

## Recht der Polizei

Maßnahmen, Methoden, Mechanismen

Bearbeitet von  
Pascal Basten

1. Auflage 2016. Buch. 365 S. Softcover  
ISBN 978 3 8487 3091 9

[Recht > Öffentliches Recht > Polizeirecht, Sicherheitsrecht, Waffenrecht > Polizeirecht, Ordnungsrecht, Versammlungsrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

# Kompendien

für Studium, Praxis und Fortbildung

Pascal Basten

## Recht der Polizei

Maßnahmen, Methoden, Mechanismen



**Nomos**

# Kompendien

für Studium, Praxis und Fortbildung

Pascal Basten

## Recht der Polizei

**Maßnahmen, Methoden, Mechanismen**



**Nomos**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3091-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-7465-2 (ePDF)

1. Auflage 2016

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Inhaltsübersicht

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	9
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	19
<b>1. Teil: Eingang in das Recht der Polizei</b>	27
<b>2. Teil: Rechtsstaat und Methode</b>	29
A. Rechtsstaatsprinzip	29
I. Rechtsgrundlagen des Rechtsstaatsprinzips	29
II. Gewaltenteilung	30
III. Rechtssicherheit	31
IV. Verhältnismäßigkeitsprinzip	33
V. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes	34
VI. Bestimmtheitsgebot	35
B. Rechtsstaatliche Methode	36
I. Methoden der Fallbearbeitung	36
II. Auslegungsmethodik	45
<b>3. Teil: Rechtsgrundlagenrelevanz</b>	51
A. Funktion der Rechtsgrundlage	51
B. Grundrechte	52
I. Deutsche und europäische Grundrechte	52
II. Grundrechtssystematik	58
<b>4. Teil: Rechtsgebiete</b>	142
A. Begriff des Rechtsgebiets	142
B. Einordnungskriterien für die Rechtsnatur der Maßnahme	143
I. Rechtsnaturen von Maßnahmen	143
II. Einordnung von Maßnahmen	144
III. Inklusive Alternativität der Rechtsgebietseinordnung	147
<b>5. Teil: Mögliche Rechtsgrundlagen</b>	150
A. Taxonomie der Rechtsgrundlagen	150
I. Zuständigkeitsnormen und Befugnisnormen	154
II. Spezielle Gebiete möglicher Rechtsgrundlagen	155
III. Mögliche Rechtsgrundlagen für Vollstreckungsmaßnahmen	167
B. Generalklauseln und Spezialbefugnisnormen	171
I. Möglichkeit und Rechtmäßigkeit der Generalklausel als Rechtsgrundlage	172
II. Systematik und Zweck von Generalklauseln	172

---

III. Generalklauseln als mögliche Rechtsgrundlagen unter den Kriterien von Typizität und Intensität	172
<b>6. Teil: Rechtmäßigkeit der möglichen Rechtsgrundlagen</b>	<b>175</b>
A. Art, Wirkung, Rechtmäßigkeit der Gesetze	175
B. Formelle Rechtmäßigkeit von Rechtsnormen	175
I. Wirkung formeller Rechtswidrigkeit	175
II. Grundgesetzliche Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen	176
III. Zitiergebot	189
C. Materielle Rechtmäßigkeit von Rechtsnormen	191
I. Wesensgehaltsgarantie	191
II. Bestimmtheitsgebot	191
III. Generalklauseln	192
IV. Besondere verfassungsrechtliche Anforderungen an Rechtsgrundlagen	193
<b>7. Teil: Formelle und materielle Rechtmäßigkeit von Maßnahmen</b>	<b>215</b>
A. Zuständigkeit, Verfahren, Form	215
I. Zuständigkeit	215
II. Verfahren und Form	223
B. Zentrale Tatbestandsvoraussetzungen	234
I. Gefahr	234
II. Öffentliche Sicherheit und Ordnung	247
III. Tatverdacht	250
IV. Straftaten von erheblicher Bedeutung, schwere Straftaten, besonders schwere Straftaten	252
V. Kernbereich privater Lebensgestaltung	253
VI. Maßnahmenadressat	256
VII. Vollstreckungsvoraussetzungen	264
C. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	268
I. Entsprechung, Möglichkeit, Bestimmtheit	268
II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Maßnahmen	269
III. Ermessen, Beurteilungsspielraum, Verhältnismäßigkeit	341
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>347</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b>	<b>353</b>



β)	Generelle und konkrete Schutzpflicht	67
(5)	Subjektiv-rechtliche Mitwirkungsfunktion	68
bb)	Grundrechtsdimensionale Einordnung des Grundrechtsverzehs	68
3.	Grundrechtseinschränkbarkeit	70
a)	Grundgesetzliche Einschränkungsmöglichkeiten	70
b)	Abwägung	71
4.	Grundrechtskatalog im Recht der Polizei	72
a)	Menschenwürde	72
b)	Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit	76
aa)	Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit und Eingriffe	76
bb)	Einschränkbarkeit der allgemeinen Handlungsfreiheit	78
c)	Allgemeines Persönlichkeitsgrundrecht	78
aa)	Schutzbereich des APR	78
(1)	Recht auf Privatsphäre	79
(2)	Recht auf Darstellung der eigenen Person	79
(3)	Recht auf informationelle Selbstbestimmung	79
α)	Recht am eigenen Wort	80
β)	Recht am eigenen Bild	80
γ)	Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme	80
δ)	Weitere Fälle des APR/RiS	81
bb)	Eingriffe in das APR	81
(1)	Beispielfälle für Eingriffe in das APR in der Fallgruppe des RiS	81
(2)	Beispielsmaßnahmen für polizeiliche Eingriffe in das APR/RiS	85
(3)	Das APR in der Fallgruppe des RiS und die Datenschutzgesetze	86
cc)	Einschränkbarkeit des APR	86
d)	Grundrecht auf Leben	86
aa)	Schutzbereich des Grundrechts auf Leben und Eingriffe	86
bb)	Einschränkbarkeit des Grundrechts auf Leben	87
e)	Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit	87
aa)	Schutzbereich der körperlichen Unversehrtheit und Eingriffe	87
bb)	Einschränkbarkeit der körperlichen Unversehrtheit	87
f)	Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit	88
aa)	Schutzbereich, Eingriffsformen und Einschränkungbarkeit	88
bb)	Abgrenzung von Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung	88
g)	Grundrecht auf Gleichbehandlung	90
aa)	Zur Behandlung von Gleichem und Ungleichen	90
bb)	Rechtfertigungsfähigkeit von Ungleichbehandlungen	91
h)	Weltanschauungs-, Glaubens-, und Gewissensfreiheit	92
aa)	Schutzbereich der Weltanschauungs-, Glaubens- und Gewissensfreiheit und Eingriffe	92
bb)	Einschränkbarkeit der Weltanschauungs-, Glaubens- und Gewissensfreiheit	93

i)	Kommunikationsgrundrechte	94
aa)	Schutzbereiche und Eingriffe der Kommunikationsgrundrechte	94
(1)	Meinungsfreiheit	94
(2)	Informationsfreiheit	97
(3)	Pressefreiheit	98
(4)	Rundfunkfreiheit	100
(5)	Filmfreiheit	100
bb)	Einschränkbarkeit der Kommