. Zu nennen wäre etwa die Verfassungsbeschwerde der Bundespolitikerin Renate Künast, die sich erfolgreich gegen eine unzureichende Berücksichtigung ihres Persönlichkeitsrechts durch Berliner Gerichte im Zivilrechtsschutz gegen Hetze im Internet wehrte.<sup>29</sup>

Wer schulpflichtige Kinder hat, wird vielleicht mit dem Bushido-Beschluss das erste (und vermutlich letzte) Mal erleben dürfen, dass etwas aus dem staubumhüllten Arkanum unseres Berufsfeldes schon das Interesse Twitter-informierter Teenagerinnen und Teenager geweckt hat. In der Indizierung eines Musikalbums aus dem Genre „Gangsta-Rap“ vermochte die Kammer keine Verletzung der Kunstfreiheit erblicken. Die Belange des Jugendschutzes überwogen.<sup>30</sup> Die gebotene Abwägung dürfe nicht allein auf werkgerechter Interpretation beruhen, sondern müsse auch die realen Auswirkungen eines Kunstwerks berücksichtigen. Kinder und Jugendliche würden den Wortlaut der Texte ernst nehmen. Glauben wir es einmal.

Dass der Kampf ums Recht und Machtkritik auch grobe Anwürfe im Rahmen der Meinungsfreiheit besonders schützt, gehört zu den etablierten Rechtsprechungslinien. So hatte etwa eine Verfassungsbeschwerde gegen die strafrechtliche Verurteilung wegen Beleidigung als „dämlicher Staatsanwalt“ aufgrund der besonderen Kontexte der Äußerung Erfolg.<sup>31</sup>

In der Medienwahrnehmung spektakulär, in der verfassungsrechtlichen Begründung überraschungsfrei blieben zwei Nichtannahmebeschlüsse der Witwe und Alleinerbin Helmut Kohls, die nicht darzulegen vermochte, dass die in den sogenannten Kohl-Protokollen wiedergegebenen Zitate das postmortale Persönlichkeitsrecht aus der Menschenwürde verletzen. Auch eine verfassungsrechtliche Garantie eines vererblichen Entschädigungsanspruchs gibt es nicht.<sup>32</sup>

Die viel beachtete Verfassungsbeschwerde einer Fernsehreporterin wegen Lohndiskriminierung blieb zwar mangels Wahrung der Subsidiarität erfolglos. Die Begründung deutet aber einen Weg an, wie die Beschwerdeführerin doch noch an ihren verdienten Lohn kommen könnte.<sup>33</sup>

## 2.5 Sicherheitsverfassungsrecht

Das Sicherheitsverfassungsrecht bildete schon immer das Herz der Grundrechtsjudikatur des Ersten Senats. Durch die bereits erwähnte Änderung der Geschäftsverteilung zwischen den Senaten kommt dieses Jahr das strafprozessuale Eingriffsrecht hinzu, dessen meist strukturanaloge Ermächtigungen bislang in die Zuständigkeit des Zweiten Senats fielen. Schon zuvor war zusammengewachsen, was zusammengehört: Der Erste Senat hatte in seinen typischerweise sehr grundsätzlich angelegten Angemessenheitsprüfungen im Polizei- und Nachrichtendienstrecht meist die Eingriffsanforderungen zu repressiven Zwecken mit eingepreist.

Die für das Nachrichtendienstrecht grundlegende Entscheidung zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz vom April 2022<sup>34</sup> behandelt unser zweites Panel. Eine absehbare Folgeentscheidung im September kassierte die bundesverfassungsschutzrechtlichen Datenübermittlungsregelungen, die nach der Ansicht des Senats teilweise weder den Anforderungen an die Normenklarheit noch an verhältnismäßige Übermittlungsschwellen genügten.<sup>35</sup> Immerhin neun Jahre nach Erhebung der Verfassungsbeschwerde war diese offenbar entscheidungsreif. Seitdem hatte eine Serie an Entscheidungen das Sicherheitsverfassungsrecht der heimlichen Überwachung minutös ausbuchstabiert. Save the best for last?

Zwei Verfassungsbeschwerden gegen die Erwähnung von als verfassungsfeindlich eingestuften Vereinigungen in Verfassungsschutzberichten der Länder wurden in der Kammer nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>36</sup>

## 2.6 Buntes Verfassungsleben

Die übrige Rechtsprechung des Senats war so bunt wie die Lebenswirklichkeiten, die Grundrechte schützen. Aus der Senatsrechtsprechung sind etwa die Entscheidungen zur verfassungskonformen Übernachtungssteuer<sup>37</sup> und zur mit dem grundrechtlichen Existenzminimum unvereinbaren Sonderbedarfsstufe für in Sammelunterkünften lebende Asylsuchende nach Asylbewerberleistungsgesetzes<sup>38</sup> zu nennen. In einer Verfassungsbeschwerde gegen Anschlusskostenbescheide aus dem Kommunalabgabenrecht – einem Rechtsgebiet mit eher sprödem Charme – musste der Erste Senat in einer Kammerentscheidung einmal ein widerspenstiges Oberverwaltungsgericht an die Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 Abs. 1 BVerfGG erinnern.<sup>39</sup> Auch das kommt vor.

## 3. Personalia

Personell läutete das Jahr 2022 grundlegende Umbrüche ein, weil die Amtszeit von Richterinnen und Richtern abgelaufen ist oder abläuft, deren Handschrift die Rechtsprechung nachhaltig geprägt haben. Im Juni trat Heinrich Amadeus Wolff im Ersten Senat die Nachfolge von Andreas Paulus an. Letzte Woche sind Richterin Monika Hermanns und Richter Peter Huber nach zwölf Jahren aus dem Zweiten Senat ausgeschieden. Richterin Rhona Fetzer und Richter Thomas Offenloch, beide zuvor am Bundesgerichtshof, haben die Nachfolge angetreten. Die Amtszeit von Susanne Baer und Gabriele Britz im Ersten Senat neigt sich dem Ende zu, die von Peter Müller und Sybille Kessal-Wulf läuft im Laufe des Jahres 2023 aus. Für unruhige und krisengeschüttelte Zeiten sind das – bei aller Kontinuität von Rechtsprechung – nicht wenige Umbrüche, die beide Senate zu schultern haben. Wir wünschen den „Neuen“ von Herzen eine glückliche Hand.

- 1 VG Karlsruhe, Beschluss vom 14.06.2022, – 4 K 233/22 –.
- 2 BVerfGE 154, 17 ff.
- 3 BVerfG, Beschluss vom 09.02.2022, 2 BvR 1368/16.
- 4 BVerfG, Beschluss vom 13.07.2022, 2 BvR 2216/20.
- 5 BVerfG, Beschluss vom 23.06.2021, BVerfGE 158, 210.
- 6 BVerfG, Beschluss vom 13.10.2022, 2 BvR 1111/21.
- 7 So etwa in BVerfGE 153, 74, 145 Rn. 123 (Einheitliches Patentgericht).
- 8 BVerfG, Urteil vom 06.12.2022, 2 BvR 547/21.
- 9 BVerfG, Beschluss vom 08.11.2022, – 2 BvR 2480/10, 2 BvR 561/18, 2 BvR  
786/15, 2 BvR 756/16, 2 BvR 421/13.
- 10 BVerfG, Urteil vom 22.03.2022, – 2 BvE 2/20 –.
- 11 BVerfG, Beschluss vom 22.03.2022, – 2 BvE 9/20 –.
- 12 BVerfG, Beschluss vom 25.05.2022, – 2 BvE 10/21 –.
- 13 BVerfG, Urteil vom 26.10.2022, – 2 BvE 3/15 –.
- 14 BVerfG, Urteil vom 14.12.2022, – 2 BvE 8/21 –.
- 15 BVerfG, Beschluss vom 22.11.2022, – 2 BvF 1/22 –.
- 16 BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021, – 1 BvR 2656/18 – u. a., BVerfGE 157, 30.
- 17 z. B. BVerfG Beschluss vom 29.9.2022, – 2 BvC 3/22 –.
- 18 Plenumsbeschluss des BVerfG vom 21.12.2022, gem. § 14 Abs. 4 BVerfGG,  
Ziffer A. I. 6.
- 19 BVerfG, Beschluss vom 09.02.2022 – 2 BvL 1/20 –.
- 20 BVerfG, Beschluss vom 14.07.2022 – 2 BvR 900/22 –.
- 21 BVerfG, Beschluss vom 20.12.2022 – 2 BvR 900/22 –.
- 22 vom 21.12.2021 (BGBl. 2021 I 5252).
- 23 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Dezember 2021, – 1 BvR  
1541/20.
- 24 BVerfG, Beschluss vom 27.04.2022, – 1 BvR 2649/21.
- 25 BVerfG, Beschluss vom 21.07.2022, – 1 BvR 469/20.
- 26 BVerfG, Beschluss vom 29.09.2022, – 1 BvR 2380/21.
- 27 BVerfG, Beschluss vom 23.03.2022, – 1 BvR 1187/17.
- 28 BVerfG, Beschluss vom 27.09.2022, – 1 BvR 2661/21.
- 29 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 19.12.2021, – 1 BvR  
1073/20.

## Rückblick auf das Gerichtsjahr 2022

- 30 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 20.10.2022, – 1 BvR 201/20.
- 31 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 9.2.2022, – 1 BvR 2588/20.
- 32 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 24.10.2022, – 1 BvR 19/22; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 24.10.2022, – 1 BvR 110/22.
- 33 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 1.06.2022, – 1 BvR 75/20.
- 34 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, – 1 BvR 1619/17, GSZ 2022, 137 ff.
- 35 BVerfG, Beschluss vom 28.09.2022, – 1 BvR 2354/13.
- 36 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 31.05.2022, – 1 BvR 564/19.
- 37 BVerfG, Beschluss vom 22.03.2022, – 1 BvR 2868/15.
- 38 BVerfG, Beschluss vom 19.10.2022, – 1 BvL 3/21.
- 39 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12.04.2022, – 1 BvR 798/19.

# Kapitel I

## Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern – Gebotene Versachlichung und Entpolitisierung der exekutiven Rede?



Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in den letzten Jahren in mehreren Entscheidungen mit politischen Äußerungen von Amtsträgern zu befassen. 2022 entschied der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts nun über die Äußerungen von Bundeskanzlerin Merkel zur Ministerpräsidentenwahl in Thüringen 2020 sowie deren anschließende Veröffentlichung auf den Internetseiten der Bundeskanzlerin und der Bundesregierung. Bundeskanzlerin Merkel äußerte sich im Rahmen eines Staatsempfangs mit dem Präsidenten der Republik Südafrika zu der am Vortag erfolgten Wahl von Thomas Kemmerich (FDP) zum Ministerpräsidenten von Thüringen. Dieser hatte die Wahl im dritten Wahlgang nicht allein durch Unterstützung von Abgeordneten der FDP- und der CDU-Landtagsfraktion, sondern auch mit Stimmen der AfD-Fraktion gewonnen. Die Wahl sah sich daher heftiger öffentlicher Kritik ausgesetzt. Bundeskanzlerin Merkel bezeichnete den Vorgang als „unverzeihlich“, das Ergebnis müsse rückgängig gemacht werden und es sei „ein schlechter Tag für die Demokratie“ gewesen.

Die AfD sah sich in ihrem Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt und beschritt – erfolgreich – den Weg nach Karlsruhe: Der Zweite Senat qualifizierte die Äußerung der Bundeskanzlerin auf der Linie seiner Rechtsprechung als eine solche in amtlicher Funktion. Die Bundeskanzlerin habe die AfD negativ qualifiziert und das Recht auf Chancengleichheit der politischen Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verletzt. Mit der anschließenden Veröffentlichung auf den Internetseiten der Bundeskanzlerin und der Bundesregierung sei das negative Werturteil unter Nutzung amtlicher Ressourcen verbreitet worden.

Wir wollen das Urteil zum Anlass nehmen, Begriff und Rolle der Regierung näher in den Blick zu nehmen: Wie politisch darf die Regierung agieren? Hat sie Sachlichkeits- oder gar Neutralitätsvorgaben zu beachten oder muss sie vielmehr politisch handeln? Diese Fragen stellen sich besonders vor dem Hintergrund, dass die Entscheidung mit 5:3 Stimmen denkbar knapp ergangen ist und die Richterin Wallrabenstein ein Sondervotum verfasste, das die bisherige Rechtsprechungslinie des Senats grundlegend ablehnt.

## Beitrag von Prof. Dr. Florian Meinel

Lehrstuhl für Staatstheorie, Politische Wissenschaften  
und Vergleichendes Staatsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Zum Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022

– 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20 –

*Vielen herzlichen Dank, Ferdinand Weber, und vielen Dank den Organisatorinnen und Organisatoren für die freundliche Einladung und die Gelegenheit, ein paar Überlegungen zur Diskussion zu stellen.*

Als Jürgen Habermas 1962 seine berühmte Abhandlung über den *Strukturwandel der Öffentlichkeit* veröffentlichte, hatte das Bundesverfassungsgericht vier Jahre zuvor mit dem Lüth-Urteil eine völlig andere Verfassung öffentlicher Meinungskämpfe ins Spiel gebracht. Und ein Jahr zuvor, im sogenannten „Rundfunkurteil“, dem ersten Rundfunkurteil, die Grundlagen der neuen Medienordnung der Bundesrepublik gelegt: Staatsfreiheit der Medien, gesellschaftlicher Pluralismus. Im Erscheinungsjahr des Buches von Habermas brachte die *Spiegel*-Affäre die politische Wucht einer freien Öffentlichkeit zu Bewusstsein. Der Auslöser der *Spiegel*-Affäre, Franz-Joseph Strauß, kannte die hier zu diskutierende Rechtsprechung bekanntlich noch nicht, als er in seiner Eigenschaft als Bundesverteidigungsminister sagte: „Irren ist menschlich, immer Irren ist sozialdemokratisch.“ Das parlamentarische Regierungssystem der Bundesrepublik mit einer öffentlichen parteipolitischen Konfrontation aus Regierung und einer regierungsfähigen Opposition begann sich just in dieser Zeit zu etablieren. Habermas' Buch wurde wahrscheinlich deswegen auch so bekannt,

weil es in dieser Situation die These vertrat, dass die Regeln des politischen Sprechens Chancengleichheit gewährleisten sollen. Sie sollen herrschaftsfrei, sie sollen also, um das heutige Wort zu gebrauchen, neutral sein.

Als Jürgen Habermas im vergangenen Jahr seinen Text *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik* veröffentlichte, ertete er keinerlei Widerspruch. Allgemeines Kopfnicken angesichts der Problembeschreibung. Die sozialen Medien und die digitalisierte Öffentlichkeit gehorchen einer Logik der politischen Polarisierung und der totalen Kommerzialisierung von politischer Rede, die strukturell die Regeln des öffentlichen politischen Sprechens verändert. Habermas bekam große Zustimmung zu der Problembeschreibung, aber es herrschte allgemeine Ratlosigkeit, was mit einer solchen normativen Theorie von Öffentlichkeit in der Gegenwart noch anzufangen sei. Dass die Diskursregeln, das heißt die Regeln darüber, wie von wem politisch gesprochen wird, in irgendeiner Weise neutral gegenüber Meinungen sein können, und dass in dieser Neutralität der Diskursregeln ihr demokratischer Charme liegen könnte, das glaubt in einer digitalen Öffentlichkeit offenbar niemand mehr. Es ist offensichtlich keine hilfreiche Vorstellung. Nicht die Regeln sollen neutral sein, und damit sind wir endgültig bei der hier zu besprechenden Entscheidung, sondern die politischen Sprechakte selbst – so das Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung. Damit ist diese Rechtsprechung Teil einer Rechtsordnung, die legislativ, administrativ, aber eben auch judikativ inzwischen an sehr vielen Stellen sehr grundsätzlich auf die Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen von öffentlicher Rede und öffentlicher Meinung reagiert.

Ich nenne fünf Aspekte, die Ihnen vermutlich bekannt sind, bloß in Stichworten: Das erste wäre das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, das heißt, der Versuch, Betreiber von Infrastrukturen öffentlicher Rede für die Verhinderung von Hassrede in die Pflicht zu nehmen. Ein anderes Beispiel wäre das Demokratieförderungsgesetz des Bundes, das zurzeit im Gesetzgebungsverfahren ist, und durch das eine Kooperationsinfrastruktur zwischen Staaten und einer demokratischen Zivilgesellschaft geschaffen werden soll, unter anderem mit dem erklärten Ziel der Förderung des Respekts und der Verhinderung gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit. Ein dritter Aspekt wäre das veränderte Aufgabenprofil des Verfassungsschutzes, der sich auch mit einer verfassungsschutzrelevanten Delegitimierung des Staates beschäftigen soll. Davon wird heute Nachmittag noch die Rede sein. Viertens: Neue Formen der Repräsentation, bei denen die zunehmend nicht mehr funktionierende öffentliche Deliberation mit staatlichen Mitteln in geschützten Räumen nachgebaut wird, zu dem nach dem Zufallsprinzip Teilnehmerinnen und Teilnehmer zugelassen werden. Ich rede von Bürgerräten, in denen – es klingt polemisch, ist aber unpolemisch gemeint – sozusagen ein Nationalpark der politischen freien Rede geschaffen wird. Also eine Art Verstaatlichung der politischen Deliberation der Bürgergesellschaft. Und schließlich die Verschärfung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die politische Rede von gewählten Amtsträgerinnen und Amtsträgern.

Diese Rechtsprechung begann, daran möchte ich noch einmal kurz erinnern, 2015 mit dem „Düsseldorfer Lichtausfall“. Der Oberbürgermeister der Stadt Düsseldorf hatte als Protestaktion gegen eine Pegida-Demonstration verfügt, dass das Licht öffentlicher Gebäude ausgemacht wird. Dann kamen die Fälle Wanka, Rote Karte für die AfD, Seehofer, das berühmte *Süddeutsche-Zeitung*-Interview und nun Merkel.

Die Rechtsprechung ist an einem Punkt angekommen, dass das Bundesverfassungsgericht an folgendem Vorgang Anstoß nimmt: Die deutsche Bundeskanzlerin ist zu einem Staatsbesuch in dem Land, das auf friedliche und auf heute beeindruckende Weise die Apartheid überwunden hat. Am selben Tag wird ausgerechnet in Thüringen, dem Land mit der seinerzeit ersten NSDAP-Regierungsbeteiligung, mit den Stimmen einer rechtsextremen Partei ein neuer Ministerpräsident gewählt. Wer diesen Vorgang in seiner ganzen Tragweite, übrigens einschließlich des strategischen Dilemmas, das sich daraus für die CDU ergibt, noch einmal rekapitulieren will, lese dringend das Buch von Patrick Bahners über die AfD, das letzte Woche erschienen ist. Die Kanzlerin kritisiert diesen Vorgang und fordert, die Wahl rückgängig zu machen. Das Bundesverfassungsgericht findet das verfassungswidrig.

Diese Rechtsprechung finde ich im politischen Ergebnis zunächst einmal so überraschend, um nicht zu sagen empörend, dass man intuitiv eine hervorragende Begründung erwarten würde. Ich sehe, das ist vielleicht jetzt schon durchgeklungen, eine solche Begründung nicht. Ich sehe vielmehr, dass die Rechtsprechung viel kritisiert worden ist und im Grunde eigentlich nie wirklich ambitioniert verteidigt wurde. Diese Kritik bewegt sich einerseits auf einer verfassungstheoretischen Ebene und richtet sich vor allem gegen die Identifikation von demokratischer Chancengleichheit und dem Neutralitätsprinzip. Sie beschreibt eine systematische Schwächung der Bedeutung von Wahlen, von Mehrheiten, für das Handeln der Regierung. Der Bundesregierung, hinter der ja eine gewählte Koalition steht, wird es untersagt, sich im Konfliktfall als Exponentin einer gewählten Parteikoalition diskursiv zur Geltung zu bringen.

Die Kritik bewegt sich aber auch auf einer verfassungsrechtlichen Ebene und richtet sich gegen die der Rechtsprechung zugrundeliegende Annahme, dass die parteipolitische Neutralität zu den Amtspflichten politischer Amtsträgerinnen und Amtsträger gehört. Das beruht auf einer Verwischung des prinzipiellen Unterschieds zwischen Regierung und Verwaltung. Die Neutralität ist, das sagt der Beamteneid, Amtspflicht des Beamtentums. Die Regierung und die Regierungseide kennen eine solche Pflicht aus gutem Grund nicht. Die abweichende Meinung der Richterin Astrid Wallrabenstein hat das völlig überzeugend im Einzelnen ausgeführt. Die Äußerungen werden in dieser Rechtsprechung, anders als in der übrigen Rechtsprechung, auch nicht meinungsfreundlich interpretiert. Die regierungstragende Funktion von Parteien wird verfassungsrechtlich geleugnet. Die Differenzierung zwischen Äußerungen der Regierung und einzelner Amtsträgerinnen und Amtsträger fehlt und die Abgrenzung zu dem sehr gut begründeten Verbot der Verwendung öffentlicher Mittel wird nicht geleistet.

Die Frage ist also: Wie passt diese Rechtsprechung in das Gesamtbild der Veränderungen der diskursiven Regeln politischer Öffentlichkeit? Ich meine, wir müssen sie verstehen als Teil dessen, was als die Krise demokratischer Repräsentation bezeichnet wird. Und das scheint mir das Interessante zu sein, während auf der einen Seite die Grenzen, die Plattformen und politischen Gefährdungspotenziale privater politischer Rede sich stark verändern – Meinungsfreiheit, Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Demokratieförderung –, wird auf der anderen Seite der repräsentationstheoretische Sinn der politischen Rede von gewählten Repräsentantinnen und Repräsentanten demokratischer Mehrheiten zunehmend nicht mehr verstanden. Die Grenzen des Sagbaren werden in einer entgrenzten Öffentlichkeit, die sozusagen

Menschenhass wie ein Konsumgut behandelt, permanent verschoben. Zum Ausgleich soll die Regierung reden wie das Bundesumweltamt, durch neutrale Marktinformation. Das scheint mir die eigentliche Pointe und das Problem dieser Rechtsprechung zu sein. Sie liegt nicht im Recht der Regierung, und sie liegt nicht in der Meinungsfreiheit der Gesellschaft, sondern sie liegt gleichsam dazwischen.

Die Kehrseite dieser Rechtsprechung und die Kehrseite der darin liegenden Entmächtigung der politischen Rede von Repräsentantinnen und Repräsentanten ist die Ermächtigung der politischen Rede von Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richtern. Das hinter der Rechtsprechung stehende Problem scheint mir zu sein, dass in den Verwaltungs- und Justizeliten, das „Ethos unpolitischer Sachlichkeit und parteipolitischer Neutralität der Verwaltung und Rechtsprechung“, das die Kehrseite der Unterscheidung von politischer Regierung und Verwaltung ist, dass dieses Ethos vonseiten der Regierung und Verwaltung inzwischen zunehmend oft und grundsätzlich infrage gestellt wird. Dazu muss man nicht erst auf Extremfälle wie den ehemaligen Präsidenten des Bundesamtes für Verfassungsschutz und ehemaligen C.H.-Beck-Autor hinweisen oder auf bestimmte Richterinnen und Richter sowie Polizistinnen und Polizisten mit Nähebeziehungen zum verfassungsfeindlichen Milieu. Es genügt, meine Damen und Herren, sich zu konzentrieren, und das führt zum Ausgangspunkt und zum historischen Ursprung der Merkel-Rechtsprechung zurück, auf einen Beitrag desjenigen Richters, dessen Präsidentenkammer im VG Düsseldorf 2015 den „Düsseldorfer Lichtausfall“ entschieden hat. Der heutige VG-Präsident, der am Anfang der Rechtsprechung steht, räsoniert heute, nämlich im *Deutschen Verwaltungsblatt* 2022, Heft 19, in völlig ungehemmter Weise in einem Fachbeitrag über „die heutigen Politiker“, die um „die

Brüchigkeit ihrer eigenen politischen Agenda wissen und deswegen so dünnhäutig geworden sind, dass sie nach Regularien lechzen, Kritik mit den Instrumenten der Eingriffsverwaltung und durch die Stigmatisierung Betroffener zu unterbinden“.

Das, meine Damen und Herren, und damit bin ich beim Schluss, das ist der Geist, von dem aus den gewählten politischen Amtsträgerinnen und Amtsträgern eine Neutralitätspflicht auferlegt wird. Ich kann darin nichts Demokratisches sehen, ich kann darin auch nichts Freiheitliches sehen und ich halte es auch nicht für verfassungsgemäß. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Äußerungsbefugnissen der Regierungsmitglieder sollte deswegen, um die Bundeskanzlerin auf ihrer dem Verfahren zugrundeliegenden Pressekonferenz in Pretoria frei zu zitieren, „zügig rückgängig gemacht werden“.

*Dankeschön.*

Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern –  
Gebotene Versachlichung und Entpolitisierung der exekutiven Rede?

## Beitrag von Privatdozent Dr. David Kuch

Akademischer Rat a. Z., Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Derzeit Vertretung einer Professur für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Verwaltungsrecht, Universität Konstanz

Zum Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022

– 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20 –

### 1. Grundsatzfrage oder Petitesse?

Die Wahl von Thomas Kemmerich (FDP) am 5. Februar 2020 zum Ministerpräsidenten von Thüringen, auch mit Stimmen von AfD und CDU, wurde im In- und Ausland als ein „Beben“, als „Tabubruch“, als „Schande“ wahrgenommen.<sup>1</sup> Einen Tag darauf äußerte sich die damalige Bundeskanzlerin Angela Merkel zu dem Vorgang. Im Rahmen eines Staatsempfangs in Südafrika erklärte sie gegenüber der Presse,<sup>2</sup> man habe mit einer „Grundüberzeugung für die CDU und auch für mich gebrochen [...], dass nämlich keine Mehrheiten mit Hilfe der AfD gewonnen werden sollen“. Der Vorgang sei „unverzeihlich“, es sei „ein schlechter Tag für die Demokratie“ gewesen.

Auf einen Antrag des Bundesverbands der AfD im Organstreitverfahren hin stellte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit knapper Mehrheit von fünf zu drei Stimmen einen Verfassungsverstoß der Ex-Bundeskanzlerin fest. Vor dem Einstieg in die Urteilsanalyse seien zwei Auffälligkeiten dieses Falls und ähnlicher Konstellationen notiert.

Einerseits handelt es sich um Konstellationen, in denen das Verhältnis zwischen Regierung und politischen Parteien im Zentrum steht. Dadurch bekommt es die Rechtsprechung mit zwei überaus wichtigen Akteuren zu tun, deren verfassungsrechtliche Wirkungskreise zudem längst nicht klar vermessen sind.<sup>3</sup> In Anbetracht dessen haben Judikate wie die Merkel-Entscheidung eine durchaus grundsätzliche Problemdimension.

Andererseits mutet der Anlass der Entscheidung recht geringfügig an, um nicht zu sagen: marginal. In Anbetracht hitziger Politdebatten nimmt sich Merkels Äußerung nüchtern und eher harmlos aus. Das gilt umso mehr im Vergleich zur klagenden Partei, die normalerweise kräftig austeilte, sich selbst gegenüber aber verbales Fingerspitzengefühl verlangt. Bedenkt man dies, so wirkt das Urteil leicht übertrieben und der ganze Rechtsstreit ein Stück weit konstruiert.

Um die Bedeutung der Entscheidung angemessen zu würdigen, sollten beide Aspekte – die ins Grundsätzlicheweisenden Bezüge ebenso wie der eher triviale Anlass – im Blick behalten werden. Eine solche Würdigung möchte ich ausgehend von den Grundaussagen des Urteils versuchen.

## 2. Akzentuierungen der bisherigen Entscheidungsmaßstäbe

Der „Parteienartikel“ des Grundgesetzes bildet den Auftakt des Maßstäbeteils der Entscheidung (Rn. 69–116). Das Gericht prüft eine Verletzung des Gleichheitsstatus der klagenden Partei aus Art. 21 I GG. Sie habe einen Anspruch auf Chancengleichheit im Wettbewerb um potenzielle Wählerinnen und Wähler. Die Chancengleichheit möchte

das Bundesverfassungsgericht in sachlicher Hinsicht als strikt „formal“ (72) verstanden wissen, sodass der Staat die Bedeutungsgewinne und -verluste der Parteien ganz dem freien Spiel der Kräfte des politischen Wettbewerbs zu überlassen habe.<sup>4</sup> Dieser Grundsatz formaler Gleichheit ist kein Spezifikum der vorliegenden Fallgruppe. Vielmehr gilt er nach der Rechtsprechung für den Bereich der politischen Willensbildung insgesamt und dient allgemein zur Verhältnisbestimmung zwischen verfasster Staatlichkeit und gesellschaftlichen Kräften.<sup>5</sup> Vonseiten des Staates betrachtet, äußert sich die formale Parteiengleichheit in einem Gebot großer Zurückhaltung, das mittlerweile als „Neutralitätsgebot“ bekannt, wenngleich nach wie vor umstritten ist.<sup>6</sup> Das Gericht formuliert (73): „Staatsorgane haben als solche allen zu dienen und sich neutral zu verhalten. Einseitige Parteinahmen während des Wahlkampfes verstoßen gegen die Neutralität des Staates gegenüber politischen Parteien und verletzen die Integrität der Willensbildung des Volkes durch Wahlen und Abstimmungen.“

Voraussetzung dieses Verdikts ist freilich, dass die Verantwortung für eine Ungleichbehandlung auch wirklich den *Staat* trifft. Das ist bei der hier relevanten Fallgruppe bloß verbaler Beeinträchtigungen oft schwer zu beurteilen. Außer Streit stehen dürfte insoweit nur, dass Regierungsmitglieder rein verbale Auseinandersetzungen ebenso in amtlicher Funktion wie auch als Parteipolitikerinnen und -politiker und Privatpersonen austragen *können*. Innerhalb welcher Grenzen sie es jeweils dürfen, ist das Problem. Nach dem eher pragmatischen Zugriff des Bundesverfassungsgerichts verlangt die „Doppelrolle“ (77) von Spitzenpolitikerinnen und -politikern in gesetzlich unregulierten Bereichen nach einer gesonderten Zurechnung an das eine oder andere Betätigungsfeld. Die neuere Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und einiger Landesverfassungs-

gerichte zu Regierungsäußerungen hat dafür zwei abstrakte Zurechnungskriterien begründet,<sup>7</sup> die auch auf unseren Fall in Ansatz gebracht werden: Eine Beeinträchtigung der Chancengleichheit liege vor, wenn die politische Äußerung „entweder unter Einsatz der mit dem Ministeramt verbundenen Ressourcen oder unter erkennbarer Bezugnahme auf das Regierungsamt erfolgt, um ihr damit eine aus der Autorität des Amtes fließende besondere Glaubwürdigkeit oder Gewichtung zu verleihen“ (78). Auch insoweit schließt das Urteil nahtlos an die vorangegangenen Entscheidungen in Sachen Seehofer, Wanka und Schwesig an und bietet Befürworterinnen und Befürwortern sowie Kritikerinnen und Kritikern letztlich „wenig Neues“.<sup>8</sup>

Bei alledem hält das Gericht dennoch fest, dass die Chancengleichheit keineswegs jeder Einwirkung auf die demokratische Willensbildung entgegenstehe (79). Auch der formale Gleichheitsanspruch stütze kein absolutes Differenzierungsverbot (92 ff.). Ausdrücklich werden drei verfassungskräftige Gründe aufgeführt, die das Neutralitätsgebot mitformen: Erstens der Schutz von Handlungsfähigkeit und Stabilität der Bundesregierung. Zweitens das Ansehen der Bundesrepublik und das Vertrauen in den deutschen Staat. Drittens die Aufgabe der Staatsleitung im Allgemeinen. Von diesen drei Kollisionswerten widmet sich das Gericht im Merkel-Fall dem ersten am ausführlichsten. Das liegt nahe, weil für die Erhaltung der Handlungsfähigkeit und Stabilität der Bundesregierung gerade die Kanzlerin besonders Sorge trägt. Im vorliegenden Urteil verknüpft das Bundesverfassungsgericht die herausgehobene Stellung der Kanzlerin mit dem Bedürfnis nach einer stabilen und handlungsfähigen Regierung. Dazu trifft es einige Grundsatzaussagen, die es so zusammenfasst (99): „Die Erhaltung der Handlungsfähigkeit der Regierung stellt [...] ein Verfassungsgut dar, das dem Recht der politischen Parteien auf Chancengleichheit

gleichwertig gegenübersteht.<sup>9</sup> Hervorhebenswert erscheint vor allem, dass das Gericht der Bundeskanzlerin ein breites Ermessen bei der Bestimmung der Maßnahmen zuspricht, die zur Erhaltung der Handlungsfähigkeit der Regierung nötig sind. Es formuliert: „Bei der Frage, welcher Maßnahmen es zur Stabilisierung oder zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit der Bundesregierung bedarf, verfügt der Bundeskanzler über einen weiten Einschätzungsspielraum.“ (103) Insbesondere könne er auf „öffentliche Äußerungen zurückgreifen“. In der Sache wird dieser Gedanke an späterer Stelle fortgeführt, wo die Aufgabe der Bundesregierung zur Staatsleitung zur Sprache kommt. Hier akzentuiert das Gericht stärker als in ähnlichen Judikaten<sup>10</sup> das Recht und die Pflicht der Regierung, öffentlich „für die Grundsätze und Werte der Verfassung einzutreten“ (116).<sup>11</sup> Insgesamt dürften diese Aussagen den normativ ergiebigen Ausschnitt der Entscheidung bilden.

Der im Maßstäbeteil projizierte Einschätzungsspielraum der Regierungsspitze hätte nun eine Lockerung der gerichtlichen Kontrolle nach sich ziehen können. Der Subsumtionsteil der Entscheidung schlägt diesen Weg aber nicht ein.

### 3. Subsumtion statt Interessenausgleich

Die Anwendung der Maßstäbe führt zur Feststellung eines Verfassungsverstößes (117 ff.). Keine maßgebliche Stellschraube ist in diesem Fall wohl die Zurechnung der Äußerungen Merkels zu ihrer amtlichen Funktion und darüber zum Staat.<sup>12</sup> Nahtstellen der Entscheidung treten eher bei der Bewertung der Äußerung als negative Qualifizierungen von hinreichender Relevanz (136–153) und bei der Frage nach der Reichweite der Einschätzungsprärogative der Kanzlerin (154 ff.)<sup>13</sup> hervor. Allgemeinere Erkenntnisse sind

vor allem von diesem zweiten Punkt zu erwarten. Hier wird der Kanzlerin zwar zugutegehalten, sie habe „nachvollziehbar dargelegt, dass die Abläufe bei der Ministerpräsidentenwahl von den Koalitionspartnern im Bund als Bruch mit den Grundwerten, die der Arbeit der Regierungskoalition zugrunde gelegen [!] hätten, angesehen worden seien“ (156). Trotzdem und trotz des diesbezüglichen Einschätzungsspielraums der Kanzlerin genügen diese Umstände dem Gericht nicht, um, wie es dann heißt: „eine Gefahr für die Stabilität und Arbeitsfähigkeit der Bundesregierung zu belegen“ (158). Derselbe Maßstab wird an die außenpolitische Dimension der Äußerung angelegt (insb. 166 f.). Schließlich soll die Äußerung auch zur Verteidigung der Werte der Verfassung „nicht mehr verständlich“ sein (vgl. 116, 173).

In der fachlichen Wahrnehmung haben diese Ausführungen deutliche Kritik auf sich gezogen. Es wird bemängelt, dass entgegen den Formulierungen im Maßstäbeteil der Einschätzungsspielraum der Kanzlerin später keine Rolle mehr spielt.<sup>14</sup> Stattdessen erklärt das Gericht einen spezifischen, zeitlich engen Beurteilungsrahmen für verbindlich, wenn es um die Frage der Schutzbedürftigkeit demokratischer Institutionen geht. Es prüft, ob „die Stabilität der Bundesregierung im Einzelfall tatsächlich betroffen gewesen ist“ (157). Worauf sich der mehrmals als „weit“ bezeichnete Einschätzungsspielraum der Kanzlerin (94, 103, 157, 164) hier noch erstrecken soll, erschließt sich nicht.

Diese Passagen des Urteils sind auch nach meinem Dafürhalten problematisch. Der Kontrollmaßstab wird (nachträglich) auf eine Weise objektiviert, die nicht zur Problemstruktur passt. Denn bei dem „Neutralitätsgebot“ handelt es sich ausweislich seiner Herleitung nicht (primär) um ein objektives Verfassungsgebot, sondern um einen Maßstab, der sich im Einzelfall aus der Ausübung konkreter, wehrfähiger

Rechtspositionen konstituiert.<sup>15</sup> Im Maßstäbeteil billigt das Gericht noch beiden Seiten des Rechtsstreits eine gewisse Ellenbogenfreiheit zu: Auf der einen Seite steht die Antragstellerin, die sich auf ihr Gleichheitsrecht aus Art. 21 I GG berufen kann, obwohl sie dabei nach Auffassung des Gerichts den „objektiven Aussagegehalt“ der angegriffenen Äußerungen „erheblich“ „überzeichnet“ (144). Auf der anderen Seite steht die Kanzlerin, die zwar an Art. 21 GG gebunden ist, dadurch ihren Einschätzungsspielraum aber nicht verlieren soll. Der sich daraus ergebende Konflikt wird im Subsumtionsteil jedoch nicht ausgetragen. Hierzu hätte das Gericht einen Weg wählen müssen, der zu einem Interessenausgleich durch beiderseitiges Zurückweichen der kollidierenden Rechtspositionen führt. Stattdessen wird an die Äußerung ein (rein) objektiver, gleichsam externer Kontrollmaßstab angelegt, der den angekündigten Spielraum der Kanzlerin praktisch wieder zurücknimmt. Gerade im Fall der Thüringer AfD leuchtet aber nicht ein, weshalb etwa das Argument der Verfassungsverteidigung keinen solchen Spielraum eröffnet haben sollte, in den die Kanzlerin kommunikativ vorstoßen durfte.<sup>16</sup> Insofern geht meine Kritik an dem Urteil weniger dahin, dass es einer (wie auch immer gearteten) „Entpolitisierung“<sup>17</sup> des Regierungshandelns Vorschub leistet. Der Einwand lautet vielmehr konkreter, dass das Gericht das von der Kanzlerin zurecht in Erinnerung gerufene Bedürfnis nach einer Auseinandersetzung mit rechtsextremen Gruppierungen<sup>18</sup> unterschätzt. Denn diesem Bedürfnis hätte im Kontext des Falls vor dem – gleichfalls anerkennungswürdigen – Recht der Antragstellerin auf Chancengleichheit der Vorrang gebührt.

## 4. Materielle rechtliche und prozessuale Perspektiven

Blicken wir auf das Urteil zurück, lässt sich daran also manches kritisieren. Indessen tritt die normative Bedeutung des Urteils in den Perspektiven zutage, die es für die künftige Handhabung vergleichbarer Fälle bietet.

Erkenntnisse sind zunächst auf der Ebene der berührten Grundsatzfragen zu verbuchen. Zum einen wird die Position der Bundeskanzlerin in ein (etwas) differenzierteres Verhältnis zum Gleichheitsanspruch der Parteien gebracht. Für die Zukunft dieser Rechtsprechungslinie könnte zum anderen das Sondervotum der Richterin Astrid Wallrabenstein bedeutsam sein. Hier werden geläufige Grundsatzeinwände gegen diese Judikatur aufgegriffen. Im Ergebnis wird eine Begrenzung des formalen Gleichbehandlungsrechts der Parteien auf das Anspruchsziel hin vorgeschlagen, „die Nutzung von Regierungsressourcen für parteispezifische Zwecke [...] zu unterbinden“<sup>19</sup>. Durch das Sondervotum hat die Kritik zumindest einmal „Eingang in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gefunden“<sup>20</sup>. Der Fortschreibung der Maßstäbe wiederum *abträglich* sein dürfte die Art und Weise ihrer Anwendung auf den Merkel-Fall. Dass die Entscheidung den grundsätzlichen Diskurs über das Verhältnis von Regierung und Parteien wesentlich bereichert, bleibt darum zweifelhaft.

Weil die Entscheidung aber (wie die ganze Fallgruppe) diesen Grundsatzbezug an sich aufweist,<sup>21</sup> betrachten wir abschließend, wie sich dazu die zweite anfangs notierte Auffälligkeit verhält: die Anmutung des Marginalen. Mögen zwar grundlegende Themen der demokratischen Ordnung berührt sein, werden sie doch eher touchiert als wirklich konfrontiert. In der politischen Debatte, in der oft mit

harten Bandagen gekämpft wird, können rein verbale Mittel per se nur geringe Beeinträchtigungen bewirken. Und Worte sind bekanntlich flüchtig. Merkels Äußerung ist wohl nur deswegen nicht längst dem Vergessen anheimgefallen, weil die klagende Partei nicht auf die Möglichkeit des „Gangs nach Karlsruhe“ verzichten wollte. Insofern tritt zur Geringfügigkeit des Anlasses für den Rechtsstreit noch der gleichfalls notierte Eindruck einer gewissen Theatralik hinzu: Die Antragstellerin geriert sich nicht zum ersten Mal in übertriebener Weise als Opfer politischer Rhetorik (144). In einem ähnlichen Verfahren hatte sie eine Äußerung des damaligen Bundesinnenministers Horst Seehofer allen Ernstes mit den „Hetzreden der nationalsozialistischen Reichsregierung gegen jüdische Mitbürger seit 1933“<sup>22</sup> verglichen. Solche Inszenierung weckt den Verdacht, dass es der Partei an erster Stelle nicht um die Durchsetzung ihrer Rechte, sondern um den publikumswirksamen Auftritt vor dem Verfassungsgericht geht.

Das wirft zu guter Letzt die Frage auf, ob nicht gerade auch die prozessuale Konstruktion zu überdenken wäre: Ist es zweckmäßig, politische Parteien bei jeder noch so geringfügigen Beeinträchtigung ihrer Rechte aus Art. 21 GG zum Organstreit nach Karlsruhe förmlich einzuladen?<sup>23</sup> Prominente Stimmen in der Literatur halten die Öffnung dieser Verfahrensart für politische Parteien ohnehin für sachlich längst nicht (mehr) gerechtfertigt.<sup>24</sup> Die Entscheidungsserie zu den Regierungsäußerungen legt meines Erachtens zumindest eine stärkere Differenzierung als bisher nahe. In Fällen wie dem der Ex-Bundeskanzlerin würde eine Klage vor dem nächsten Verwaltungsgericht zur Wahrung der Rechte aus Art. 21 GG vollauf genügen. Denn Parteien sind hier nicht wirklich in ihrem „verfassungsrechtlichen Status“<sup>25</sup>, sondern bloß peripher betroffen. Nach dieser

## Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern – Gebotene Versachlichung und Entpolitisierung der exekutiven Rede?

Konstruktion käme das Bundesverfassungsgericht erst nach Erschöpfung des Rechtswegs im Rahmen einer etwaigen Verfassungsbeschwerde zum Zug. Das wäre noch früh genug, um verbleibende Verfassungsverstöße zu beseitigen – aber schon zu spät, damit das verfassungsgerichtliche Verfahren nicht zur Bühne für Populistinnen und Populisten wird.

- 1 Lohse, Eckart/Wehner, Markus: Ein Beben bis in die Berliner Mitte hinein, in: *FAZ* vom 6.02.20, S. 2; Machowecz, Martin/Mania-Schlegel, Josa/Middelhoff, Paul/Modersohn, August: Tage, an denen etwas zu Ende geht, *Zeit Online* vom 7.02.20, Nr. 7 („Tabubruch“); Esslinger, Detlef: Kemmerichs Wahl ist eine Schande, *SZ online* vom 5.02.20; Stimmen aus dem Ausland in der *Presse-schau*: „Schäferstündchen“ mit der AfD, in: *SZ* vom 6.02.2020.
- 2 Vgl. Rn. 4 des Urteils vom 15.06.22; auf diese Entscheidung wird nachfolgend durch Nennung der jeweiligen Randnummern (in Klammerverweisen) Bezug genommen.
- 3 Aus der jüngeren Forschung etwa der Tagungsband der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Bd. 81 (2022), Berlin/New York: De Gruyter, und die ergiebige Diskursanalyse bei Krüper, Julian: Rousseaus langer Schatten. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und ihr Ringen mit der Wirklichkeit moderner Demokratie, in: Cancik, Pascale/Kley, Andreas/Schulze-Fielitz, Helmuth/Waldhoff, Christian/Wiederin, Ewald (Hrsg.), *Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022*, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, S. 325–354; weiterhin die einschlägigen Beiträge in Krüper, Julian (Hrsg.): *Die Organisation des Verfassungsstaats. Festschrift für Martin Morlok zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019. Selektive Auswahl neuerer Monografien: Meinel, Florian: *Selbstorganisation des parlamentarischen Regierungssystems. Vergleichende Studien zu einem Verfassungsproblem der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019; Hilbert, Patrick: *Die Informationsfunktion von Parlamenten. Zugleich ein Beitrag zur demokratischen Bedeutung des Europäischen Parlaments*, Tübingen: Mohr Siebeck 2021; Neumeier, Christian: *Kompetenzen. Zur Entstehung des deutschen öffentlichen Rechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2022; Lennartz, Jannis: *Kanzlerdemokratie*, Tübingen: Mohr Siebeck 2023. Schließlich sei auf die innerhalb weniger Jahre auf deutlich mehr als zehn Bände angewachsene Schriftenreihe *Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht*, hrsg. von Krüper, Julian/Pilniok, Arne, Tübingen: Mohr Siebeck, 2019 ff., verwiesen.
- 4 Nur Droege, Michael: Neutralität als Verfassungsgebot? Die Exekutive und der politische Prozess, VVDStRL 81 (Anm. 3), S. 297–353 (310).
- 5 Vgl. etwa die Verweise in BVerfGE 148, 11 (24 Rn. 42) sowie Morlok, Martin, in: Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2015, Art. 21 Rn. 82; ders., ebd., Art. 38 Rn. 103 f.

6

Zur Kritik insbesondere das Sondervotum der Richterin Wallrabenstein (Rn. 10 ff., bes. 14 unter Verweis auf ein bestimmtes Verständnis von „Parteiendemokratie“) sowie die Entscheidungsbesprechungen bei Brünger, Pola Marie/Sauer, Heiko: Wehrhaftes Regieren im politischen Wettbewerb, in: *Juristenzeitung* (JZ) 2022, S. 952–957 (953 f.), und bei van Ooyen, Robert Chr.: Parteipolitische Neutralität des Bundeskanzlers? Ein vordemokratisches Politikverständnis des Bundesverfassungsgerichts prägt die AfD-Entscheidung, in: *Recht und Politik* (RuP) 58 (2022), S. 377–383; auch BVerfGE 44, 125 (181 ff. [Sondervotum Rottmann]); weitere kritische Stimmen aus der umfangreichen Literatur: Payandeh, Mehrdad: Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf. Dogmatische Systembildung auf verfassungsrechtlich zweifelhafter Grundlage, in: *Der Staat* 55 (2019), S. 519–550; Meinel, Florian: Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition. Zur Rechtsprechung seit dem Lissabon-Urteil, in: *Der Staat* 60 (2021), 43–98 (79 ff.); Krude, Emil/Pilniok, Arne: Die Äußerungsbefugnisse von Regierungsmitgliedern, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 104 (2021), S. 290–324 (bes. 319 ff.); moderat Hilbert, Informationsfunktion (Anm. 3), S. 178 ff. (bes. 181 ff.) mit umfassenden Nachweisen. – Insgesamt geht die Literatur vielfach von der Existenz eines Neutralitätsgebots als Kehrseite des Gleichbehandlungsanspruchs der Parteien aus (was seine jeweilige Anwendung im konkreten Fall natürlich nicht vorentscheidet), monografisch etwa Dişçi, Duygu: Der Grundsatz politischer Neutralität. Grenzen der Äußerungsbefugnis politischer Amtsträger, Berlin: Duncker & Humblot 2019, S. 123 ff.; Nellesen, Sebastian: Äußerungsrechte staatlicher Funktionsträger. Neutralität, Meinungsfreiheit, Mäßigungsgebot, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, S. 50 ff., 102 ff.; abschwächend Honer, Mathias: Die grundgesetzliche Theorie der Regierung. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsgewinnung im Verfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, S. 337 ff.; sehr nuanciert Mast, Tobias: Staatsinformationsqualität. De- und Rekonstruktion des verfassungsrechtlichen Leitbilds öffentlicher staatlicher Informationstätigkeit und der entsprechenden Gebote, Berlin: Duncker & Humblot 2020, S. 360 ff.; im Überblick schließlich Kuch, David: Politische Neutralität in der Parteiendemokratie, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR) 142 (2017), S. 491–527.

- 7 BVerfGE 138, 102 (118 Rn. 55); 148, 11 (33 Rn. 64); 154, 320 (339 f. Rn. 56); Niedersächs. Staatsgerichtshof, Urteil vom 24.11.2020 – StGH 6/19, juris, Ls. 4, Rn. 68; vgl. bereits Verfassungsgerichtshof Rh.-Pfl., Beschluss vom 21.05.2014 – VGH A 39/14, juris, Rn. 21, 25; weitere Fundstellen aus der Landesverfassungsgerichtsbarkeit bei Berger, Hannes/Gundling, Lukas C.: Impulse der Landesverfassungsgerichte zur politischen Neutralität, in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2019, S. 399–402.
- 8 Michl, Fabian: Was darf eine Bundeskanzlerin sagen?, *Verfassungsblog* vom 16.06.22 (sub II.).
- 9 Das Gericht stützt sich hier auf „Art. 63 [Regierungsbildung], 67 [konstruktives Misstrauensvotum] und 68 [Vertrauensfrage] GG“ (Rn. 95).
- 10 Hierhin gehören im weiteren Kontext BVerfGE 105, 252 [Osho]; 105, 279 [Glykol], vgl. Honer, Regierung (Anm. 6), S. 189 f.
- 11 Ausdrücklich anerkannt ist damit, „dass die kommunikative Aufgabe der Bundesregierung neben der Darstellung ihrer Politik auch darin liegt, zu Gefahren durch Radikalisierungen in der Gesellschaft Stellung zu nehmen und ihnen entgegenzutreten“: Brünger/Sauer, Regieren (Anm. 6), S. 956.
- 12 Das Forum der Stellungnahme und der Umstand, dass sie auf der Homepage der Bundesregierung erschien, sprechen zu deutlich für eine solche Zurechnung (119–135); knapp Nellesen, Sebastian: Urteilsanmerkung, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2022, S. 1127 f. (1127).
- 13 Vgl. nochmals Rn. 116 zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung; Rn. 157 („weiter Einschätzungsspielraum“ bzgl. Schutz von Stabilität und Handlungsfähigkeit der Regierung); Rn. 164 („weiter Einschätzungsspielraum“ bzgl. Frage des Ansehens der Bundesrepublik im Ausland).
- 14 In diese Richtung die Urteilsanmerkung von Wischmeyer, Thomas, in: *Juristische Schulung (JuS)* 2022, S. 789–791 (790); Michl, Bundeskanzlerin (Anm. 8), sub III.
- 15 Näher Kuch, Neutralität (Anm. 6), S. 520 ff.
- 16 Kritisch insb. Hong, Matthias, Neutralität und Sachlichkeit amtlicher Äußerungen und kommunikative Verfassungsverteidigung, in: *Zeitschrift für das gesamte Informationsrecht (ZGI)* 2022, S. 199–205 (202 ff.).

## Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern – Gebotene Versachlichung und Entpolitisierung der exekutiven Rede?

- 17 Was mit „Entpolitisierung“ gemeint ist, wird selten klar. Einmal unterstellt, das vorliegende Urteil leistet einer solchen Vorschub, bliebe zu fragen, wie sie sich künftig vermeiden ließe: Würde es etwa genügen, wenn das Gericht die Klage (als unbegründet) abweist? Dagegen dürfte aber sprechen, dass allein die Gerichtsverhandlung und -entscheidung über den Fall eine „Entpolitisierung“ bedeutet, wird so doch der „politische“ Ausgangskonflikt mit juristischen Mitteln und vor Gericht – und gerade nicht im Weg der Selbstregulierung des politischen „Wettbewerbs“ – geklärt. Konsequenterweise sollte der Entpolitisierungseinwand meines Erachtens darauf hinauslaufen, dass die Sache gar nicht zum Gericht gelangt bzw. als unzulässig behandelt werden kann. Doch wie wäre das rechtlich konstruierbar? (Siehe dazu am Ende einen Kompromissvorschlag zur prozessualen Dimension).
- 18 Im März 2020, nur einen Monat nach Merkels Äußerung, wurde die sich um den Thüringer Landtagsabgeordneten und Fraktionsvorsitzenden Björn Höcke formierende Gruppe „Der Flügel“ vom Bundesamt für Verfassungsschutz als „erwiesen rechtsextremistische Bestrebung“ eingestuft: *BfV, Verfassungsschutzbericht 2020*, S. 93; im März 2021 hat das thüringische Landesamt für Verfassungsschutz dann den gesamten Landesverband ebenso qualifiziert *AfV-Th, Verfassungsschutzbericht 2021*, S. 18; ebenfalls seit 2021 führt das Bundesamt die AfD als Verdachtsfall, womit sich inzwischen die Gerichtsbarkeit zu beschäftigen hatte: *VG Köln, Urteil vom 8.3.2022 – 13 K 326/21*, und dazu *Huber, Bertold: Die AfD als nachrichtendienstlicher Verdachtsfall*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2023*, S. 225–229.
- 19 Sondervotum Wallrabenstein, Rn. 21; die Tragfähigkeit dieses Vorschlags hängt wesentlich am Begriff der „Nutzung von Regierungsressourcen“. Je unschärfer dieser Begriff aber ist – umfasst er etwa (wie in Rn. 175 dargestellt) den Zugriff auf eine offizielle Internetseite? –, desto weniger wird der Vorschlag dem Problem einer „Entpolitisierung“ (Anm. 17) abhelfen. Denn desto mehr Nahrung bieten künftige Fälle wiederum der juristischen Auseinandersetzung, die sich nur eben nicht mehr an der Zurechenbarkeit einer Äußerung zu den Amtsgeschäften einer Politikerin oder eines Politikers abarbeiten wird, sondern stattdessen an der Auslegung von „Ressourcennutzung“.
- 20 Payandeh, Mehrdad: Maßstabssetzung durch Subsumtion, *Verfassungsblog* vom 17.06.22 (7. Abs. a.E.).

- 21 Eingedenk der Möglichkeit einer künftigen Regierungsbeteiligung rechts-populistischer Parteien sollte man ihn nicht unterschätzen.
- 22 BVerfGE 154, 320 (346 Rn. 76).
- 23 Vgl. bereits Kuch, David: Le droit des partis radicaux à défendre l'égalité des partis politiques devant la cour de Karlsruhe, Blog *juspoliticum* vom 24.06.20 (sub 2. a.E.).
- 24 Etwa Ipsen, Jörn/Koch, Thorsten, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 9. Aufl., München: Beck 2021, Art. 21 Rn. 50 ff.; Voßkuhle, Andreas, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 7. Aufl., München: Beck 2018, Art. 93 Rn. 106; Kunig, Philip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. III, Heidelberg: C.F. Müller, § 40 Rn. 127; alle mit weiteren Nachweisen.
- 25 Allgemein Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan: Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl., München: Beck 2021, Rn. 92.

Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern –  
Gebotene Versachlichung und Entpolitisierung der exekutiven Rede?

## Beitrag von Elisabeth Winkelmeier-Becker MdB

Vorsitzende des Rechtsausschusses im Deutschen Bundestag

Zum Urteil Zweiten Senats vom 15. Juni 2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20 –

*Sehr geehrte Damen und Herren,*

bezüglich des in diesem Panel besprochenen Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)<sup>1</sup> zu Äußerungsbefugnissen von Amtsträgerinnen und Amtsträgern haben Sie jetzt zwei Positionen gehört, die jeweils sehr gute Argumente für sich haben. Die Entscheidung im Senat mit 5:3 Stimmen bestätigt das. Sie zeigt, dass die Entscheidung auch im zuständigen Zweiten Senat des BVerfG sehr umstritten war. Ich möchte meinen Blick aus der politischen Praxis einbringen.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: ich wäre gern die achte Stimme zu einem Ergebnis von 4:4 gewesen und hätte mich also ebenso wie die Richterin Astrid Wallrabenstein für eine Ablehnung des Antrags entschieden.

Das Auseinanderhalten der verschiedenen politischen Ämter, an das sich in der Folge unterschiedliche Befugnisse zu Äußerungen und zur Nutzung unterschiedlicher Plattformen und Ressourcen knüpfen sollen, kann im Einzelfall schwierig sein und würde viele Akteurinnen und Akteure in der Politik überfordern. Politischer Wettbewerb ist konfrontativ. Positionen stehen im öffentlichen Streit und im Schlag-

abtausch. Letztlich müssen aus vielen unterschiedlichen Interessen und Argumenten tragfähige, vor allem mehrheitsfähige Lösungen erarbeitet werden. In diesem politischen Streit gehören öffentliche Statements und Positionierungen dazu, oft spontan und unter Zeitdruck und zu einer Vielzahl unterschiedlicher fachlicher oder parteipolitischer Themen. Gerade Regierungsmitglieder, die oft auch Parteifunktionen bekleiden, sind immer wieder in einer Situation, mit einer noch unabgestimmten, noch nicht auf alle Fakten und Argumente geprüften Positionierung gleichsam ins Risiko gehen zu wollen und zu müssen, um eine Diskussion voranzubringen. Dabei müsste von ihnen jeweils mitbedacht werden, welchen „Hut“ sie gerade aufhaben, ob für die jeweiligen Adressatinnen und Adressaten klar ist, als was und für wen sie sprechen oder ob es vorab einer expliziten Erläuterung bedarf, zum Beispiel „ich rede jetzt als Ministerin“ oder „als Parteivorsitzende schlage ich vor“. Das kann nicht im Sinne eines pointierten, lebhaften politischen Austauschs sein.

Denn es kommen mindestens bis zu sechs „Hüte“ in Betracht, die politische Akteure aufsetzen können, aus jeweils unterschiedlichen Funktionen und mit unterschiedlicher Reichweite: die Funktion als Regierungsmitglied, eine Parteifunktion, eine Funktion in der Fraktion, das eigene Mandat, die Rolle als Kandidat oder Kandidatin im Wahlkampf und die als Bürgerin oder Bürger. Diese Ämter und Funktionen können in unterschiedlicher und im Zeitablauf variiertes Zusammenstellung zusammenfallen. Beispielsweise war Angela Merkel lange Zeit Abgeordnete, Parteivorsitzende und Bundeskanzlerin, dann nur noch Abgeordnete und Bundeskanzlerin. Zum Teil ergeben sich große Schnittmengen. Eine Äußerung kann beispielsweise oftmals sowohl auf die Partei-, als auch auf die Fraktionsfunktion gestützt werden. Aber nicht alle „Hüte“ legitimieren zu

Statements mit identischer Reichweite. Gerade Parteifunktionen einerseits und Regierungsfunktionen andererseits müssten unterschieden werden. Das BVerfG hat das alles in seiner Entscheidung sehr differenziert geprüft und subsumiert, mit all seiner verfassungsrechtlichen Expertise. Es hat jede einzelne Äußerung auf die Goldwaage gelegt. Trotzdem waren sich die acht Mitglieder des Zweiten Senats am Schluss nicht einig in ihrer Bewertung. Eine solche Prüfung mit der Goldwaage kann im politischen Tagesgeschäft nicht geleistet werden. Da wird zugespitzt, da muss es schnell gehen. Und nicht jeder Politiker oder jede Politikerin kann dabei auf juristische Expertise setzen. Das ist auch gut so, denn wir brauchen Politikerinnen und Politiker, die ihren Schwerpunkt in Verteidigung, Landwirtschaft, Gesundheit, Soziales, Wirtschaft et cetera haben.

Daraus folgt, dass eine sichere Entscheidung darüber, was man nun in welcher Rolle sagen darf, im politischen Tagesgeschäft de facto nicht immer vorausgesetzt werden kann. Wenn man die Entscheidung des BVerfG zugrunde legt, ist damit das Risiko einer im politischen Wettbewerb empfindlichen Sanktion, nämlich der Feststellung einer Grundgesetzverletzung, verbunden: die Bundeskanzlerin musste sich sagen lassen, verfassungswidrig gehandelt zu haben. Die AfD konnte nach etlichen Misserfolgen in anderen Verfahren beim BVerfG einen politisch bedeutsamen Erfolg verbuchen. Wenn dies als Folge einer zugespitzten Aussage im politischen Diskurs befürchtet werden muss, kann das in der politischen Praxis im Ergebnis zum Maulkorb werden. Für einen lebendigen politischen Diskurs braucht es aber erkennbare Positionierung und Argumentation der verschiedenen Parteien und Personen. Das ist unverzichtbar für die Meinungsbildung der Wählerinnen und Wähler und nicht zuletzt für deren nächste Wahlentscheidung. Wird diese behindert, schadet das der Demokratie.

In der hier besprochenen Entscheidung des BVerfG über die Äußerung der Bundeskanzlerin zur Ministerpräsidentenwahl in Thüringen im Rahmen einer Pressekonferenz in Südafrika<sup>2</sup> stellt sich die Frage, aus welchem Amt heraus die Kanzlerin nach den Kriterien des BVerfG hierzu hätte sprechen dürfen. Als Bundeskanzlerin? Nach mehrheitlicher Auffassung des Gerichts offenbar nicht. Welches Parteiamt hatte sie denn noch? Als Bundeskanzlerin war sie nach der Satzung der CDU Präsidiumsmitglied. Dieses Gremium hatte bereits zuvor beschlossen – noch am Tag der Ministerpräsidentenwahl –, der Thüringer CDU Neuwahlen zu empfehlen.<sup>3</sup> Die damalige CDU-Parteivorsitzende Annegret Kramp-Karrenbauer war mit dieser Forderung – wie wir uns erinnern – nach Erfurt gereist. Die CDU-Fraktion im Thüringer Landtag ließ sie dann aber auflaufen. Vorsitzende und Präsidium hatten sich bereits positioniert. Die Meinung von Angela Merkel als Präsidiumsmitglied war in dieser Situation gleichermaßen irrelevant und uninteressant. Abgesehen davon, dass zu keinem Zeitpunkt mit der Position von Angela Merkel als Präsidiumsmitglied argumentiert wurde, komme ich zu dem Ergebnis, dass die Kanzlerin kein Parteiamt hatte, auf das sie sich bei ihren Äußerungen zur Ministerpräsidentenwahl in Erfurt stützen konnte. Ebenso wenig gab ihr das Mandat als Bundestagsabgeordnete in Mecklenburg-Vorpommern eine Zuständigkeit zu einer Aussage im Rahmen dieser Pressekonferenz, erst recht hatte sie diese nicht als Privatperson.

Trotzdem gab es aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger und der Medien eine klare Erwartungshaltung, dass sie sich äußert. Sie wurde dazu von der Presse ausdrücklich befragt. Es wäre ihr als Bundeskanzlerin vorgeworfen worden, nichts dazu zu sagen.

Und auch wenn das BVerfG es anders bewertet: der Gedanke erscheint nicht ganz falsch, dass sie auch als Bundeskanzlerin und damit als Vertreterin der Bundesrepublik Deutschland gegenüber dem Ausland deutlich machen durfte, dass die Regierungschefin nicht in aller Ruhe zusieht, wie eine rechtsextreme Partei in einem deutschen Bundesland wieder Einfluss auf die Politik gewinnt. Aus meiner politischen Warte ist deshalb als Zwischenergebnis klar, dass sie sich erstens äußern musste und zweitens, dass sie das ausschließlich als Kanzlerin tun konnte.

Das BVerfG argumentiert wesentlich mit dem verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz der Chancengleichheit der politischen Parteien sowie mit der Willensbildung in der Demokratie, die in einem freien Meinungsbildungsprozess vom Wahlvolk hin zu den Staatsorganen erfolgen muss.<sup>4</sup>

Diese Grundsätze, diese Leitsätze des Gerichts sind unbestritten. Aber die Schlussfolgerungen des BVerfG sind nicht überzeugend. Zum einen ist zu bezweifeln, dass die Äußerungen der Kanzlerin die Chancen der AfD im politischen Wettbewerb tatsächlich geschmälert haben. Dabei soll nicht in Abrede gestellt werden, dass das Verdikt der Kanzlerin gegenüber der AfD schwerwiegend war. Sie „qualifiziert die Antragstellerin insgesamt als eine Partei, mit der jedwede (parlamentarische) Zusammenarbeit von vornherein ausscheidet. Dies beinhaltet eine vom konkreten Anlass der Äußerung losgelöste Ausgrenzung der Antragstellerin aus dem Prozess parlamentarisch-demokratischer Willensbildung. Diese Bewertung wird dadurch verstärkt, dass die Antragsgegnerin den Kooperationsvorgang bei der Ministerpräsidentenwahl als ‚unverzeihlich‘ bezeichnet und gefordert hat, dessen Ergebnis müsse rückgängig gemacht werden“<sup>5</sup>. Sie habe das nicht nur „aus Sicht ihrer eigenen Partei, der CDU“, sondern ganz allgemein mit der Formulierung „ein

schlechter Tag für die Demokratie“ untermauert.<sup>6</sup> Der Ausdruck der Kanzlerin „muss rückgängig gemacht werden“ ist sehr gravierend und seinerseits verfassungsrechtlich fragwürdig, denn es liegt offensichtlich nicht in der Macht der Bundeskanzlerin, die nach der Landesverfassung Thüringens wirksame Wahl des Ministerpräsidenten „rückgängig zu machen“ beziehungsweise dies – von wem auch immer – zu fordern. Die Wortwahl geht zugleich weit über vergleichbare Fälle anderer prominenter Politikerinnen und Politiker hinaus. So hatte der ehemalige Bundespräsident Joachim Gauck in Bezug auf NPD-Mitglieder von „Spinne[n]“ gesprochen.<sup>7</sup> Die ehemalige Bundesministerin Johanna Wanka hatte eine „Rote Karte“ für die AfD verlangt.<sup>8</sup> Eine ganz andere Frage ist aber, ob die Äußerungen der Kanzlerin wirklich die politische Willensbildung des Wahlvolks zu Lasten der Antragstellerin AfD beeinflusst hat.

Denn Leidtragende war zunächst die FDP, deren Ministerpräsident infolge der Äußerung der Kanzlerin zurückgetreten ist. Inwieweit er das freiwillig getan hat, lässt sich schwer beurteilen. Bekannt ist, dass FDP-Parteichef Christian Lindner persönlich ebenfalls sehr darauf gedrängt hat. Das hat dieser zumindest selbst – stilsicher über Twitter – mitgeteilt.<sup>9</sup> Ob seine Intervention und hierfür wiederum die Äußerung beziehungsweise Position der Kanzlerin von ursächlicher Bedeutung waren, können wir allerdings nicht verlässlich beurteilen. Wenn man auf aktuelle Umfrageergebnisse in Thüringen schaut, hat vor allem eine Partei verloren, nämlich die CDU. Nach einer Umfrage im Dezember 2022<sup>10</sup> hat die CDU in Thüringen gegenüber den 21,7 Prozent bei der Landtagswahl im Oktober 2019 zu heute 6,7 Prozent verloren und steht nun bei etwa 15 Prozent. Nicht verloren hat demgegenüber die AfD, die von 23,4 Prozent bei der Landtagswahl auf 30 Prozent gestiegen ist. Sie hat 6,6 Prozent hinzugewonnen und führt damit derzeit in den Umfragen.

Angesichts dieser Entwicklung ist infrage zu stellen, dass eine negative Äußerung über eine Partei durch ein Regierungsmitglied tatsächlich zu einem Nachteil im politischen Wettbewerb führt. Es entspricht nicht meiner eigenen Erfahrung mit dem politischen Verhalten der Bürgerinnen und Bürger, dass sich diese ohne Weiteres etwas „von oben“ sagen lassen. Wie die Äußerung einer prominenten Politikerin wirkt, hängt sehr von der jeweiligen Voreinstellung der Bürgerinnen und Bürger ab und kann bei dem einen die – trotzdem immer noch freie – Meinung entsprechend beeinflussen und bei anderen Bürgerinnen oder Bürgern kann sie genau das Gegenteil bewirken. Gerade eine Partei, die sich selbst als Opfer inszeniert und es damit offenbar immer wieder schafft, Wählerinnen und Wähler anzusprechen, kann davon profitieren und in ihr Narrativ vom abgehobenen politischen Establishment integrieren, wenn sie von der Regierungschefin, die auch zugleich die bekämpfte politische Gegnerin ist, auf diese Weise angegangen wird. Deshalb ist die Argumentation des BVerfG auch hier nicht überzeugend. Wer unter einer abwertenden politischen Äußerung eines Regierungsmitglieds am Ende leidet, wessen Chancen im politischen Wettbewerb beeinträchtigt werden und wessen Chancen steigen, ist nicht schematisch zu beantworten, wie es das BVerfG in seinen Entscheidungen anscheinend voraussetzt.

Im Ergebnis hat sich die Kanzlerin mit ihrer Äußerung im Rahmen dessen gehalten, was von ihr erwartet wurde und was – gerade nach den gescheiterten Klärungsversuchen der damals amtierenden CDU-Parteivorsitzenden – nötig und zulässig war, um für sich selbst als Regierungschefin und zugleich für ihre Partei eine konsequente politische Abgrenzung zur AfD glaubhaft zu verdeutlichen. Eine künstliche Trennung der Funktionen war nicht möglich.

Das BVerfG differenziert außerdem zwischen der Äußerung als solcher und der weiteren „Vermarktung“ etwa auf der Homepage der Bundesregierung unter Verwendung von Hoheitssymbolen.<sup>11</sup> In der Entscheidung des BVerfG gegen Ministerin Johanna Wanka wurde etwa als verfassungswidrig beurteilt, dass eine allgemein politische Äußerung unter Verwendung von Ressourcen des Amtes veröffentlicht wurde.<sup>12</sup> Diese Differenzierung ist grundsätzlich richtig. Chancengleichheit bedeutet, dass sich keine Partei im politischen Wettbewerb einen Vorteil verschaffen darf, indem sie dafür auf Ressourcen der Regierung, auf Infrastruktur oder über Social Media auf die Reichweite eines Regierungssaccounts zurückgreifen kann. Deshalb durfte die Homepage des Bundesministeriums für Bildung und Forschung nicht genutzt werden, um sich gegen eine geplante Demonstration von AfD und Pegida auszusprechen.

Eindeutig ist nach diesem Grundsatz die Lage, wenn Ressourcen des Regierungsamts für den allgemeinen politischen Wettbewerb genutzt werden. Das könnte beispielsweise die Nutzung von Personal, von Räumlichkeiten, von Materialien oder finanziellen Mitteln für eine Kampagne sein. Hiermit wäre ein verfassungswidriger Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Parteien verbunden. Diese Beurteilung dürfte grundsätzlich einfach sein. Der Kanzlerin wurde dementsprechend vorgeworfen, dass die volle Pressekonferenz einschließlich des Passus zur Thüringer Wahl auf die Homepage des Bundeskanzleramts gesetzt wurde. Hier ist aber eine andere Beurteilung als bei Frau Wanka gerechtfertigt, denn der Schwerpunkt der Pressekonferenz lag eindeutig auf dem Staatsbesuch in Südafrika. Sie wurde deshalb zurecht routinemäßig auf die Homepage gesetzt. Die Äußerungen zur Wahl in Thüringen waren nur ein Nebenaspekt. Sie waren nicht Grund und

Selbstzweck der Einstellung auf der Homepage. Sie herauszuschneiden, wäre als Versuch gewertet worden, diese Aussagen nicht mehr aufrecht zu erhalten, sondern sich zu distanzieren. Unter diesen Vorzeichen wäre es im Ergebnis verfassungsrechtlich vertretbar und nicht unter dem Gesichtspunkt des unfairen Vorteils zu kritisieren gewesen, die entsprechenden Passagen im Video zu belassen und dieses unverändert zu posten.

Ich schließe mich deshalb insgesamt der Position von Prof. Meinel an und freue mich auf die weitere Diskussion.

*Vielen Dank für die Aufmerksamkeit.*

## Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern – Gebotene Versachlichung und Entpolitisierung der exekutiven Rede?

- 1 BVerfG, Urteil vom 15.6.2022 – 2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20.
- 2 <https://www.youtube.com/watch?v=pAi5aSUZmlg> (letzter Abruf: 13.03.2023).
- 3 <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/thueringer-cdu-sperrt-sich-gegen-neuwahl-16618568.html>.
- 4 BVerfG, Urteil vom 15.6.2022 - 2 BvE 4/20 -, Rn. 68, 70.
- 5 BVerfG, Urteil vom 15.6.2022 - 2 BvE 4/20 -, Rn. 140.
- 6 BVerfG, Urteil vom 15.6.2022 - 2 BvE 4/20 -, Rn. 141.
- 7 BVerfG, Urteil vom 10.6.2014 - 2 BvE 4/13.
- 8 BVerfG, Urteil vom 27.2.2018, - 2 BvE 1/16.
- 9 [https://twitter.com/c\\_lindner/status/1225431256013426689?s=20](https://twitter.com/c_lindner/status/1225431256013426689?s=20) (letzter Abruf: 13.03.2023).
- 10 <https://www.wahlkreisprognose.de/2022/12/11/thueringen-afd-obenauf-linke-bleibt-hauptverfolger/>.
- 11 BVerfG, Urteil vom 15.06.2022 - 2 BvE 4/20 -, Rn. 81.
- 12 BVerfG, Urteil vom 27.02.2018, - 2 BvE 1/16.

# Kapitel II

## Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen



Das Sicherheitsverfassungsrecht ist seit geraumer Zeit in Bewegung. Insbesondere heimliche Überwachungsmaßnahmen sowie die Rolle der Nachrichtendienste in der Sicherheitsarchitektur sind in den Fokus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geraten. Das Gericht hat hierbei sukzessive immer detaillierte Anforderungen entwickelt, an denen die Normenbestimmtheit und die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsermächtigungen gemessen wird.

Im Mittelpunkt der vorliegenden Entscheidung stehen die Eingriffsschwellen bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen durch Verfassungsschutzbehörden und die akzessorische Übermittlung von Daten an Polizei- und Strafverfolgungsbehörden. Verfassungsschutzbehörden nehmen spezifische Aufgaben der Beobachtung und Vorfeldaufklärung wahr, verfügen aber – anders als Polizeibehörden – über keine operativen Anschlussbefugnisse (z. B. Zwangsmaßnahmen). Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hält es daher für grundsätzlich gerechtfertigt, Überwachungsbefugnisse einer Verfassungsschutzbehörde an modifizierte Eingriffsschwellen zu binden. Korrespondierend muss aber eine Übermittlung der daraus erlangten personenbezogenen Daten und Informationen strengen Voraussetzungen unterliegen. Die Verhältnismäßigkeitsanforderungen an heimliche Überwachungsmaßnahmen hängen vom jeweiligen Eingriffsgewicht ab. Maßnahmen, die zu einer weitestgehenden Erfassung der Persönlichkeit führen können, sollen Verhältnismäßigkeitsanforderungen wie polizeiliche Überwachungsmaßnahmen unterliegen, also grundsätzlich an eine konkrete Gefahr gebunden sein. Im Übrigen sei Voraussetzung ein hinreichender verfassungsschutzspezifischer Aufklärungsbedarf. An die Übermittlung personenbezogener Daten durch eine Verfassungsschutzbehörde an eine andere Stelle werden hohe Anforderungen gestellt, damit die (in der Regel höheren) Eingriffsschwellen im Polizei- und Strafprozessrecht nicht durch eine Instrumentalisierung der Nachrichtendienste unterlaufen werden. Eine Übermittlung durch eine Verfassungsschutzbehörde setzt nach dem Gericht stets voraus, dass dies dem Schutz eines besonders gewichtigen Rechtsguts dient.

Wir wollen die Entscheidung beispielhaft für eine schleichende Konstitutionalisierung des Sicherheitsrechts aufgreifen. Auf der einen Seite steht das redliche Bemühen um eine angemessene Balancierung von Freiheitsrechten einerseits und Sicherheitsinteressen andererseits. Auf der anderen Seite steht dem eine zunehmende Verdichtung und Komplexität der verfassungsgerichtlichen Maßstäbe gegenüber. Wo liegt die Primärverantwortung, auf neue sicherheitspolitische Herausforderungen zu reagieren? Beim Bundesverfassungsgericht oder beim Gesetzgeber?

## Beitrag von Dr. Felor Badenberg

Vizepräsidentin des Bundesamtes für Verfassungsschutz

Zum Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –

### 1. Einleitung

*Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Lammert,  
sehr geehrter Herr Dr. Sehl,  
meine sehr geehrten Damen und Herren,*

ich danke Ihnen für die Einladung zum Berliner Jahresrückblick, der ich gern gefolgt bin, denn die Konrad-Adenauer-Stiftung nimmt heute ein sehr wichtiges und komplexes Thema in den Fokus.

Das Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 26. April 2022 entfaltet nicht nur auf die sicherheitspolitische Praxis große Wirkung, sondern berührt auch grundsätzliche Maximen der Vorfeldaufklärung durch den Verfassungsschutz, sei es etwa die viel bemühte Frage nach dem Verhältnis von Freiheit und Sicherheit, das sogenannte Trennungsgebot als Spezifikum der deutschen Geschichte oder das mitunter problematische Gefälle zwischen juristischer Theorie und nachrichtendienstlicher Praxis.

Die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung überlasse ich gern Herrn Prof. Markus Thiel, Herrn Prof. Jan-Hendrik Dietrich sowie Frau Abgeordnete Andrea Lindholz.

Als Praktikerin möchte ich vielmehr die Perspektive des Bundesamts für Verfassungsschutz auf das Urteil und seine Auswirkungen auf unsere Arbeit grob skizzieren.

## 2. Das Urteil – Unmittelbare und mittelbare Folgen

Blicken wir dafür zunächst auf das Urteil: Was wurde konkret entschieden?

Das Gericht hat zentrale Regelungen des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes für verfassungswidrig erklärt. Mehrere Befugnisnormen seien mit dem Grundgesetz unvereinbar. Ich beschränke mich an dieser Stelle auf die Folgen und halte fest:

Erstens: Das Gesetz muss in den festgestellten Punkten geändert werden und gilt in seiner jetzigen Form nur noch bis Ende Juli 2023.

Zweitens: Das Urteil entfaltet keine unmittelbare Rechtskraftwirkung auf die Arbeit unseres Bundesamts, da die Entscheidung zum Landesrecht getroffen wurde.

Von einem „Tag des Jammers für Vertreter des Sicherheitsapparates“<sup>1</sup> zu sprechen – wie es manche Medienvertreterinnen und -vertreter formulierten – erscheint insofern überspitzt. Gleichwohl trifft es zu, dass die mittelbaren Konsequenzen des Urteils großen Reformbedarf produzieren. Denn das Gericht hat über die Verfassungsbeschwerde hinaus „Allgemeine Maßstäbe der materiellen Verfassungsmäßigkeit“ von Überwachungsbefugnissen aufgestellt, die für alle Verfassungsschutzgesetze in Bund und Ländern gelten.

Das erzeugt Wirkung. Und wie Sie wissen – meine sehr geehrten Damen und Herren – hat das Bundesverfassungsgericht zudem mit seinem Beschluss<sup>2</sup> vom 28. September eine zentrale Übermittlungsnorm des Bundesverfassungsschutzgesetzes (§ 20 Abs. 1 Satz 1 und 2) als mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärt – soweit sie zur Übermittlung personenbezogener Daten verpflichtet, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln erhoben wurden.<sup>3</sup> Das Gericht leitet seine wesentlichen Grunderkenntnisse erkennbar aus dem Trennungsgebot ab.

So ist etwa die Übermittlung geheim gesammelter, personenbezogener Daten nur zulässig

- › an Gefahrenabwehrbehörden mit operativen Befugnissen bei einer konkretisierten Gefahr für ein besonders gewichtiges Rechtsgut,
- › an Strafverfolgungsbehörden nur zur Verhinderung besonders schwerer Straftaten
- › und an ausländische Behörden nur nach einer Vergewisserung über den datenschutzrechtlich angemessenen Umgang.

Eine gravierende Neuerung ist zudem die Forderung nach einer unabhängigen Vorabkontrolle – etwa für längerfristige Observationen oder für den Einsatz von verdeckten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern.

### 3. Wo stehen wir? – Problemhorizont

In der Summe stehen wir vor großen Herausforderungen. Diese erwachsen primär aus den noch unklaren Folgen, die aus der gerichtlichen Entscheidung abzuleiten sind. Und Sie können sich vorstellen, dass eine unklare Lage einen Nachrichtendienst in Unruhe versetzen kann.

Wir sind derzeit in einem intensiven Austausch auf Bund-Länder-Ebene und versuchen, die Konsequenzen des Urteils bestmöglich umzusetzen. Ich möchte allerdings nicht verschweigen, dass Fragen von hoher Relevanz für die Praxis noch offen sind:

- › Kommt es etwa zu einem Zeit- und Erkenntnisverlust bei der Aufklärung, wenn operative Instrumente von einer neuen Kontrollinstanz vorab genehmigt werden müssen?
- › Und dürfen Informationen zu einer gefährlichen Körperverletzung oder zur Spionage nicht mehr an Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden, wenn die Voraussetzungen der besonders schweren Straftat nicht erfüllt werden?

Ich nenne Ihnen hierzu einige Beispiele:

Im vergangenen Frühjahr haben in mehreren Bundesländern Durchsuchungsmaßnahmen gegen circa 20 Personen der verbotenen neonazistischen Gruppierung „Combat 18 Deutschland“ stattgefunden. Nur zwei der betroffenen Personen waren als Rädelsführer einzuschätzen, die anderen waren einfache Mitglieder. Für die Durchsuchungen hatten wir relevante Erkenntnisse zu den Personen an die Exekutivbehörden übermittelt. Würde man den Sachverhalt in die heutige Zeit übertragen, wären entsprechende Übermittlungen an Strafverfolgungsbehörden lediglich zu den zwei Rädelsführern möglich, da § 85 Abs. 2 StGB bei Mitgliedern sowie Unterstützerinnen und Unterstützern einer verbotenen Vereinigung nur eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorsieht. Gemäß des hier diskutierten Urteils läge keine besonders schwere Straftat vor, sodass die Übermittlung unzulässig wäre. Das heißt, künftig könnten wir strafrechtliche Verfahren gegen einfache Mitglieder, welche die Aktivitäten von verbotenen Vereinen maßgeblich prägen, nicht mehr in gleicher Form unterstützen.<sup>4</sup>

Ein weiteres Fallbeispiel:

Unserem Bundesamt ist eine rechtsextremistische Online-Chat-Gruppe bekannt, deren Mitglieder Straftaten begehen, die aus einer rechtsextremistischen Motivation resultieren – wie etwa das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen oder Volksverhetzung. Auch hier handelt es sich leider erneut um Delikte, die aufgrund ihres Strafmaßes nach neuer Rechtslage nicht ohne Weiteres an Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden dürfen.

Ich treibe es zum Ende auf die Spitze, um unsere praktischen Sorgen plakativ zu unterstreichen: Stellen Sie sich vor, dass eine gefährliche Körperverletzung an einem jüdischen Mitbürger oder einer jüdischen Mitbürgerin durch Rechtsextremistinnen und -extremisten aufgrund der genannten Einschränkungen nicht mehr an Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden könnte. Das ist aus meiner Sicht eine schwer zu ertragende Vorstellung!

#### 4. Fazit

Als Verfassungsschutz begrüßen wir ausdrücklich:

- › die rechtsstaatliche Einhegung,
- › das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten
- › und eine intensive parlamentarische Kontrolle.

Gleichwohl sind wir besorgt, dass wir hinter bereits Erreichtes zurückfallen könnten, wenn zum Beispiel die erfolgreiche Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden erschwert wird. Es waren gerade die Lehren aus den islamistischen Anschlägen und der Mordserie der rechtsextremistischen Terrorzelle NSU, dass nur die Zusammenführung aller Erkenntnisse unter Berücksichtigung des Trennungsgebots

## Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen

zum Ziel führt: nämlich eine valide Gefährdungsbeurteilung. Dies wird nun durch die Entscheidungen des Verfassungsgerichts nicht einfacher.

Die konkreten gesetzlichen Umsetzungsschritte obliegen dem Gesetzgeber, um dessen Aufgabe ich ihn wahrlich nicht beneide. Aber für einen wehrhaften Rechtsstaat ist jeder Kraftakt gerechtfertigt.

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

ich hoffe, ich konnte Ihnen einen ersten Einblick geben, welche Auswirkungen diese Entscheidungen des Verfassungsgerichts auf unsere Arbeit haben. Spätestens durch den brutalen russischen Angriffskrieg in Osteuropa ist unser aller Bewusstsein dafür gewachsen, dass Freiheit und Sicherheit kein antagonistisches Spannungsfeld bilden, sondern sich vielmehr komplementär bedingen.

In diesem Sinne danke ich Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit – und freue mich auf die folgenden Vorträge und die anschließende Diskussion.

- 1 Wiedmann-Schmidt, Wolf/Müller, Ann-Katrin: Verfassungsschutz steht vor Umbruch: Tag des Jammers. In: *Der Spiegel* 28/2022 vom 09.07.2022.
- 2 1 BvR 2354/13.
- 3 Bis zu einer Neuregelung, längstens jedoch bis zum 31.12.2023, gelten diese Vorschriften jedoch unter bestimmten Maßgaben fort.
- 4 Davon betroffen sind grundsätzlich alle Beobachtungsfelder des BfV, in denen Fortführungsbestrebungen von bestandskräftig verbotenen Vereinen festgestellt werden. Es ist somit eine erhebliche Schwächung der Nachhaltigkeit von staatlichen Sanktionierungen – wie ministeriellen Vereinsverboten – zu erwarten.

Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen  
Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen

## **Beitrag von Univ.-Prof. Dr. Dr. Markus Thiel**

Professor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht, Deutsche Hochschule der Polizei

**Zum Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –**

### **Konsequenzen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 – Informationsaustausch unter dem Dach der Sicherheitsarchitektur**

*Sehr geehrte Damen und Herren,*

vielen herzlichen Dank für die Einladung zu dieser traditionellen Veranstaltung und die Möglichkeit, meine Überlegungen<sup>1</sup> zur Entscheidung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz vom 26. April 2022<sup>2</sup> in einem kurzen Eingangsstatement darlegen zu können. Die Besetzung des Panels mit den geschätzten Kolleginnen und Kollegen und die zu erwartenden weiteren Impulse geben mir dankenswerterweise die Freiheit, mich in meinen Ausführungen auf einige ausgewählte Aspekte zu beschränken und vor allem die in der Entscheidung angesprochenen Rechtsfragen der Datenübermittlung von den Verfassungsschutz- an die Polizeibehörden aufzugreifen. Ein verfassungsrechtliches argumentatives Feuerwerk wie beim ersten Panel kann ich leider nicht bieten, vielmehr möchte ich Sie in die Niederungen des Verwaltungsrechts mitnehmen.

Denn die verfassungsrechtlichen Erwägungen und Maßstäbe des Ersten Senats im Urteil sind weitestgehend konsensfähig. Vieles an und in der Entscheidung kann als konsequent, sachgerecht und aus dem maßgeblichen grundrechtlichen Blickwinkel für überzeugend erachtet werden – und das, obwohl sie die Gesetzgeber vor die Notwendigkeit eines nicht ganz trivialen erneuten Tätigwerdens<sup>3</sup> stellt und weitreichende Konsequenzen für die Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden sowie ihre informationelle Zusammenarbeit insbesondere mit der Polizei entfaltet.

„Wer (fast) alles weiß, soll nicht alles dürfen; und wer (fast) alles darf, soll nicht alles wissen.“<sup>4</sup> Diese Erkenntnis des Kollegen Christoph Gusy zieht sich als „Hintergrundrauschen“ durch die den Gegenstand des zweiten heutigen Panels bildende Entscheidung des Ersten Senats. Sie ist im Kern zutreffend und verfassungsrechtlich geboten. Die Erfahrungen mit der Gleichschaltung und Machtakkumulation der Sicherheitsbehörden während der Gewalt- und Willkürherrschaft der Nationalsozialisten manifestieren sich in einem multidimensional ausgerichteten sogenannten Trennungsgebot zwischen Nachrichtendiensten und Polizeibehörden.<sup>5</sup> Die verfassungsrechtliche Anbindung dieser strikt aufzufassenden „roten Linie“ bezüglich der Organisation des Personals, der Aufgaben und der Befugnisse wird kontrovers diskutiert. Am nächsten liegt eine Verortung beim Rechtsstaatsgrundsatz als einem der zentralen Staatsstrukturprinzipien des Grundgesetzes. Andere lehnen einen Verfassungsrang ab.

Doch jedenfalls ein informationelles Trennungsgebot gilt mit verfassungsrechtlicher Wirkkraft: Das Bundesverfassungsgericht hat es schon in einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 explizit aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung als einer der spezifischen Ausprägungen des „Grundrechts-

bündels“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 1 Abs. 1 GG hergeleitet.<sup>6</sup> Vor diesem Hintergrund wird jede Novelle der Verfassungsschutz- und der Polizeigesetze richtigerweise kritisch beäugt – so wird etwa die Schaffung von Informationsgewinnungsbefugnissen für die Polizei im sogenannten Gefahrenvorfeld beziehungsweise bei zunächst noch nicht konkreten, sondern nur hinreichend konkretisierten Gefahren nicht selten als problematische „Vernachrichtendienstlichung“ der Polizei angeprangert.<sup>7</sup> Schon die Verwendung dieses Begriffs soll einen Verstoß gegen das Trennungsgebot und damit eine fundamentale Verfassungswidrigkeit solcher Befugnisse suggerieren. Dass das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Entscheidungen, etwa der prominenten zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016,<sup>8</sup> dem Gesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt hat, polizeiliche verdeckte Datenerhebungseingriffe gerade auch unterhalb der Eingriffsschwelle der konkreten Gefahr zu schaffen, wird dabei gern übersehen. Ein Hinweis am Rande: Wer noch 2016 die Auffassung vertreten hat, diese Option habe der Senat ausschließlich für verdeckte Informationsgewinnungsmaßnahmen zur Bekämpfung terroristischer Gefahren schaffen wollen, wird spätestens durch das Urteil vom 26. April 2022 eines Besseren belehrt. Denn eine derartige Verengung seiner eigenen Maßstäbe nimmt der Erste Senat erkennbar nicht vor. Heute diskutieren wir eine Entscheidung, die den Nachrichtendiensten zwar sehr beachtliche Möglichkeiten der Informationsgewinnung zugesteht, einer „Vernachrichtendienstlichung“ durch die Beschränkung des Informationsflusses aber entgegenwirkt.

Wer Strukturen, Aufgaben und Befugnisse von Sicherheitsbehörden derart voneinander scheidet, begründet angesichts der tatsächlichen, sich stetig wandelnden Gefährdungs- und Bedrohungspotenziale die Notwendigkeit einer intensiven Kooperation. Dies gilt für alle „Etagen“ des Mehrebenen-

systems, etwa auf europäischer und internationaler Ebene. Die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarkts mit dem Fortfallen von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen der Europäischen Union und mit der Gewährleistung umfassender Grundfreiheiten wie etwa der Personenfreizügigkeit hat zum einen zur Folge, dass wirksame Kontrollen an den Außengrenzen erfolgen – eine Thematik, die uns nicht erst seit 2015 beschäftigt und angesichts der zu erwartenden drastischen Veränderungen der klimatischen Verhältnisse in der Welt auch künftig intensive gemeinschaftliche Bemühungen erfordert. Zum anderen wird eine optimierte Kooperation der Sicherheitsbehörden auf europäischer und internationaler Ebene erforderlich.

Der Sicherheitsföderalismus, der schon seit jeher das Polizei- und Ordnungsrecht prägt und nunmehr mit allen Vorzügen und Nachteilen durch die zunächst zurückhaltende, nun aber Fahrt aufnehmende Schaffung von entsprechenden Landesgesetzen auch auf das Versammlungsrecht übergreift,<sup>9</sup> fordert ebenfalls eine intensive Zusammenarbeit. Auch Nachrichtendienste, Verfassungsschutzbehörden, Streitkräfte, Polizeibehörden und sonstige behördliche Sicherheitsakteure können die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben nurmehr mithilfe und im Rahmen einer engen Kooperation erfüllen. Normativ sind all diese Kooperationsaspekte nur punktuell geregelt. Auf der Forschungsagenda sollte daher die wissenschaftliche Vertiefung eines sicherheitsbehördlichen Kooperationsrechts stehen.

Einen wichtigen und instruktiven Baustein bildet hierfür die Entscheidung des Ersten Senats zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz. Sie steht in der Tradition einer ganzen Reihe grundlegender Judikate, die – bei aller Kritik, die man im Einzelnen üben kann – wichtige verfassungsrechtliche Pflöcke einschlagen. Das Urteil folgt dabei der

bisherigen Linie, die insbesondere mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffenen Normen sehr akribisch und „kleinteilig“ einer kritischen Analyse zu unterziehen, zugleich aber jeweils auch die tatsächlichen, vor allem die technischen Umstände und Anforderungen intensiv in den Blick zu nehmen. Wenngleich der Senat sicherheitsrechtliche Regelungen häufiger für ganz oder teilweise verfassungswidrig hält, berücksichtigt er in seinen Entscheidungen die Bedürfnisse der Sicherheitsbehörden und räumt ihnen nennenswerte Handlungsoptionen ein<sup>10</sup> – die freilich jeweils von den Gesetzgebern durch lege artis erarbeitete, verfassungskonforme und angesichts der grundrechtlichen Vorgaben hinreichend differenzierte Rechtsnormen „aufgeschlossen“ werden müssen. Dass die Konsequenzen für die Gesetzgeber, die auf der Grundlage solcher Entscheidungen einfaches Recht anpassen und neu generieren müssen, dabei in den Begründungen nicht bis ins kleinste Detail vorweggenommen werden können, liegt auf der Hand.

Diese Vorgehensweise des Senats wird flankiert durch vorgeschaltete grundsätzliche Erwägungen zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen. Der Senat lässt keinen Zweifel daran, dass der Grundsatz einer informationellen Trennung auch unter den gegenwärtigen Bedingungen einer modernen Sicherheitsarchitektur unverbrüchlich fortgilt, und dass die Datenübermittlung als eigenständiger Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu verstehen ist.<sup>11</sup> Zugleich verdeutlicht er indes, dass es sich um kein die Kooperation durch Datenaustausch absolut versperrendes Verfassungsprinzip handelt:<sup>12</sup> Ein Kompromissansatz, den es näher auszugestalten galt.

Die vom Ersten Senat zur Konkretisierung entwickelten verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden bei der Erhebung und Übermittlung von personenbezogenen Daten sind vielfältig, die Hürden sind hoch. Doch sind sie mehrheitlich nachvollziehbar entwickelt, nach „Eingriffsstufen“ differenziert<sup>13</sup> und überwiegend so klar formuliert, dass Gesetzgeber und Rechtsanwender mit den Vorgaben „arbeiten“ können. Bei der Lektüre sollte man zudem nicht die vereinzelt Erwägungen überlesen, die Lockerungen der Anforderungen vorsehen. Das Urteil ist wegen seines Beitrags zur Präzisierung und Differenzierung grundsätzlich zu begrüßen. Es ist richtungweisend für die nachfolgende Rechtsprechung des Senats geworden: Ende September 2022 hat er mit vergleichbaren Argumentationslinien die Übermittlungsvorschriften bezüglich des Bundesamtes für Verfassungsschutz für teilweise verfassungswidrig erklärt.<sup>14</sup>

Die Aufgaben und Interessen der Sicherheitsbehörden werden dabei keineswegs in den Hintergrund gedrängt. Denn der Senat entbindet die Verfassungsschutzbehörden bei der Informationsgewinnung dezidiert von einer ubiquitären Geltung der Eingriffsschwellen, die für Datenerhebungsmaßnahmen der Gefahrenabwehr- beziehungsweise Strafverfolgungsbehörden gelten.<sup>15</sup> Er arbeitet ein Stufensystem heraus: Für Maßnahmen, die zu einer weitestgehenden Erfassung der Persönlichkeit führen können (wie die Online-Durchsuchung und die Wohnraumüberwachung mit technischen Mitteln), bleibt es bei der Parallele zu den polizeibehördlichen Eingriffsschwellen.<sup>16</sup> Wenn der Senat an besonders eingriffsintensive, Persönlichkeitsbilder ermöglichende Instrumente<sup>17</sup> hohe Anforderungen stellt und zugleich eine Subsidiarität gegenüber den Gefahrenabwehrbehörden statuiert, wird für derartige Maßnahmen der Verfassungsschutzbehörden in der Praxis ein nur noch sehr geringer praktischer Anwendungsbereich verbleiben.

Für andere Maßnahmen darf der Gesetzgeber abweichende, „verfassungsschutzspezifische“ Eingriffsschwellen für die Informationsgewinnung regeln.<sup>18</sup> Vorauszusetzen sind hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass eine beobachtungsbedürftige – also gegen die Schutzgüter des Verfassungsschutzes gerichtete – Bestrebung besteht, und dass die ergriffene Maßnahme im Einzelfall zur Aufklärung geboten ist.<sup>19</sup> Einhegungsfunktion entfalten dann aber die besonderen Anforderungen an die Übermittlungsschwellen.<sup>20</sup> Um mit Gusy zu sprechen: „Wer (fast) alles weiß, darf nicht alles weiterreichen.“ Diese Übermittlungsschwellen wiederum unterscheiden sich nicht mehr nach der Art der Erhebungsmaßnahme, sondern nach dem Charakter und den Befugnissen der Stellen, an die übermittelt werden soll. In jedem Falle kommt es darauf an, ob der Empfänger zu dem jeweiligen Übermittlungszweck eine eigene Datenerhebung und Informationsgewinnung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln wie der vorangegangenen Überwachung durch die Verfassungsschutzbehörde vornehmen dürfte.<sup>21</sup> Eine Übermittlung durch eine Verfassungsschutzbehörde setzt nach der Entscheidung stets voraus, dass dies dem Schutz eines besonders wichtigen Rechtsguts dient. Rechtsdogmatisch ist die Anwendung des Grundsatzes der „hypothetischen Datenneuerhebung“<sup>22</sup> auf die Übermittlung an eine andere Behörde nicht zu beanstanden. Die Übermittlung ist angesichts des weiten Eingriffsverständnisses beim Umgang mit personenbezogenen Daten ein eigenständiger Eingriff, und zwar in Gestalt einer zweckändernden Nutzung.

Diese doch recht restriktiven Voraussetzungen können für die Sicherheitsbehörden zu spürbaren Herausforderungen führen. Zwar ist mit der Entscheidung zunächst der jeweilige Gesetzgeber angesprochen, dem der Senat eine erneute beziehungsweise ausschärfende Normsetzung unter

Beachtung der detailliert herausgearbeiteten Grundsätze abverlangt. Unterwirft ein Gesetzgeber, der sich an der Entscheidung orientiert, die Datenübermittlung an Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden engen gesetzlichen Voraussetzungen, zwingt dies wiederum die Verfassungsschutzbehörden zu umfangreichen inhaltlichen Prüfungen und wird im Zweifel dazu führen, dass Informationen nicht an andere Behörden weitergegeben werden.

Der Bevölkerung ist die verfassungsrechtlich gebotene Zurückhaltung beim Datenaustausch jedenfalls schwer zu vermitteln, wenn beispielsweise Umsturzversuche oder Terroranschläge nicht oder nur in letzter Minute verhindert werden können. Warum sind bei Behörden vorhandene Informationen nicht weitergegeben worden, warum wurde konkreten Verdachtsmomenten bei einer Behörde nicht durch andere Behörden nachgegangen? Dass die Sicherheitsbehörden nicht eine organisatorische und funktionale Einheit bilden, in der die rechte Hand trotzdem nicht weiß, was die linke tut, sondern dass sich aus verfassungsrechtlichen Gründen vor dem Hintergrund der historischen Erfahrungen klare und sachgerechte Grenzlinien ergeben, wäre im Rahmen der politischen Bildung pointierter publik zu machen.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellt vieles klar, zieht hohe Hürden ein und argumentiert gewissermaßen auf ausgetretenen Pfaden. Sie ist erkennbar von dem Bestreben geleitet, dem Grundsatz der Datensparsamkeit Rechnung zu tragen: Auch die Verfassungsschutzbehörden sollen nicht flächendeckend und unter Überwindung niedrig angesetzter Eingriffsschwellen eine Fülle an personenbezogenen Daten erheben dürfen, um diese sozusagen erst einmal zu haben und bei Bedarf auswerten und gegebenenfalls auch anderen Stellen übermitteln zu dürfen.

Einer datenbezogenen „Sammelleidenschaft“ der Sicherheitsbehörden schiebt das Gericht damit nochmals deutlich einen Riegel vor. Der „Zungenschlag“ der Entscheidung mag daher jedenfalls in der Tendenz etwas einseitig erscheinen. Denn die Erhebung und Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb eines „Sicherheitsinformationsverbands“<sup>23</sup> ist kein Selbstzweck, sondern dient jeweils der sicherheitsbehördlichen Aufgabenerfüllung. Weitet man den Blick, sind auch nicht allein die Grundrechte derjenigen Personen betroffen, über die Informationen erhoben werden. Die Sicherheitsaufgaben des Staates finden ihre Wurzeln und ihr Fundament in den grundrechtlichen Schutzpflichten.<sup>24</sup> Die Weitergabe von Informationen von den Verfassungsschutzbehörden an die Polizei dient nicht – sehr überspitzt gesagt – der Versorgung eines repressiven Herrschaftsapparates, des „Büttels“ eines als Gegner wahrgenommenen Staates mit beliebig oder gar missbräuchlich ausnutzbaren Daten.

Zwei kurze Aspekte sollen im Detail hervorgehoben werden; sie betreffen Probleme der nachgelagerten gesetzgeberischen Umsetzung der Vorgaben des Ersten Senats.

Soweit dieser bei der Übermittlung an Gefahrenabwehrbehörden, die wie etwa die Polizei über operative Anschlussbefugnisse verfügen, das Vorliegen einer zumindest hinreichend konkretisierten Gefahr verlangt, erscheint das Anknüpfen allein an die Stelle und ihre abstrakten Befugnisse im Einzelfall als zu grob. Denkbar sind Fallkonstellationen, in denen übermittelte Informationen für operative Anschlussbefugnisse nicht oder noch nicht genutzt werden dürften. Hat etwa eine Verfassungsschutzbehörde Erkenntnisse darüber, dass ein Polizeibeamter oder eine Polizeibeamtin Sympathisant oder Sympathisantin einer extremistischen Vereinigung ist, dürfte sie dies der Polizei, die generell über operative Anschlussbefugnisse verfügt, mangels hinreichend konkretisierter Gefahr

nicht mitteilen. Da auch der Senat vor allem auf die Möglichkeit eines Zwangsmittleinsatzes abstellt,<sup>25</sup> wird man neben dem Charakter der Stelle in den einschlägigen gesetzlichen Regelungen zudem daran anzuknüpfen haben, ob die zu übermittelnde Information tatsächlich für typische polizeiliche aktionale Maßnahmen genutzt werden kann und soll. Dies könnte ein „Merkposten“ für die Gesetzgeber sein.

In ähnlicher Weise führt das vom Senat aufgestellte Kriterium der besonders schweren Straftaten bei der Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden zu Schwierigkeiten. Nahe läge es, zur Ausfüllung dieses Kriteriums eine statische<sup>26</sup> Verweisung auf den Katalog in § 100b Abs. 2 StPO vorzunehmen, der besonders schwere Straftaten aufzählt. Allerdings ist dieser Katalog auf die Online-Durchsuchung zugeschnitten. Was die Übermittlungsvorschriften angeht, wäre eine differenziertere Aufzählung der als besonders schwer zu qualifizierenden Straftaten anzuraten. Denn im Katalog aufgeführt ist zum Beispiel nur der § 99 Abs. 2 StGB, der besonders schwere Fälle der geheimdienstlichen Agententätigkeit unter Strafe stellt, nicht aber § 99 Abs. 1 StGB mit der „einfachen“ Agententätigkeit. Informationen hierzu soll der Verfassungsschutz nicht übermitteln dürfen? „Besonders schwere Straftat“ heißt nicht zwingend „besonders schwerer Fall“, wenngleich das Bundesverfassungsgericht bei der Bestimmung der Schwere einer Straftat eine abstrakte mit einer Einzelfallbewertung kombiniert. Das Beispiel soll verdeutlichen, dass die neu zu fassenden Übermittlungsvorschriften nicht schlicht auf § 100b Abs. 2 StPO verweisen, sondern eine fachspezifische, an den Arbeitsbedingungen der Verfassungsschutzbehörden orientierte Begriffsbestimmung der besonders schweren Straftat vornehmen sollten. Dies mag lediglich Einzelfälle betreffen, verdeutlicht aber, dass der Gesetzgeber seinen Regelungen eine durchdachte Konzeption zugrunde zu legen hat.

Das Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 formuliert hohe verfassungsrechtliche Hürden für die Übermittlung von Informationen von den Verfassungsschutzbehörden an die Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden. Zugleich schafft es ein differenziertes Stufenmodell für die Eingriffsschwellen bei der verfassungsschutzbehördlichen Datenerhebung und räumt dem Gesetzgeber diesbezüglich weite Einschätzungsspielräume ein. Damit hinterlässt es einen ambivalenten Eindruck: Die hoch gesetzten Übermittlungsschwellen, die – wie dargestellt – hinsichtlich der Gefahrenabwehr- und der Strafverfolgungsbehörden einer differenzierenden Präzisierung bedürfen, könnten dazu führen, dass Verfassungsschutzbehörden Informationen erst zu einem Zeitpunkt an die Gefahrenabwehrbehörden weitergeben (dürfen), zu dem sich eine Gefahrenlage hinreichend konkretisiert hat, und der schlichtweg zu spät sein kann. Dass dies aus verfassungsrechtlichen Gründen im Einzelfall hinzunehmen ist, hat der Senat in seiner Entscheidung mehr als deutlich gemacht.

Die vom Ersten Senat gesetzten Maßstäbe verhindern auf der anderen Seite auch ein „zu früh“, also eine etwa routinemäßige Weitergabe von Informationen an Gefahrenabwehrbehörden ohne vorherige Prüfung, ob sie sozusagen mit Blick auf die Übermittlungsschwellen „reif“ sind. Als bedeutsam erscheint abschließend noch die Feststellung, dass der Senat zu der Frage nichts Detailliertes ausführt, unter welchen Voraussetzungen eine Gefahrenabwehrbehörde nach der Übermittlung die Daten weiter nutzen darf, insbesondere für eigene operative Maßnahmen. Die Übermittlungsschwellen wirken sich bei diesen Behörden sicherlich nicht rechtlich derart aus, dass auch die Weiterverarbeitung im Sinne einer Nutzung für weitere, etwa auch offene Eingriffsmaßnahmen nur unter den erhöhten Voraussetzungen der Übermittlung erfolgen dürfte.

## Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen

Faktisch aber handelt es sich angesichts des „Flaschenhalses“ der Übermittlungsvoraussetzungen um Daten, die in Bezug auf die Gefahrenlage, auf die sie sich beziehen, ohnehin selbst die höchsten polizeirechtlichen Anforderungen erfüllen werden.

Als „Blaupause“ beziehungsweise „Bauplan“ für den Gesetzgeber hinsichtlich der Ausgestaltung der Übermittlungsvorschriften erscheint die Entscheidung des Ersten Senats vom 26. April 2022 also im Ergebnis – mit einigen Einschränkungen – als erfreulich klar, präzise und differenziert, und sie fügt sich kohärent in die bisherige Rechtsprechung des Senats ein. Eine vereinheitlichende Umsetzung in Bund und Ländern wird auch zu einer Erleichterung der länderübergreifenden Informationszusammenarbeit der Sicherheitsbehörden führen.

*Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!*

- 1 Der Beitrag folgt im Wesentlichen dem Text des Eingangsstatements und ist für die Veröffentlichung lediglich geringfügig überarbeitet sowie mit einem Nachweisapparat versehen worden.
- 2 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/19, GSZ 2022, 137 ff.; dazu K. F. Gärditz, Verfassungsschutzverfassungsrecht und Datenübermittlung, GSZ 2022, 161 ff.; C. Gusy, Verfassungsschutz – Bundesverfassungsgericht – Grundgesetz. Praxisorientierte Verfassung oder verfassungsorientierte Praxis, Recht und Politik 2022, 256 ff.; M. Ogorek, Leitlinien für den Verfassungsschutzverbund, NJW 2022, 1570 ff.; M. A. Zöller, Die Entscheidung des BVerfG zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz und ihre Auswirkungen auf das Sicherheitsrecht, StV 2022, 693 ff.; J. Unterreitmeier, Informationen der Nachrichtendienste: „... Schweigen ist Gold“?, GSZ 2022, 251 ff.; K. Werner-Kappler, Neue Eingriffsschwellen der Verfassungsschutzbehörden, NVwZ 2022, Beil. 2, 63 ff., sowie die Entscheidungsbesprechungen von M. Löffelmann, JR 2022, 433 ff.; F. Hufen, JuS 2022, 1178 ff.; T. Petri, GSZ 2022, 124 ff.; s. auch BVerfG, Beschl. v. 28. September 2022, 1 BvR 2354/13, GSZ 2022, 299 ff., zur Informationsübermittlung nach §§ 20, 21 BVerfSchG.
- 3 M. Ogorek, Leitlinien für den Verfassungsschutzverbund, NJW 2022, 1570 (1573), meint, die Entscheidung verlange den Parlamenten in Bund und Ländern „im Wesentlichen nur Nachjustierungen“ ab.
- 4 C. Gusy, Geheimdienstliche Aufklärung und Grundrechtsschutz, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 44/2004, 14 (15).
- 5 Dazu etwa C. Streiß, Das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten im Lichte aktueller Herausforderungen des Sicherheitsrechts, 2012; K. M. Linzbach/K. F. Gärditz, Das nachrichtendienstliche Trennungsgebot – ein verfassungsrechtlicher Totenschein, ZG 2020, 314 ff.; M. L. Fremuth, Wächst zusammen, was zusammengehört? Das Trennungsgebot zwischen Polizeibehörden und Nachrichtendiensten im Lichte der Reform der deutschen Sicherheitsarchitektur, AöR Bd. 139 (2014), S. 32 ff.; s. auch schon C. Gusy/K. Pohlmann, Wächst zusammen, was nicht zusammengehört? Die zunehmende Vernetzung zwischen Polizei und Verfassungsschutz weicht das Trennungsgebot auf, Vorgänge 2/2007, 53 ff.; zur „Antiterrordatei“ kritisch etwa C. Arzt, Antiterrordatei verfassungsgemäß – Trennungsgebot tot?, NVwZ 2013, 1328 ff.; s. auch C. v. Denkowski, Trennungsgebot Polizei – Verfassungsschutz, Kriminalistik 2008, 176 ff.

## Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen

- 6 BVerfG, Urt. v. 24. April 2013, 1 BvR 1215/07, BVerfGE 133, 277 ff.; s. auch BVerfG, Beschl. v. 10.11.2020, 1 BvR 3214/15, BVerfGE 156, 11 ff.; Urt. v. 19.05.2020, 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. – zur „Ausland-Ausland“-Telekommunikationsaufklärung.
- 7 Dazu eingehend M. Thiel, „Vernachrichtendienstlichung“ der Polizei – (verfassungs-)rechtliches Problem oder inhaltsleere Drohkulisse?, in: H. Schwier (Hrsg.), Polizeirecht im Wandel. Tagungsband zur Konferenz am 19. und 20. November 2018 in Schmochtitz bei Bautzen, 2019, S. 259 ff.
- 8 BVerfG, Urt. v. 20.04.2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220 ff.; dazu statt vieler im weiteren Kontext K. F. Gärditz, Sicherheitsverfassungsrecht und technische Aufklärung durch Nachrichtendienste, EuGRZ 2018, 6 ff.; H.-A. Wolff, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz, ZG 2016, 361 ff.
- 9 Zum neuen Versammlungsgesetz in Nordrhein-Westfalen etwa B. Pietsch, Was lange währt, wird endlich gut (?) Zur Einführung des nordrhein-westfälischen Versammlungsgesetzes, KriPoZ 2022, 36 ff.; N. Ullrich, Kontinuität, Verfassungsorientierung und neue Akzente: Das Versammlungsgesetz NRW, DVBl. 2022, 220 f.; K. Schönenbroicher, Das neue Versammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen, Ad Legendum 2022, 337 ff., zu Berlin N. Ullrich, Ein neues Versammlungsgesetz in Berlin, DVBl. 2021, 1060 ff.; zu Niedersachsen V. Mehde, Rechtliche Impulse durch das Niedersächsische Versammlungsgesetz, NdsVBl. 2020, 1 ff.
- 10 S. jüngst BVerfG, Urt. v. 16.02.2023, 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, zu landesrechtlichen Ermächtigungen der Polizei zur automatisierten Datenanalyse bzw. -auswertung; s. auch die klarstellenden Ausführungen etwa zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung beim Einsatz verdeckter Ermittler und von Vertrauenspersonen in BVerfG, Beschl. v. 9. Dezember 2022, 1 BvR 1345/21 – juris, Rn. 100 ff.
- 11 Vgl. schon BVerfG, Urt. v. 20.04.2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220 ff.
- 12 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 242.
- 13 Eingehend hinsichtlich der Übermittlung an Polizeibehörden K. Gärditz, Verfassungsschutzverfassungsrecht und Datenübermittlung, GSZ 2022, 161 (165).
- 14 BVerfG, Beschl. v. 28.09.2022, 1 BvR 2354/13, GSZ 2022, 299 ff.

- 15 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 181 ff. – Zugleich aber wird die Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden bei Vorliegen einer zumindest konkretisierten Gefahr für subsidiär erklärt, BVerfG, Urt. v. 26. April 2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 178 ff.
- 16 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 175 ff.
- 17 Bei der Wohnraumüberwachung lassen sich an der Ermöglichung eines umfassenden Persönlichkeitsprofils zwar Zweifel erheben, dass sie aber besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegt, ergibt sich ohne unmittelbar aus den Vorgaben des Art. 13 GG. Zudem ist die vom Senat verwendete Terminologie nicht ganz einheitlich („weitestgehende Erfassung“ bzw. „besonders weitgehende Erfassung“ der Persönlichkeit); kritisch auch M. Ogorek, Leitlinien für den Verfassungsschutzverbund, NJW 2022, 1570 (1571).
- 18 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 182 ff.
- 19 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 182 ff.
- 20 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 171 ff., 225 ff. – Zur Sonderproblematik der Übermittlung rechtswidrig erhobener Daten K. Gärditz, Verfassungsschutzverfassungsrecht und Datenübermittlung, GSZ 2022, 161 (164).
- 21 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 231.
- 22 Kritisch etwa F. Schneider, Die Hypothetische Datenneuerhebung – Begriff ohne Konzept, GSZ 2022, 1 ff.; M. Löffelmann, Die Umsetzung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung – Schema oder Struktur?, GSZ 2019, 16 ff.
- 23 Vgl. K. Gärditz, Verfassungsschutzverfassungsrecht und Datenübermittlung, GSZ 2022, 161 ff.
- 24 Dazu eingehend M. Thiel, in: J.-H. Dietrich/M. Fahrner/N. Gazeas/B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 2 – Sicherheitsgewährleistung als verfassungsrechtlicher Auftrag, Rn. 40 ff. m.w.N.
- 25 BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 154.
- 26 Zur Problematik dynamischer Verweisungen eingehend BVerfG, Urt. v. 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 – juris, Rn. 381 ff.: mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen aufgrund der anzulegenden strengen Kriterien hier nicht vereinbar.

Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen  
Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen

## Beitrag von Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich

Professur für Öffentliches Recht an der Hochschule des Bundes, Berlin  
Direktor des Centers for Intelligence and Security Studies der Universität  
der Bundeswehr, München

### Zum Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –<sup>1</sup>

Nicht selten fühlen sich bei verfassungsgerichtlichen Entscheidungen im Nachhinein alle bestätigt: Mahnerinnen und Mahner, Kritikerinnen und Kritiker, Bewahrerinnen und Bewahrer, Kämpferinnen und Kämpfer für eine gute Sache. Ganz so war es auch im Fall der Entscheidung des BVerfG zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz<sup>2</sup>. Der Bayerische Innenminister Joachim Herrmann gab etwa zu Protokoll, das Urteil stärke den Verfassungsschutz insgesamt in Deutschland.<sup>3</sup> Ganz ähnlich leitet der Abschlussbericht der Bundesländer-Arbeitsgemeinschaft der Innenministerkonferenz zur Auswertung der Entscheidung ein. Dort heißt es unter anderem: „Die grundlegenden Erkenntnisse des Urteils bestätigen in begrüßenswerter Klarheit die fachliche Sicht zur Rolle der Nachrichtendienste – speziell der Verfassungsschutzbehörden – in der deutschen Sicherheitsarchitektur.“<sup>4</sup>

Dieser Befund wird – kaum überraschend – nicht überall geteilt. Markus Ogorek schreibt in der *Neuen Juristischen Wochenschrift*, endlich gebiete das Verfassungsgericht einer weiteren Erosion der normativen Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen Einhalt.<sup>5</sup> Den Verfassungsschutzbehörden müsse das Urteil „zu denken geben“. Die Gesetzgeber in Bund und Ländern würden „eindringlich daran erinnert, dass die Inlandsdienste ebenso wie die gesamte

Staatsverwaltung den strikten Vorgaben des Grundgesetzes genügen müssen“<sup>6</sup>. So eine Erinnerung, wie sie Markus Ogorek der Entscheidung unterstellt, wäre freilich überaus verdienstvoll. Denn wie oft würde sonst die „Grundrechtsbindung der gesamten Staatsverwaltung“ in den Parlamenten außer Sicht geraten? Auch aus dem Lager der Beschwerdeführer war Zustimmung zur Entscheidung zu vernehmen. Unter der Überschrift *Wie Karlsruhe den Verfassungsschutz zähmen will* konstatierten David Werdermann und Konrad Meinl in der Zeitschrift *Kritische Justiz*, dass das Gericht die Gelegenheit genutzt habe, „das informationelle Trennungsprinzip zwischen Geheimdiensten und Polizeibehörden weiter auszuformulieren und zu konturieren“. Das Urteil könne als wegweisend bezeichnet werden.<sup>7</sup> Für noch oder bereits anhängige Verfahren wird dem Verfassungsgericht noch mit auf den Weg gegeben, dass der Verfassungsschutz „somit ein Fremdkörper im demokratischen Rechtsstaat“ bleibe.<sup>8</sup>

Insgesamt ist der Sound der Anerkennung für die verfassungsgerichtliche Entscheidung breit zu vernehmen – was mindestens Anlass bietet, einmal genauer hinzuschauen. Dazu sollen drei Schlaglichter auf bemerkenswerte Aussagen der Entscheidung geworfen werden.

## 1. Verfassungsgerichtlicher Verfassungsschutzbegriff

Es ist noch gar nicht lange her, seit das Verfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Anti-Terror-Datei die Aufgabe der Nachrichtendienste ausdrücklich auf die Gewinnung und Aufbereitung von Informationen für den politischen Entscheidungsprozess beschränkt hat.<sup>9</sup> Von diesem vormaligen Verständnis des nachrichtendienstlichen Auftrags ist das Gericht erst mit seiner Entscheidung zur Ausland-Fern-

meldeaufklärung des BND im Jahr 2020 abgerückt, wonach der BND nun aktiv zur Gefahrenfrüherkennung eingesetzt werden kann.<sup>10</sup> Hieran knüpft die Entscheidung zum Bayerischen Verfassungsschutzgesetz an. Was Verfassungsschutz ist und was nicht, wird sorgfältig in Abgrenzung zu Aufgaben und Befugnissen von Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden herausgearbeitet. Das Gericht führt aus, dass das Erfordernis einer polizeilichen Gefahr als generelle Eingriffsschwelle dem Aufgabenprofil einer Verfassungsschutzbehörde nicht gerecht werden würde. Vorauszusetzen sei in der Regel ein „hinreichender verfassungsschutzspezifischer Aufklärungsbedarf“, der insbesondere hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Beobachtungsbedürftigkeit erfordere.<sup>11</sup> Auf diese Weise wird der Auftrag der Verfassungsschutzbehörden bei der arbeitsteiligen staatlichen Sicherheitsgewährleistung konkretisiert und fest verankert.<sup>12</sup> Von „Fremdkörpern im demokratischen Rechtsstaat“ scheint das Gericht insofern nicht auszugehen.

In Bezug auf verfassungsgerichtliche Vorgaben zu den Anforderungen einzelner Überwachungsinstrumente aus dem nachrichtendienstlichen Werkzeugkasten steckt aber der Teufel im Detail. Ein Beispiel: aufgrund der Eingriffsinintensität von Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung im Sinne einer weitestgehenden Erfassung der Persönlichkeit will das Gericht an nachrichtendienstliche und polizeiliche Befugnisse keine unterschiedlichen Anforderungen stellen.<sup>13</sup> Notwendig sei jeweils eine dringende beziehungsweise konkretisierte Gefahr. Zudem käme eine nachrichtendienstliche Befugnis allein subsidiär zum Tragen. Was ist damit ausgesagt? Damit stellt das Gericht klar, dass die Verfassungsschutzbehörden in Zukunft in der Praxis so gut wie nie auf beide Instrumente werden zugreifen können.

Entsprechende gesetzliche Regelungen kann man sich sparen. Das ergibt schon ein einfacher empirischer Befund: § 9 Abs. 2 BVerfSchG gewährt dem Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) schon nach geltendem Recht die Befugnis zur Wohnraumüberwachung, soweit geeignete polizeiliche Hilfe für das bedrohte Rechtsgut nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Es nimmt mit Blick auf das strenge Subsidiaritätserfordernis nicht Wunder, dass das BfV bislang noch nie von dieser Befugnis Gebrauch gemacht hat.<sup>14</sup>

Man muss dieses Ergebnis für die Wohnraumüberwachung mit Blick auf den klaren Wortlaut von Art. 13 Abs. 4 GG („Abwehr von Gefahren“) akzeptieren. In Bezug auf die Online-Durchsuchung erscheint der Gleichlauf mit den Voraussetzungen der Wohnraumüberwachung weniger zwingend, zumal das Verfassungsgericht gerade die Zulässigkeit niederschwelliger nachrichtendienstlicher Eingriffsbefugnisse vor dem Hintergrund fehlender operativer Anschlussbefugnisse bestimmt hat.<sup>15</sup> Ganz deutlich: warum die behördenspezifischen Funktionsunterschiede bei der Online-Durchsuchung keine Rolle spielen sollen, erschließt sich nicht. Es hätten gute Gründe dafür bestanden, dem Verfassungsschutz etwa im Bereich der Spionageabwehr oder der Terrorismusbekämpfung – mit entsprechenden verfahrensmäßigen Kompensationen – die Online-Durchsuchung zu eröffnen. Nun wird in solchen Fällen vielleicht wieder der bekannte Satz in den Zeitungen zu lesen sein, den viele ohnehin erwarten: „Der Hinweis stammte von einem befreundeten Nachrichtendienst.“<sup>16</sup>

## 2. Verfassungsschutz im Gefüge arbeitsteiliger Sicherheitsgewährleistung

Das Gericht nimmt über die Festlegung von Anforderungen für Datenübermittlungen an andere Behörden eine Standortbestimmung des Verfassungsschutzes in der deutschen Sicherheitsarchitektur vor. Detailliert werden aus dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung Schwellen abgeleitet, wann wem was übermittelt werden darf.<sup>17</sup> Diese verfassungsgerichtlichen Voreinstellungen für die arbeitsteilige Sicherheitsgewährleistung werfen viele Fragen auf, übersetzt man sie in die konkrete nachrichtendienstliche Praxis. Ein Beispiel: Soweit etwa die Übermittlung von Daten an Strafverfolgungsbehörden vom Vorliegen einer „besonders schweren Straftat“ abhängig gemacht wird, erhebt sich sofort die Frage, ob damit auf den Katalog „besonders schwerer Straftaten“ in § 100b Abs. 2 StPO angespielt wird.<sup>18</sup>

Wäre das der Fall, dürften in nicht wenigen Fällen keine Übermittlungen mehr stattfinden.<sup>19</sup> Der Enttarnung eines russischen Spions, der der geheimdienstlichen Agententätigkeit im Sinne von § 99 Abs. 1 StGB verdächtig ist, kann nicht mitgeteilt werden.<sup>20</sup> Das Gleiche gilt für das Niederknüppeln eines jüdischen Mitbürgers, dem Rechtsextreme vor einer Synagoge aufgelauert haben.<sup>21</sup> Es liegt auf der Hand, dass das so nicht gewollt sein kann.

Die Entscheidung wirft noch viele weitere Fragen auf, etwa in Bezug auf den Informationsaustausch mit Waffen- oder Dienstbehörden.<sup>22</sup> Darauf muss anderenorts ausführlicher eingegangen werden.

### 3. Lehren für eine moderne Sicherheitsgesetzgebung

Das Gericht hat schon zuvor grundlegende Defizite in Bezug auf Normenklarheit und Normenbestimmtheit im Recht der Nachrichtendienste markiert.<sup>23</sup> In der hier interessierenden Entscheidung stellt das Gericht aber die fehlende Ordnungsidee viel stärker in den Mittelpunkt. Insbesondere bei kaskadenartigen Verweisungsketten über mehrere Gesetze bestehe die Gefahr, dass letztlich gar kein Gesetzgeber mehr die erforderliche Abwägungsentscheidung in voller Verantwortung treffe.<sup>24</sup>

Das Gericht gibt damit dem Elefanten im Raum einen Namen: die Gesetze sind unzureichend. Sie sind anwendungsfeindlich; sie sind – auf Bundesebene – über die Jahre im Sinne einer kaum temperierten Ergänzungsgesetzgebung immer weiter fortgeflickt worden.<sup>25</sup> Auf Landesebene ist es noch schlimmer. Die zurzeit geltenden Landesverfassungsschutzgesetze unterscheiden sich voneinander in einer solchen Weise, dass von einem einheitlichen grundrechtlichen Schutzniveau ebenso wenig die Rede sein kann, wie von einer funktionsgerechten Gewährleistung eines flächendeckenden Sicherheitsstandards.<sup>26</sup> Ganz deutlich: Die Vermutung liegt nahe, dass die Qualität von Freiheitsverbürgungen und Sicherheitsgewährleistungen in diesem Zusammenhang vom Wohnort abhängt.

Dieser Impuls soll nun aber versöhnlich schließen. Gibt es Hoffnung? Es gibt sie! Die regelmäßige Havarie von Sicherheitsgesetzen in Karlsruhe ließe sich vor allem auf dem Wege lernender Sicherheitsgesetzgebung<sup>27</sup> eindämmen. Damit wäre die Institutionalisierung einer echten Gesetzes-evaluation angesprochen.<sup>28</sup> Eine unabhängige wissenschaftliche Begleitung der Gesetze auf der Ebene der tatsächlichen Wirkungsbedingungen des Rechts kann leicht

Vollzugsdefizite, vollzugsungeeignete Normen oder eben auch unverhältnismäßige Rechtsfolgen detektieren. Die Ergebnisse solcher nachsorgenden Rechtstatsachenforschung<sup>29</sup> könnten den Gang nach Karlsruhe ersparen.

## Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen

- 1 Der Beitrag basiert auf einem Vortrag anlässlich des Berliner Jahresrückblicks  
2023 auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Konrad-  
Adenauer-Stiftung am 19.01.2023. Die Vortragsfassung wurde weitgehend  
beibehalten.
- 2 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 = *Zeitschrift  
für das Gesamte Sicherheitsrecht* 2022, 137 (mit Anm. Petri) = *Neue Juristische  
Wochenschrift* 2022, 1570 (mit Anm. Ogorek).
- 3 Herrmann, Joachim, zitiert nach Sehl, Markus, Das große Aufräumen beginnt,  
in: *Legal Tribune Online* vom 26.04.2022, [https://www.lto.de/recht/hintergru-  
ende/h/bverfg-1bvr161917-verfassungsschutz-bayern-bund-ueberwachung-  
kontrolle-v-leute-online-durchsuchung/](https://www.lto.de/recht/hintergru-<br/>ende/h/bverfg-1bvr161917-verfassungsschutz-bayern-bund-ueberwachung-<br/>kontrolle-v-leute-online-durchsuchung/) (letzter Abruf am 19.03.2023).
- 4 Bundesministerium des Innern und für Heimat, Bund-Länder-AG zur Aus-  
wertung der Entscheidung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts v.  
26.4.2022 – 1 BvR 1619/17 – (BayVSG), Abschlussbericht, 21.6.2022, S. 5.
- 5 Ogorek, Markus, Leitlinien für den Verfassungsschutzverbund, in: *Neue Juristi-  
sche Wochenschrift* 2022, S. 1571.
- 6 Ebd., S. 1573.
- 7 Werdermann, David/Meinl, Konrad, Wie Karlsruhe den Verfassungsschutz  
zähmen will, in: *Kritische Justiz* 2022, S. 508.
- 8 Ebd., S. 513.
- 9 Siehe BVerfGE 133, 275 Rn. 118, 119. Kritisch dazu u. a. Dietrich, Jan-Hendrik,  
Das Recht der Nachrichtendienste, in: Dietrich, Jan-Hendrik/Eiffler, Sven-  
Rüdiger (Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 1. Auflage,  
Stuttgart 2017, S. 256.
- 10 BVerfGE 154, 152 Rn. 128, 144 = *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht*  
2020, 173 ff. (LS mit Anm. Dietrich).
- 11 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, 1 BvR 1619/17, Rn. 174 ,  
181 ff.
- 12 Siehe ausführlich dazu Gusy, Christoph, Organisation und Aufbau der  
deutschen Nachrichtendienste, in: Dietrich, Jan-Hendrik/Eiffler, Sven-Rüdiger  
(Hrsg.), *Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste*, 1. Auflage, Stuttgart  
2017, S. 307 ff.
- 13 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, 1 BvR 1619/17, Rn. 165  
ff., 175 ff.

- 14 Siehe hierzu die regelmäßigen Berichte der Bundesregierung gemäß Art. 13 Abs. 6 S. 1 GG, z.B. zuletzt BT-Drs. 19/22432 v. 11.09.2020 oder 19/4762 v. 04.10.2018.
- 15 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022, 1 BvR 1619/17, Rn. 156 ff.
- 16 Siehe z. B. Burger, Reiner, Der Tipp kam von einem ausländischen Geheimdienst, in: *FAZ* vom 16.09.2021, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wohl-islamistischer-anschlag-auf-synagoge-in-hagen-vereitelt-17540592.html> (letzter Abruf 19.3.2023); Carstens, Peter/Gutschker, Thomas, Cyber-Attacke war ein gezielter Angriff auf das Auswärtige Amt, in: *FAZ* vom 03.03.2018, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/hacker-angriff-war-gezielter-angriff-auf-das-auswaertige-amt-15476826.html> (letzter Abruf 19.3.2023); Baumgärtner, Maik et al., Der Spionagethriller, der Deutschland blamiert, in: *Der Spiegel* v. 10.03.2023, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/bnd-skandal-wie-russland-den-bundesnachrichtendienst-ausspioniert-haben-soll-a-663060ae-b488-4e8d-b0fb-b400fbe561e5> (letzter Abruf 19.3.2023).
- 17 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.04.2022, 1 BvR 1619/17, Rn. 225 ff.
- 18 Siehe dazu Gärditz, Klaus Ferdinand, in: *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht* 2022, S. 167.
- 19 Grundlegend dazu Unterreitmeier, Johannes, Informationen der Nachrichtendienste: „... Schweigen ist Gold“?, in: *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht* 2022, S. 251 ff. (Teil 1) sowie 2023, S. 34 ff. (Teil 2).
- 20 So zutreffend Löffelmann, Markus, Anmerkung zum Urteil des Ersten Senats des BVerfG vom 26.04.2022, 1 BvR 1619/17 BVerfG, in: *Juristische Rundschau* 2022, S. 433 ff.
- 21 Beispiel nach Gärditz, Klaus Ferdinand, in: *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht* 2022, S. 168.
- 22 Näher Unterreitmeier, Johannes, Informationen der Nachrichtendienste: „... Schweigen ist Gold“?, in: *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht* 2023, S. 35 ff.
- 23 BVerfGE 154, 152 Rn. 215, 313 = *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht* 2020, 173 ff. (LS mit Anm. Dietrich)
- 24 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26.04.2022, 1 BvR 1619/17, Rn. 385.

## Befugnisse des Verfassungsschutzes zwischen sicherheitspolitischen Herausforderungen und grundrechtlichen Begrenzungen

- 25 Ausführlich Dietrich, Jan-Hendrik, Ansätze zur Reform des Rechts der Nachrichtendienste, in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2018/2019, Baden-Baden, Nomos 2019, S. 107 ff.
- 26 Siehe näher Dietrich, Jan-Hendrik, Verfassungsschutz in der föderalen Ordnung, in: Engelhart, Marc/Kudlich, Hans/Vogel, Benjamin (Hrsg.), Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention, Festschrift für Ulrich Sieber, Berlin, Duncker & Humblot 2021, S. 901 ff.
- 27 Ausführlich dazu die Beiträge im Sammelband von Gusy, Christoph (Hrsg.), Evaluation von Sicherheitsgesetzen, Wiesbaden, Springer VS 2015.
- 28 Siehe dazu die Bestandsaufnahme von Weingärtner, Dieter, Die Evaluation von Sicherheitsgesetzen, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2021.
- 29 Siehe hierzu Voßkuhle, Andreas, Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung. Eine Problemskizze, in: Verwaltungsarchiv. Bd. 85 (1994), S. 567 ff.

# Kapitel III

## Belastungsgleichheit in der Sozialversicherung – Zur Bedeutung generativer Beiträge und Kostenlasten von Eltern



Das Sozialversicherungssystem steht auf wackeligen Beinen. Aufgrund der demographischen Entwicklung und der damit einhergehenden Verschlechterung des Verhältnisses von Beitragszahlern zu Leistungsempfängern ist Reformbedarf am intergenerationalen System kaum zu leugnen. Wie sichern wir die Zukunft der Sozialversicherung?

Bereits vor mehr als 20 Jahren hatte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 3. April 2001 (1 BvR 1629/94) über die Berücksichtigung von der Betreuung und Erziehung von Kindern bei der Beitragsbemessung in der Pflegeversicherung zu entscheiden. Er stellte fest, dass es mit Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren sei, dass Eltern mit einem gleich hohen Pflegeversicherungsbeitrag wie Kinderlose belastet werden. Neben dem finanziellen Beitrag leisteten Eltern nämlich durch die Kindererziehung einen „generativen Beitrag“ zur Funktionsfähigkeit eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems. Zur Umsetzung des Urteils führte der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. Januar 2005 den Beitragszuschlag für Kinderlose in der sozialen Pflegeversicherung ein. Eine Beitragsdifferenzierung nach der Anzahl der Kinder und eine Berücksichtigung der Kindererziehung bei der Renten- und Krankenversicherung wurde im Gesetzgebungsverfahren zwar diskutiert, aber nicht implementiert. Mit dem Beschluss vom 7. April 2022 hatte der Erste Senat nun Gelegenheit, seine Rechtsprechung aus 2001 zu ergänzen. Er entschied, dass in der sozialen Pflegeversicherung auch die konkrete Anzahl der Kinder Berücksichtigung zu finden hat. In der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung hingegen seien die Benachteiligungen von Eltern im Vergleich zu Kinderlosen bereits durch die rentenrechtliche Anerkennung von Kindererziehungszeiten und die beitragsfreie Familienversicherung hinreichend ausgeglichen.

Wir wollen den Beschluss zum Anlass nehmen, um über Generationengerechtigkeit zu sprechen – ein Thema, das infolge des Klimabeschlusses vom Frühjahr 2021 an neuer verfassungsrechtlicher Aktualität gewonnen hat und beim umlagefinanzierten Sozialversicherungssystem drängende Fragen aufwirft.

## **Beitrag von Prof. Dr. Gregor Kirchhof, LL. M. (ND-London)**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht  
Direktor des Instituts für Wirtschafts- und Steuerrecht,  
Universität Augsburg

**Zum Beschluss des Ersten Senats vom 7. April 2022 – 1 BvL 3/18 –**

Die Umlagesysteme steuern auf einen demografischen Abgrund zu. Das Grundgesetz verlangt daher bereits jetzt, sie grundlegend zu reformieren.

### **1. Zukunftsverantwortung und die elementaren Aufgaben unserer Zeit**

Gegenwärtig stellen sich der Europäischen Union sowie den Staaten und Gesellschaften in Europa elementare Aufgaben. Existenziell sind die Fragen von Krieg und Frieden, Flucht und Vertreibung sowie des Klimaschutzes. Hinzu treten Entwicklungen wie die hohe Verschuldung der öffentlichen Hand, die Digitalisierung, der kontinuierliche Ressourcenverbrauch und auch die Abhängigkeit von anderen Staaten in Grundanliegen wie der Sicherheit, Energieversorgung oder Medizin. Zudem sind die Folgen der demografischen Entwicklung insbesondere mit Blick auf den Fachkräftemangel und die Systeme der sozialen Sicherheit zu meistern. Die Zeiten sind schwierig. Wie in einem Rückblick in zehn oder 20 Jahren unsere Antworten auf diese Fragen und Anliegen betrachtet werden, ist ungewiss. Ein übergreifendes Thema scheint aber die Zukunftsverantwortung oder – in gängigeren Begriffen – die Nachhaltigkeit sowie Generationengerechtigkeit zu sein. Eine solche Zu-

kunftsverantwortung ist vielen gesellschaftlichen Bereichen selbstverständlich. Familien mit einem Neugeborenen wählen, wenn es ihnen möglich ist, nicht selten ihren Wohnort nach dem zukünftigen Kindergarten und der Schule. Waldbesitzerinnen und -besitzer pflanzen heute Bäume, die sie überleben werden. Die für die deutsche Wirtschaft so wichtigen Familienunternehmer erfassen bereits begrifflich mehrere Generationen von Unternehmern und zuweilen auch von Arbeitnehmerinnen und -nehmern.

## 2. Gegenwartsbezogene Politik

Der Politik aber fällt eine solche Zukunftsperspektive zuweilen schwer. Sie ist gegenwärtig in den genannten elementaren Aufgaben stark beansprucht und dabei eher in der Gegenwart gefangen. Ohnehin musste sie in den letzten 15 Jahren in einem permanenten Krisenmodus agieren. Nach der Finanzkrise war die Euro- und Schuldenkrise zu bewältigen und mit vielen Geflüchteten umzugehen. Die Folgen der Corona-Pandemie scheinen zwar weitgehend bewältigt. Doch ist gegenwärtig insbesondere der Krieg in der Ukraine so zeitnah wie möglich zu beenden. Bereits jetzt sind Zukunftsperspektiven in den Beziehungen zu Russland und auch zu China für die Zeit nach dem Krieg zu entwickeln. Aber auch außerhalb solcher Elementaraufgaben denkt die Politik oft von Problem zu Problem und insbesondere von Wahl zu Wahl. Dies ist insofern verständlich, weil die Macht und damit das Ergebnis am Wahltag eine zentrale Währung der Politik ist. Doch werden Gesamtentwicklungen wie die Folgen der Überregulierung in der Europäischen Union, der Handlungen der Europäischen Zentralbank (EZB) in den vergangenen Jahren oder der Verschuldung der Staaten und der EU nicht hinreichend erfasst und insgesamt die Zukunftsperspektiven nicht ausreichend einbezogen.

### 3. Die Frage nach einem Zukunft sichernden Verfassungsrecht

So stellt sich die Frage, ob sich das Verfassungsrecht in besonderen Fällen gegen eine latente und strukturelle Zukunftsvergessenheit der Politik stellt. Ein solcher grundgesetzlicher Schutz in der Zeit muss immer die Ausnahme bleiben. Die Zukunft ist in aller Regel zu ungewiss, als dass das Grundgesetz prospektiv schützen und Verfassungsrichtern und -richter die Maßstäbe in der geforderten Weitsicht auslegen könnten. Sicher ist, dass wir auf die Erderwärmung und den demografischen Wandel zeitnah entschlossener reagieren müssen. Doch welche Strategien und Maßnahmen zu ergreifen sind, ist weniger gewiss – vor allem aber gibt das Grundgesetz diese nicht vor. Insgesamt sind die Entscheidungsräume der Politik und die Einschätzungsprärogativen insbesondere des Gesetzgebers zu wahren. Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Klimaschutzentscheidung<sup>1</sup> das weite Feld der Zukunftssicherung durch Verfassungsrecht beherzt betreten. Die Entscheidung wurde daher viel beachtet, zuweilen als ein „revolutionäres“<sup>2</sup> und „historisches“<sup>3</sup> Judikat verstanden. Das Gericht hat das neue grundrechtliche Institut der „intertemporalen Freiheitssicherung“<sup>4</sup> entwickelt. Der zweite mögliche zukunftsgerichtete Grundrechtsschutz, die Gleichheit in der Zeit, wurde in der Entscheidung nicht herangezogen. Dennoch intensiviert sich gegenwärtig die allgemeine Frage nach einem prospektiven Schutz des Grundgesetzes angesichts der grundlegenden Aufgaben unserer Zeit und einer latenten politischen Zukunftsvergessenheit.

#### 4. Grundrechtsschutz in der Zeit in unterschiedlichen Bereichen?

Gegenwärtig wird vielfach betont, der neue intertemporale Freiheitsschutz sei grundsätzlich über den entschiedenen Fall des Klimaschutzgesetzes hinaus anwendbar.<sup>5</sup> Andere kritisieren das neue grundrechtliche Institut oder dessen Übertragbarkeit auf andere Rechtsgebiete.<sup>6</sup> Konkret wird die intertemporale Freiheitssicherung – oft aber vor allem im Rahmen von Darstellungen der Klimaschutzentscheidung und daher in knappen sowie zum Teil fragenden Ausführungen – auf andere Bereiche des Umweltrechts,<sup>7</sup> auf die Staatsverschuldung<sup>8</sup> und die hier zu diskutierenden sozialen Sicherungssysteme<sup>9</sup> bezogen.

#### 5. Elementare Unterschiede zwischen Klimawandel und Sozialsystemen

Der Klimaschutz unterscheidet sich von den grundgesetzlichen Fragen der Sozialsysteme grundlegend. Die Erderwärmung betrifft in ihren Folgen die ganze Welt. Die Sozialsysteme gelten demgegenüber nur in Deutschland. Der Klimawandel beruht auf unterschiedlichen natürlichen und insbesondere anthropogenen Ursachen. Der demografische Wandel, der die Sozialversicherungen existenziell gefährdet, ist demgegenüber als Entwicklung deutlich leichter zu erfassen. Der Kampf gegen die ursachenreiche Erderwärmung ist eine komplexe Aufgabe, in der zahlreiche Staaten und Gesellschaften entschlossen zusammenwirken müssen. Die Reform der Sozialsysteme kann hingegen der deutsche Gesetzgeber allein regeln. Trotz dieser grundlegenden Unterschiede greift auch in den Sozialsystemen ein Grundrechtsschutz in der Zeit. Dieser wurzelt in den Freiheitsrechten und in der Gleichheit. Freiheit und Gleichheit greifen

ersichtlich auch in anderen Bereichen als dem Umweltrecht. Der Anwendungsbereich der Grundrechte ist insofern grundsätzlich unbestimmt. Die Gewährleistungen wirken auch in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung.

## 6. Freiheit und Gleichheit sind auch in der Zeit grundsätzlich unbestimmt

Gegen eine Übertragbarkeit der intertemporalen Freiheitssicherung auf andere Rechtsbereiche wie das Sozialrecht wird insbesondere eingewandt, die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG betreffe nur den Umweltschutz. Auch fehlten vergleichbar dichte Vorgaben des internationalen Rechts wie die des Pariser Abkommens zum Klimaschutz.<sup>10</sup> Diese Einwände verkennen, dass der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG und mit Abstrichen auch das Völkerrecht in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwar einen breiten Raum eingenommen haben. Doch der zentrale Maßstab war der prospektive Freiheitsschutz.<sup>11</sup> Ohnehin setzt das Strukturprinzip des sozialen Staats (Art. 20 Abs. 1 GG), das für die Sozialsysteme maßgeblich ist, dichtere Vorgaben als die objektive Staatszielbestimmung des Art. 20a GG. Insgesamt ist der Grundrechtsschutz in den Sozialsystemen auch im Vergleich zum Umweltrecht kraftvoll und vielschichtig. Für das Sozialrecht ist – anders als im Bereich des Klimaschutzes – ein Recht auf Sicherung der Existenz anerkannt.<sup>12</sup> Die Sozialsysteme schützen Menschen in Situationen besonderer grundrechtlicher Betroffenheit, wenn sie krank, pflegebedürftig oder im Alter auf Erträge angewiesen sind. Zuweilen sichern die Systeme eine menschenwürdige Existenz. Auch die Anwartschaften in den Versicherungen sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts freiheitsrechtlich und gleichheitsrechtlich gewährleistet.<sup>13</sup> Die Menschenwürdegarantie, die grundrechtlich geschützten

Anwartschaften sowie die weiteren freiheitlichen und gleichheitsrechtlichen Garantien sind in den Sozialsystemen auch in der Zeit zu wahren. Es greift – trotz der erheblichen Unterschiede zum Klimawandel – ein intertemporaler Grundrechtsschutz.

## 7. Das neue grundrechtliche Institut in der Klimaschutzentscheidung

Das Bundesverfassungsgericht blickt in seiner wegweisenden Klimaschutzentscheidung weit in die Zukunft und über das Umweltrecht hinaus. Das Gericht erweitert den Grundrechtsschutz um ein neues freiheitliches Institut, die „intertemporale Freiheitssicherung“.<sup>14</sup> Werden heute Weichen gestellt, die morgen sicher zu Grundrechtseingriffen führen, sind die Freiheitsrechte bereits jetzt zu achten. Den Anlass bietet der Kampf gegen den Klimawandel. Dieser verlangt, die Erderwärmung zu reduzieren und daher weniger Treibhausgase zu emittieren. Der deutsche Gesetzgeber hat deshalb Kohlenstoffdioxid-Kontingente festgelegt, die gegenwärtig und zukünftig genutzt werden dürfen. Doch wer seine grundrechtlichen Freiheiten entfaltet, wer sich fortbewegt, wer heizt, kocht, Waren kauft oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, wer Gebäude errichtet oder Unternehmen gründet, emittiert Kohlenstoffdioxid (CO<sub>2</sub>). Nahezu jegliches Verhalten ist – so das Bundesverfassungsgericht – mit dem Ausstoß von CO<sub>2</sub> verbunden.<sup>15</sup> Dann aber begrenzen die gesetzlich geregelten CO<sub>2</sub>-Kontingente Freiheit. Entscheidet der Gesetzgeber heute, dass mehr CO<sub>2</sub> verbraucht werden darf, muss dieses morgen eingespart und daher auf Freiheit verzichtet werden. Die Möglichkeiten, Grundrechte zu entfalten, sind daher – so fährt das Gericht fort – bereits jetzt über die Zeit und Generationen hinweg verhältnismäßig zu verteilen.<sup>16</sup> Diese intertemporale Freiheitssicherung dient letztlich der Gleichheit in der Zeit.

## 8. Kritik am sogenannten Budget-Ansatz

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird insbesondere in den CO<sub>2</sub>-Kontingenten kritisiert. Das Gericht habe sich zu stark auf den zweifelhaften sogenannten Budget-Ansatz eingelassen.<sup>17</sup> Das internationale Recht fordert mit guten Gründen gerade keine staatlichen CO<sub>2</sub>-Kontingente. Wenn in Deutschland eine Technologie entwickelt wird, durch die Treibhausgase weltweit deutlich reduziert werden, deshalb aber die Kontingente über mehrere Jahre überschritten werden, dürfen diese Grenzen dem Erfolg im Kampf gegen den Klimaschutz nicht entgegenstehen. Der Budget-Ansatz ist im Sinne des Klimaschutzes auszulegen. Ohnehin ist er auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur anzuwenden, solange er von wissenschaftlichen Erkenntnissen hinreichend gestützt ist.<sup>18</sup> Die Kritik legt gleichwohl den Finger in die Wunde. Die intertemporale Freiheitssicherung darf den Gestaltungsraum der Politik nicht zu stark einschränken und die Erwartung an Pläne der öffentlichen Hand nicht überzeichnen.

## 9. Zwei enge Voraussetzungen der intertemporalen Freiheitssicherung

Wer in Wahrung des Entscheidungsraums insbesondere des Parlaments das neue grundrechtliche Institut abstrakt betrachtet, erkennt zwei enge Voraussetzungen. Erstens muss eine Entwicklung – wie die Erderwärmung – im Wesentlichen feststehen. Sonst wäre die Zukunft für einen prospektiven Verfassungsschutz nicht hinreichend gewiss. Der Gesetzgeber könnte eingreifen und künftige Freiheitsbeschränkungen verhindern. Es würden heute keine Weichen gestellt, die morgen sicher zu Grundrechtseingriffen führen.

Mit dieser Voraussetzung verbunden muss zweitens ein intertemporales Band existieren, das die Gegenwart mit der Zukunft wie in der Zeit kommunizierende Röhren verbindet. Im Bereich des Klimaschutzes folgt das Bundesverfassungsgericht hier dem kritisierten Budget-Ansatz. Wird heute mehr CO<sub>2</sub> emittiert, kann dies morgen – so das Gericht – nicht mehr freiheitswirksam freigesetzt werden. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, sind die Freiheitschancen über die Zeit und Generationen hinweg verhältnismäßig zu verteilen. Hinzutreten können Gefahrenschwellen, wenn die Erderwärmung auf über 1,5 °C im Vergleich zum vorindustriellen Niveau steigt. Diese Kippunkte intensivieren den Freiheitsschutz, bilden jedoch keine Voraussetzung.

## 10. Zwei unumkehrbare Entwicklungen in den Sozialsystemen

Die beiden vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Voraussetzungen der intertemporalen Freiheitssicherung liegen auch in den Sozialsystemen vor. Die Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung werden von zwei im Wesentlichen unumkehrbaren Entwicklungen bedroht, die in den Entscheidungen für die jeweilige Umlagefinanzierung und der Demografie wurzeln. Es werden heute Weichen gestellt, die morgen sicher Grundrechtseingriffe bewirken. Im Rahmen der gesetzlichen Rentenversicherung werden die Leistungen unmittelbar durch die Beiträge finanziert. Aber auch die gesetzliche Krankenversicherung und die soziale Pflegeversicherung sind umlagefinanziert und beruhen auf einem Generationenvertrag. Auch sie sind von der Anzahl der Beitragszahler abhängig, wenn sich die Beiträge nach dem Lohn und Lohnersatz bemessen. Werden heute Beiträge gesenkt oder Leistungen erhöht, müssen morgen höhere Beiträge entrichtet werden, um

vergleichbare Leistungen zu erhalten. Das Renteneintrittsalter beeinflusst beides, die Dauer der zu zahlenden Beiträge und der zu gewährenden Leistungen. Zwar wirken insgesamt auch Variablen wie die Erwerbsquote, die Zuwanderung oder das Produktivitäts- und Qualifikationsniveau. Doch prägt die Demografie in den klaren Befunden des Statistischen Bundesamts die Umlagesysteme<sup>19</sup> – mit schwerwiegenden Folgen.

## 11. Die Versicherungen steuern auf einen demografischen Abgrund zu

Junge Menschen werden gegenwärtig verpflichtet, an den Sozialsystemen teilzunehmen, obwohl sie ohne eine grundlegende Reform keine vergleichbaren Leistungen aus den Versicherungen erwarten dürfen. Die Systeme steuern auf einen Abgrund zu, in dem drei unumkehrbare demografische Entwicklungen zusammenlaufen. Erstens sinkt die Zahl der Beitragszahlenden und steigt der Anteil der Leistungsempfängenden.<sup>20</sup> Zweitens erhöhen sich mit der Lebenserwartung die Leistungsdauer und der Bedarf. Die Ausgaben treibt – ebenfalls zum Wohle aller – auch der medizinische Fortschritt. Drittens intensiviert sich der bereits so bewirkte erhebliche Druck, wenn die Babyboomer-Generation in den nächsten 25 Jahren von Beitragszahlern zu Leistungsempfängern werden.<sup>21</sup> Das Verhältnis von Erwerbstätigen zu Rentnern wird sich bei einer moderaten Entwicklung und gleichbleibendem Renteneintrittsalter von 2,2 auf 1,1 zu eins halbieren.<sup>22</sup> Die Leistungsberechtigten werden sich in den nächsten zehn Jahren im Vergleich zum Jahr 1990 von rund zehn auf 20 Millionen verdoppeln (Statistisches Bundesamt).<sup>23</sup> Bereits jetzt steht fest, dass die Sozialsysteme ohne eine grundlegende Reform in den nächsten zwei Jahrzehnten kollabieren werden. Eine Reform aber braucht Zeit, weil

neue, zum Beispiel kapitalgedeckte Säulen erst sukzessive aufzubauen sind. Letztlich hätten die notwendigen Reformen der Sozialsysteme bereits vor Jahren auf den Weg gebracht werden müssen. Die Zeit drängt. Auch deshalb greift nun der prospektive Verfassungsschutz. Der Schutz der Menschenwürde, der Freiheit und Gleichheit in der Zeit, der grundrechtlich geschützten Anwartschaften in den Sozialsystemen verlangt bereits jetzt, die Systeme zu erhalten und sie deshalb grundlegend zu reformieren.

## 12. Steuern und Schulden können die Systeme nicht retten

Dieser Auftrag kann nicht – wie zuweilen angenommen – durch den Einsatz von Steuergeldern oder Staatsschulden verhindert werden. Dieser verfassungsrechtliche Befund gilt auch unabhängig davon, dass sich die Finanzlücken in den Systemen ohne eine grundlegende Reform aufgrund der demografischen Entwicklung deutlich vergrößern und in Zukunft daher kaum mehr zu finanzieren sein werden. Die Bundesregierung rechnet damit, dass sich der Beitrag der Bundesmittel allein zur Rentenversicherung von gegenwärtig rund 100 Milliarden Euro bis zum Jahr 2045 auf rund 210 Milliarden Euro mehr als verdoppeln wird.<sup>24</sup> Die Bundesmittel für alle Sozialversicherungen werden sich ohne eine nachhaltige Veränderung bis zum Jahr 2060 wohl vervierfachen.<sup>25</sup> Eine solche enorme Finanzlast überschreitet die Kapazitäten auch des deutschen Gesamthaushalts. Sie kann nur aus den reformierten Sozialsystemen selbst gewonnen werden – auch ohne den Blick auf die elementaren und daher kostenintensiven weiteren Herausforderungen unserer Zeit.

### 13. Notwendige Reform der Systeme

Ohnehin verlangt das Grundgesetz, das jeweilige System freiheits- und gleichheitsgerecht zu gestalten. Wenn der Gesetzgeber Personen in eine soziale Pflichtversicherung zwingt, ist – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – eine „ausreichende solidarische Versorgung“<sup>26</sup> zu garantieren, „die den Versicherten für deren Beitrag im Rahmen des Sicherungszwecks des Systems zu erbringen ist.“ Jede Sozialversicherung ist zu erhalten und daher aus sich heraus nachhaltig zu finanzieren, damit sie ihren spezifischen grundrechtssichernden Auftrag erfüllen kann. Die Systeme müssen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Anwartschaften der Versicherten und die Menschenwürde der Betroffenen stets sichern.<sup>27</sup> In eine Versicherung, die über die Zeit nicht bestehen kann, darf heute keiner gezwungen werden. Auch Leistungen außerhalb der Systeme etwa für die allgemeine soziale Infrastruktur oder besondere Hilfen für Kranke oder Pflegebedürftige können Grundrechtsverstöße in der jeweiligen Versicherung nicht korrigieren. Ohnehin erfüllen solche externen Leistungen in der Regel Anliegen, die außerhalb des jeweiligen Versicherungsauftrags liegen. Zudem erreichen sie die maßgeblichen Versicherten oft nicht gleichheitsgerecht. Insgesamt müssen die Beiträge und Leistungen auch in der Zeit verhältnismäßig und gleichheitsgerecht sein. Die nächste Generation darf nicht in Teilen schutzlos gestellt, nicht systemisch gefährdet und benachteiligt werden. Steuerfinanzierte Zuschüsse können Finanzlücken schließen, nicht aber die strukturellen Probleme lösen.

## 14. Die Zeit drängt

Angesichts des demografischen Wandels und der besonderen grundrechtlichen Betroffenheit, der die Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung begegnen, sind die jungen Beitragspflichtigen und die künftigen Generationen bereits heute intertemporal geschützt. Die Beiträge und Leistungen, das Renteneintrittsalter, letztlich die gesamten Systeme müssen auch in der Zeit das Maß der Grundrechte wahren. Die Leistungen sind dabei in der Gegenwart und nicht über Schulden von der nächsten Generation zu finanzieren. Der Zukunft wurden bereits jetzt zu hohe Lasten aufgebürdet – im drängenden Sicherheitsauftrag, im Klimawandel, in der mit diesen Anliegen verbundenen Energieversorgung, in der Abhängigkeit von anderen Staaten, im Reformstau in weiteren zentralen Infrastrukturen wie der Digitalisierung, in den sehr hohen und gegenwärtig zunehmenden Tilgungs- und Zinspflichten der öffentlichen Kredite und eben auch in der demografischen Entwicklung. Die Sozialsysteme dürfen auch in Zukunft niemanden schutzlos stellen. Sie sind daher bereits jetzt in weiten Teilen aus der Umlagefinanzierung zu führen und zukunftsfest zu gestalten.

- 1 BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., BVerfGE 157, 30 ff. – Klimaschutz; siehe hierzu und zum Folgenden auch G. Kirchhof, Intertemporale Freiheits-sicherung, 2022.
- 2 C. Calliess, ZUR 2021, 355 (355); vgl. C. Janda, ZRP 2021, 149 (149).
- 3 K. Faßbender, NJW 2021, 2085 (2085 m.w.N.); vgl. W. Sinner, UPR 2021, 281 (283); M. Beckmann, UPR 2021, 241 ff.; W. Frenz, DVBl. 2021, 808 (810, 814); S. Lenz, Der Staat 61 (2022), 73 (73 m.w.N.); S. Schlacke, NVwZ 2021, 912 (912).
- 4 BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., BVerfGE 157, 30 (130 ff. Rn. 182 ff.) – Klimaschutz.
- 5 R. Schlegel, NJW 2021, 2782 (2787 f.); M. Ruttloff/L. Freihoff, NVwZ 2021, 917 (918); S. Schlacke, NVwZ 2021, 912 (917); M. Ehrmann, UWP 2021, 139 (144); G. Kirchhof (Fn. 1).
- 6 Deutlich: M. Sachs, JuS 2021, 708 (711); S. Lenz, Der Staat 61 (2022), 73 (insbes. 107 ff.); zweifelnd: A. von Oettingen/ K. I. Schmidt, DÖV 2022, 477 (481 ff.); N. Grosche, Der Staat 61 (2022), 113 ff.; gegen eine Übertragbarkeit auf die Sozialsysteme: Th. Koop, NVwZ 2022, 519 (522); T. Spitzlei, NZS 2022, 570 (577); im Grunde dem Transfer zustimmend dennoch kritisch: K. Faßbender, NJW 2021, 2085 (2090); vgl. M. Beckmann, UPR 2021, 241 ff.
- 7 K. Faßbender, NJW 2021, 2085 (2090); W. Sinner, UPR 2021, 281 (283).
- 8 M. Ruttloff/L. Freihoff, NVwZ 2021, 917 (918, 921), sprechen von einer „nahe-liegenden“ Übertragbarkeit; M. Beckmann, UPR 2021, 241 ff., der von der Übertragbarkeit ausgeht und daher die Entscheidung des Bundesverfas-sungsgerichts aber kritisiert; fragend: K. Faßbender, NJW 2021, 2085 (2089); gegen eine Übertragbarkeit des zeitlichen Grundrechtsschutzes auf die Staatsverschuldung, aber für eine Stärkung des objektiven Rechts: G. Kirch-hof (Fn. 1), S. 43 ff.
- 9 R. Schlegel, NJW 2021, 2782 (2787 f.); M. Ruttloff/L. Freihoff, NVwZ 2021, 917 (918, 921); G. Kirchhof (Fn. 1), S. 43 ff.; S. Schlacke, NVwZ 2021, 912 (917), bezeichnet die Übertragbarkeit als „diskutabel“; ähnlich: K. Faßbender, NJW 2021, 2085 (2089); im Grunde zustimmend, aber kritisch M. Beckmann, UPR 2021, 241 ff.
- 10 C. Janda, ZRP 2021, 149 (150 ff.); K. Faßbender, NJW 2021, 2085 (2089), für das Fehlen einer entsprechenden Staatszielbestimmung.
- 11 BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., BVerfGE 157, 30 (130 ff. Rn. 182 ff.) – Klimaschutz.

## Belastungsgleichheit in der Sozialversicherung – Zur Bedeutung generativer Beiträge und Kostenlasten von Eltern

- 12 Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG (BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175 [221 ff. m.w.N.] – Hartz IV).
- 13 Insgesamt BVerfG, 27.2.2007 – 1 BvL 10/00, BVerfGE 117, 272 (292 ff. m.w.N.) – Beschäftigungsförderungsgesetz; BVerfG, 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 (42 ff.) – gesetzliche Krankenversicherung.
- 14 BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., BVerfGE 157, 30 (130 ff. Rn. 182 ff.) – Klimaschutz.
- 15 BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., BVerfGE 157, 30 (64 Rn. 37) – Klimaschutz.
- 16 BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., BVerfGE 157, 30 (163 ff. Rn. 243 ff.) – Klimaschutz.
- 17 Hierzu: S. Schlacke, NVwZ 2021, 912 (915 f.); K. F. Gärditz, RuP 2021, 308 (313 ff.).
- 18 BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a., BVerfGE 157, 30 (163 ff. Rn. 243 ff.) – Klimaschutz.
- 19 Destatis, Bevölkerung im Wandel, 14. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2019, S. 5; Chr. Hagist, Konsequenzen des „Klima-Urteils“ für die Nachhaltigkeit der sozialen Sicherungssysteme in Deutschland – eine staatswissenschaftliche Analyse, 2021, S. 7 ff.
- 20 Destatis (Fn. 19), S. 23 ff.
- 21 Destatis (Fn. 19), S. 19 ff.
- 22 Chr. Hagist (Fn. 19), S. 7 ff.
- 23 Destatis (Fn. 19), S. 24.
- 24 Bundesregierung, Fiskalische Nachhaltigkeit der Rentenversicherung, 30.1.2020, BT-Drs. 19/16954, 13.
- 25 Siehe zu dieser notwendig vagen Zukunftsperspektive M. Werding/B. Läpple, FiFo-Berichte, No. 29, 2020, 21 f.
- 26 BVerfG, 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 (42) – gesetzliche Krankenversicherung.
- 27 Insgesamt BVerfG, 27.2.2007 – 1 BvL 10/00, BVerfGE 117, 272 (292 ff. m.w.N.) – Beschäftigungsförderungsgesetz; BVerfG, 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 (42 ff.) – gesetzliche Krankenversicherung.

## Beitrag von Prof. Dr. Rainer Schlegel

Präsident des Bundessozialgerichts

Zum Beschluss des Ersten Senats vom 7. April 2022 – 1 BvL 3/18 u. a. –

### 1. Die Große Rentenreform 1957

#### 1.1 Der sogenannte Generationenvertrag

1957 gewann Konrad Adenauer die Bundestagswahl mit absoluter Mehrheit. Zwar lautete der Wahlkampfslogan damals „Keine Experimente“. Tatsächlich aber versprach Adenauer geradezu Revolutionäres: die Einführung einer dynamischen Rente, das heißt einer laufend an die aktuelle Lohnentwicklung anzupassenden Rente, die im Umlageverfahren durch die jeweils im Erwerbsleben stehenden Versicherten zu finanzieren sei.

Das Wahlversprechen wurde eingelöst. Seither sind Renten dynamisch und werden in Umlage finanziert: Die im Erwerbsleben stehenden Versicherten zahlen aus ihrem Arbeitsentgelt Beiträge, aus denen die Renten an die aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Versicherten gezahlt werden, ein sogenannter Generationenvertrag. Die Versicherten zahlen die Beiträge nach einem einheitlichen Beitragssatz bis zur Beitragsbemessungsgrenze. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie kinderlos sind oder ob sie selbst Kinder haben, die nach dem normalen Lauf der

Dinge als die jeweils nächste Generation die Renten ihrer Eltern, aber auch die Renten kinderloser Rentner finanzieren.

### **1.2 Absage an eine „Kindheitsrente“ beziehungsweise an einen Drei-Generationen-Vertrag**

Architekten des Umlageverfahrens waren unter anderem Wilfried Schreiber und Oswald von Nell-Breuning. Beide vertraten die Ansicht, dass es nicht bei (nur) einem sogenannten Generationenvertrag zwischen den Erwerbstätigen und den Rentnern bleiben dürfe. Denn die jeweils aktive, produktive Generation übernehme ein Doppeltes: Erstens die Leistung an die vorausgegangene Generation, die Alten, und zweitens zusätzlich die Aufwendungen für Unterhalt und Erziehung ihrer Kinder als nachfolgende Generation.

Schreiber sprach sich daher für einen zweiten Generationenvertrag aus, das heißt eine ebenfalls im Umlageverfahren zu finanzierende „Kindheitsrente“ an Versicherte mit Kindern, damit diese Versicherten für ihre Mehrbelastung beziehungsweise „Mehrleistung“ eine Kompensation erhielten.<sup>1</sup> Damit konnte sich Schreiber ebenso wenig durchsetzen wie Nell-Breuning, der insoweit einen wirksamen „Familienlastenausgleich“ forderte.<sup>2</sup>

### **1.3 Position der Familienverbände und Jürgen Borcherts**

Hinter den Beschwerdeführern und Beschwerdeführerinnen des Trümmerfrauen-Urteils, des Pflegeversicherungsurteils und schließlich des – als „Schlussstein“ anzusehenden – Urteils des Ersten Senats des BVerfG vom 7. April 2022 – 1 BvL 3/18 stehen (Familien-)verbände, die sich

ausdrücklich auf die Ideen Schreibers und Nell-Breunings berufen. Es geht ihnen um eine Entlastung von Familien mit Kindern von ihrer Beitragslast in der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV), der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und der Sozialen Pflegeversicherung (SPV) nach Maßgabe ihrer Erziehungsleistung und letztlich nach Maßgabe ihrer Kinderzahl.

Wichtigster Protagonist dieser Verbände ist Jürgen Borchert.<sup>3</sup> Er hat viele der Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen durch die Instanzen „begleitet“ und für deren Anliegen ausweislich die nachfolgend skizzierten Entscheidungen des BVerfG viel erreicht, nicht jedoch ihr eigentliches Ziel, eine finanzielle ins Gewicht fallende Beitragsdifferenzierung bei Versicherten mit Kindern im jeweiligen Sozialversicherungssystem nach Maßgabe der Zahl ihrer Kinder.

Den steuerfinanzierten Leistungen des Familienlastenausgleichs – gleich welcher Form – stehen die Verbände skeptisch gegenüber, denn Eltern – so ihre Argumentation – seien zu rund 70 Prozent am allgemeinen Steueraufkommen beteiligt. Sie finanzierten den Familienlastenausgleich zu einem großen Teil selbst und sprechen in diesem Zusammenhang im Anschluss an Dieter Suhr<sup>4</sup> von einer Transferausbeutung der Familien.

## **2. Das sogenannte Trümmerfrauen-Urteil des BVerfG vom 7. Juli 1992**

### **2.1 Die Einführung von Kindererziehungszeiten (KEZ)**

Mit dem Hinterbliebenen- und Erziehungszeiten-Gesetz<sup>5</sup> führte der Gesetzgeber in der GRV ab 1. Januar 1986 KEZ

von zunächst zwölf Kalendermonaten nach der Geburt eines Kindes ein, die als Beitragszeiten mit 75 Prozent des Durchschnittsverdienstes bewertet wurden und rentenbe gründende und rentensteigernde Wirkung hatten. Gegen das Gesetz erhoben Versicherte mit mehreren Kindern nach Erschöpfung des Rechtswegs Verfassungsbeschwerden: Das neue Rentenrecht berücksichtige die Kindererziehung nicht in angemessenem Umfang; die Kindererziehung sei für die GRV der monetären Beitragsleistung mindestens gleichwertig und – so sinngemäß – die Berücksichtigung der Kosten für Kindererziehung im Rahmen der Bewertung der KEZ (völlig) unzureichend.

## 2.2 Verfassungsrechtliche Pflicht zur Verringerung Familien treffender Nachteile

Das BVerfG attestiert der Kindererziehung in seinem sogenannten Trümmerfrauen-Urteil vom 7. Juli 1992<sup>6</sup> eine für das System der Altersversorgung bestandssichernde Bedeutung. Denn die als Generationenvertrag ausgestaltete GRV lasse sich ohne die nachrückende Generation nicht aufrechterhalten.

Das BVerfG geht auch davon aus, dass Versicherte mit Kindern (Familien) gegenüber solchen ohne Kinder benachteiligt sind: Bei einem erziehungsbedingten Ausscheiden aus dem Erwerbsleben müssten sie im Vergleich zu Kinderlosen Einkommenseinbußen hinnehmen und hätten deswegen künftig geringere Renten zu erwarten. Leistungen im Rahmen des Familienlastenausgleichs (Erziehungsgeld, Kindergeld, Kinderfreibetrag, Ausbildungsförderung) machten diese Benachteiligung nicht wett. Auch die (neuen) KEZ könnten die Benachteiligung, die Familien treffe, nur in verhältnismäßig geringem Umfang ausgleichen.<sup>7</sup>

Dennoch hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen und die mittelbar angegriffenen rentenrechtlichen Vorschriften als mit dem GG vereinbar angesehen. Denn dem Gesetzgeber sei bei einer mit erheblichen finanziellen Mitteln verbundenen und rechtlich komplexen Reform wie der Berücksichtigung von KEZ ein ausreichender Anpassungszeitraum und eine Reform in mehreren Schritten zuzubilligen.

Der Gesetzgeber sei nach Art. 3 I iVm Art. 6 I GG jedoch verpflichtet, den Mangel des Rentensystems, der in den durch Kindererziehung bedingten Nachteilen bei der Altersversorgung liege, in weiterem Umfang als bisher auszugleichen (Leitsatz 2). Unabhängig davon, auf welche Weise die Mittel für den Ausgleich aufgebracht werden, sei jedenfalls sicherzustellen, dass „sich mit jedem Reformschritt die Benachteiligung der Familie verringert“<sup>48</sup>. Trotz Erfolglosigkeit ihrer Verfassungsbeschwerden hat das BVerfG den Beschwerdeführern und Beschwerdeführerinnen die Erstattung ihrer Kosten zugestanden, denn sie hätten erreicht, dass der Gesetzgeber dem Lebenssachverhalt Kindererziehung in der GRV „künftig in weitergehendem Maße Rechnung tragen muss“<sup>49</sup>.

### 2.3 Ausbau von Leistungen für Familien mit Kindern

Der Gesetzgeber hat in der Folgezeit in der GRV die KEZ auf drei Jahre je Kind ausgedehnt und ihre Bewertung auf Beiträge nach Maßgabe eines Durchschnittslohns angehoben. Infolge einer weiteren Entscheidung des BVerfG hat er bis zur Beitragsbemessungsgrenze auch die additive Berücksichtigung von KEZ zugelassen, sodass KEZ auch dann berücksichtigt werden, wenn der Versicherte trotz Kindererziehung ganz oder teilweise weiterarbeitet und damit monetäre Beiträge zahlt. Auch außerhalb der GRV

wurden Leistungen des Familienlastenausgleichs etabliert  
oder verbessert, zum Beispiel Elterngeld, Kindergeld.

### 3. Anerkennung des generativen Beitrags im Pflege- versicherungsurteil

#### 3.1 Der generative Beitrag – Pflegeversicherungsurteil vom 3. April 2001

1995 hat der Gesetzgeber das Risiko der Pflegebedürftigkeit in der sozialen Pflegeversicherung (SPV) versichert, aber bei der Beitragsgestaltung keine Differenzierung zwischen Versicherten mit und ohne Kinder vorgenommen. Das BVerfG hat dies in seinem Pflegeversicherungsurteil vom 3. April 2001 beanstandet: Es sei nicht mit Art. 3 I iVm Art 6 I GG zu vereinbaren, dass Mitglieder der SPV, die Kinder betreuen und erziehen und damit – so wörtlich – „neben dem Geldbeitrag einen generativen Beitrag zur Funktionsfähigkeit eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems leisten, mit einem gleich hohen Pflegeversicherungsbeitrag wie Mitglieder ohne Kinder belastet werden“ (Leitsatz)<sup>10</sup>. Werde der generative Beitrag nicht mehr in der Regel von allen Versicherten erbracht, führe dies zu einer spezifischen Belastung kindererziehender Versicherter im Pflegeversicherungssystem, deren benachteiligen Wirkungen – so das BVerfG wörtlich: „auch innerhalb dieses Systems“, und zwar „im Beitragsrecht auszugleichen“ sei. Der Ausgleich fordere mehr als nur den beitragsfreien Versicherungsschutz der Kinder. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, beitragspflichtige Versicherte mit einem oder mehreren Kindern gegenüber kinderlosen Versicherten bei der Bemessung der Beiträge relativ zu entlasten. Das BVerfG gab dem Gesetzgeber hierzu eine großzügig bemessene Frist bis Ende 2004, zu deren Begründung das

Gericht ausführte: „Bei der Bemessung der Frist hat der Senat berücksichtigt, dass die Bedeutung des vorliegenden Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen sein wird.“

### 3.2 Zusatzbeitrag in der Pflegeversicherung für kinderlose Versicherte

Die Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen des Pflegeversicherungsurteils hatten offenbar erwartet, der Gesetzgeber werde entsprechend der Aufforderung an den Gesetzgeber, „die Bedeutung des Pflegeversicherungsurteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen“, bei den Beiträgen in der SPV, GKV und GRV nach Maßgabe ihrer generativen Beiträge zwischen Versicherten mit und ohne Kinder differenzieren. Diese Erwartung wurde enttäuscht.

Der Gesetzgeber besserte nur in der SPV und dort in der unerwarteten Weise nach, dass für kinderlose Versicherte ein Zusatzbeitrag in Höhe von zunächst 0,25 Prozent (heute 0,35 Prozent) eingeführt wurde. Der Gesetzgeber stellte mit dem höheren Beitrag für kinderlose Versicherte einen relativen Abstand zwischen Versicherten mit und ohne Kinder her, ohne damit nach der Kinderzahl differenzieren zu müssen.

## 4. Der Schlussstein: Die Entscheidung vom 7. April 2022 – 1 BvL 3/18 u. a.

### 4.1 Argumente-Steinbruch für einen generellen generativen Beitrag

Unter Berufung auf einzelne Aspekte und Passagen der genannten Entscheidungen des BVerfG unternahmen kinderreiche Familien (mit drei und mehr Kindern) erneut den Versuch, beim BVerfG eine beitragsrechtliche Honorierung ihrer Erziehungsleistung zu erreichen. Hervorgehoben wurden vor allem folgende, zumindest sinngemäße Aussagen des BVerfG:

- › Versicherte mit Kindern seien gegenüber solchen ohne Kinder benachteiligt.
- › Mitglieder der SPV, die Kinder betreuen und erziehen, leisteten neben dem Geldbeitrag einen (gleichwertigen) generativen Beitrag zur Funktionsfähigkeit eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems.
- › Das BVerfG habe in seinem Pflegeversicherungsurteil eine relative Beitragsentlastung „bereits ab dem ersten Kind“ gefordert.
- › Die spezifische Belastung kindererziehender Versicherter führe in der Pflegeversicherung zu benachteiligenden Wirkungen, die „innerhalb dieses Systems“, und zwar „im Beitragsrecht auszugleichen“ seien. Der Ausgleich der kindererziehungsbedingten Belastung müsse in der Erwerbsphase erfolgen, was nur auf Beitragsseite möglich sei.
- › Der Gesetzgeber müsse die Bedeutung des Pflegeversicherungsurteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung prüfen.

Vor allem die Begründung der Frist zur Behebung des Verfassungsverstößes im Pflegeversicherungsurteil und die

Anerkennung eines generativen Beitrags wurden nicht nur als „Denkanstoß“ an den Gesetzgeber, sondern als ein vom BVerfG bereits konkretisierter Verfassungsauftrag verstanden. Dieser müsse bei der Beitragserhebung zu einer Differenzierung zwischen Versicherten mit und ohne Kinder sowohl in der GRV, der PflegeV als auch der GKV nach Maßgabe der Kinderzahl führen.

## 4.2 Die Antwort des BVerfG

### 4.2.1. Soziale Pflegeversicherung

Das BVerfG beanstandet das Beitragsrecht in der SPV, weil es dort eine Differenzierung nach der Kinderzahl vermisst. Verglichen werden im Urteil vom 7. April 2022<sup>11</sup> allerdings nicht mehr Versicherte mit und ohne Kinder. Insoweit hat sich der Gesetzgeber in Reaktion auf das Pflegeversicherungsurteil dafür entschieden, Versicherte ohne Kinder in der SPV mit einem Zusatzbeitrag zu belasten. Er hat damit die Versicherten mit Kindern relativ entlastet und – so das BVerfG – einen Beitragsabstand zu den kinderlosen Versicherten hergestellt (Rz. 245, 247).

Das BVerfG fragt jetzt, ob es angeht, dass „Eltern mit mehr Kindern beitragsrechtlich lediglich in dem gleichen Maße besser gestellt werden wie Eltern mit weniger Kindern, obwohl der wirtschaftliche Erziehungsmehraufwand mit anwachsender Kinderzahl steigt (Rz. 270).

Das BVerfG verneint dies, weil sowohl der Realaufwand als auch die Opportunitätskosten mit der Zahl der Kinder substantiell steige.

#### **4.2.2. Gesetzliche Rentenversicherung**

In der GRV fehlt es dem BVerfG an einer im Beitragsrecht auszugleichenden Benachteiligung von Versicherten mit Kindern, weil innerhalb der GRV bezüglich der Opportunitätskosten bereits ein hinreichender Nachteilsausgleich in Form von KEZ und Kinderberücksichtigungszeiten erfolgt.

Diese Zeiten werden den Versicherten schon in der Erziehungsphase „gutgeschrieben“, ohne dass sie dafür eigene Beiträge aufzuwenden haben. Dem Umstand, dass auch Versicherte mit Kindern über ihre Steuerlast an der Finanzierung der KEZ beteiligt sind, misst das BVerfG keine entscheidende Bedeutung bei.

#### **4.2.3. Gesetzliche Krankenversicherung**

Hier sieht das BVerfG in der beitragsfreien Mitversicherung von Kindern eine Maßnahme des sozialen Ausgleichs zur Entlastung der Familien. Dieser beitragsfreie Versicherungsschutz entlastete Familien, denn ohne diese Regelung müssten die Kosten eines angemessenen Krankenversicherungsschutzes als Elternunterhalt nach § 1601 ff. BGB aufgebracht werden. Aufgrund dieser systeminternen Kompensation fehle es bereits an einer Benachteiligung von Versicherten mit Kindern.

### **5. Eigene Bewertung**

Die Entscheidung des BVerfG ist zu begrüßen. Sie setzt die bisherigen Pfade zur Berücksichtigung des Realaufwands und der Opportunitätskosten in den Systemen der SPV, GRV und GKV konsequent fort.

Insbesondere versteht das BVerfG seine Begründung zu der dem Gesetzgeber im Pflegeversicherungsurteil gesetzten Frist und sein Postulat, den generativen Beitrag in der SPV beitragsrechtlich zu berücksichtigen, nicht als allgemeinen Verfassungsauftrag, der Geltung auch in der GRV und GKV beanspruchen könnte. Das heißt, dass in der GKV und GRV der erhöhte finanzielle Aufwand und etwaige Nachteile in der Versicherungsbiografie nicht zwingend im Beitragsrecht des jeweiligen Sozialversicherungszweigs auszugleichen sind. Letzteres wäre für das Beitragsrecht der Sozialversicherung auch sehr problematisch geworden. Denn es sind allein die Arbeitgeber, die das ohnehin komplexe Beitragsrecht administrieren. Das Beitragsrecht der Sozialversicherung funktioniert nur deshalb reibungslos und genießt grundsätzlich hohe Akzeptanz, weil es – anders als das Sozialrecht an anderer Stelle (zum Beispiel Existenzsicherung: „angemessene Unterkunftskosten“) – nicht auf letzte Einzelfallgerechtigkeit ausgerichtet ist. Das Beitragsrecht geht von einheitlichen Beitragsbemessungsgrundlagen, Beitragsbemessungsgrenzen und Beitragssätzen aus und verlangt insoweit gerade keine Differenzierung nach Familienstand oder Kinderzahl. Andernfalls wären gegebenenfalls Verwerfungen am Arbeitsmarkt wegen unterschiedlicher Lohnkosten zu befürchten.

Möglichkeiten des Korrektivs dieser groben Pauschalierung und Typisierung bietet insbesondere der Familienlastenausgleich. Diesen auf Euro und Cent „gerecht“ zu gestalten, ist schon deshalb nicht möglich, weil der Ausgleich von Familienlasten von zahlreichen Wertungen abhängt. „Gerecht“ ist insoweit weniger eine rechtliche als vielmehr eine weltanschauliche Kategorie. Und ganz persönlich finde ich die Haltung, die Allgemeinheit müsse für sämtlichen mit Kindererziehung einhergehenden Realaufwand nebst Opportunitätskosten aufkommen und Familien monetär so

stellen, als hätten sie keine oder weniger Kinder, angesichts der eigenen Entscheidung „für Kinder“ und der Vielfalt der damit verbundenen Lebensentwürfe für nicht angemessen.

Hilfreich wäre es allerdings, wenn in der Diskussion über Familienlastenausgleich die Begriffe „Nachteil“, „Benachteiligung“ und „Last“ mit Blick auf Kinder vermieden werden, wenn es darum geht, die Situation von Versicherten mit und ohne Kinder zu vergleichen. Diese Begriffe sind negativ konnotiert und suggerieren, dass eine Kompensation nach Euro und Cent erforderlich, angemessen und möglich wäre.

Dass die deutsche Gesellschaft künftig mehr für Familien mit Kindern tun sollte, steht für mich außer Frage. Zu begrüßen ist daher das Vorhaben des Koalitionsvertrags, die Kindergrundsicherung neu zu regeln. Die Kindergrundsicherung sollte bei den Kindern selbst, nicht bei den Eltern ansetzen. Die anstehende Reform darf den bisherigen Dschungel von Leistungen nicht weiter verkomplizieren oder zusätzlich zum Beispiel zum SGB II und dem Kinderzuschlag weitere Subsysteme etablieren. Vielmehr muss die bisherige Komplexität reduziert werden. Nötig ist ein grob pauschalierender, großzügig bemessener Anspruch, der dem Kind selbst zusteht und der seinen Unterhalt angemessen sichert. Dieser Anspruch des Kindes entlastet mittelbar auch die Eltern und führt letztlich zu Ergebnissen, wie sie die Kläger und Klägerinnen sowie Beschwerdeführer und Beschwerdeführerinnen der skizzierten Verfahren im Auge hatten und haben.

- 1 Winfried Schreiber, Existenzsicherung in der industriellen Gesellschaft, 1955, S. 22 ff.
- 2 Oswald von Nell-Breuning, Die Produktivitätsrente, in: *Zeitschrift für Sozialreform*, 1956, S. 97 f.; ders., Soziales Sicherheit?, 1979, S. 22 ff.
- 3 Jürgen Borchert, Sozialstaatsdämmerung, 2014, S. 51 ff.
- 4 Dieter Suhr, Der Staat, 29 (1990) S. 69 ff., 73.
- 5 HEZG vom 11.7.1985, BGBl. I, S. 1450.
- 6 BVerfG, Urteil vom 07.07.1991 - 1 BvL 51/86 ua, BVerfGE 87, 1 ff.
- 7 BVerfG, Urteil vom 07.07.1992 - 1 BvL 51/86, BVerfGE 87, 1-48, Rn. 126 ff.
- 8 BVerfGE 87, 1, 41.
- 9 BVerfGE 87, 1, 48.
- 10 BVerfG Urteil vom 3.04.2001 - 1 BvR 1629/94, BVerfGE 103, 242.
- 11 BVerfG NJW 2022, 2169 ff.

## Autoren und Herausgeber

- › **Dr. Felor Badenber**  
Vizepräsidentin des Bundesamtes für Verfassungsschutz
- › **Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich**  
Professur für Öffentliches Recht an der Hochschule  
des Bundes, Berlin;  
Direktor des Centers for Intelligence and Security Studies  
der Universität der Bundeswehr, München
- › **Prof. Dr. Judith Froese**  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Nebengebieten, Universität Konstanz
- › **Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz**  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität  
Bonn
- › **Prof. Dr. Gregor Kirchhof, LL. M. (ND-London)**  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht;  
Direktor des Instituts für Wirtschafts- und Steuerrecht, Universität Augsburg
- › **PD Dr. David Kuch**  
Akademischer Rat a. Z., Julius-Maximilians-Universität Würzburg;  
Vertretung einer Professur für Öffentliches Recht, Universität Konstanz
- › **Prof. Dr. Norbert Lammert**  
Vorsitzender der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.;  
Präsident des Deutschen Bundestages a.D.
- › **Marie-Sophie Lanig, LL.M.**  
Referentin Recht und Politik, Hauptabteilung Analyse und Beratung der  
Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.
- › **Prof. Dr. Florian Meinel**  
Lehrstuhl für Staatstheorie, Politische Wissenschaften und Vergleichendes  
Staatsrecht, Georg-August-Universität Göttingen
- › **Dr. Franziska Rinke**  
Referentin Rechtsstaatsdialog und Völkerrecht, Hauptabteilung Analyse und  
Beratung der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.
- › **Prof. Dr. Rainer Schlegel**  
Präsident des Bundessozialgerichts
- › **Univ.-Prof. Dr. Dr. Markus Thiel**  
Professor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht, Deutsche  
Hochschule der Polizei
- › **Elisabeth Winkelmeier-Becker MdB**  
Vorsitzende des Rechtsausschusses im Deutschen Bundestag

## **Wissenschaftliche Begleitung des Berliner Jahresrückblicks 2023**

› **Prof. Dr. Judith Froese**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Nebengebieten, Universität Konstanz

› **Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität  
Bonn

## **Ansprechpersonen der Konrad-Adenauer-Stiftung**

- › **Marie-Sophie Lanig, LL.M.**  
Referentin Recht und Politik, Hauptabteilung Analyse und Beratung der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.
- › **Dr. Franziska Rinke**  
Referentin Rechtsstaatsdialog und Völkerrecht, Hauptabteilung Analyse und Beratung der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V.

## Impressum

### **Der Berliner Jahresrückblick** **Analyse und Rückschau auf die Rechtsprechung** **des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2022**

Bei den hier abgedruckten Beiträgen handelt es sich um die überarbeiteten Vorträge des Berliner Jahresrückblicks 2023 der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. am 19. Januar 2023.

Herausgeberin: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. 2024, Berlin.

Gestaltung und Satz: KALUZA + SCHMID Studio, Berlin

Hergestellt mit finanzieller Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland.

ISBN 978-3-98574-166-3

Diese Veröffentlichung der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. dient ausschließlich der Information. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlwerbern oder -helfenden zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen sowie für Wahlen zum Europäischen Parlament.



Der Text dieses Werkes ist lizenziert unter den Bedingungen von „Creative Commons Namensnennung-Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 international“, CC BY-SA 4.0 (abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode.de>).

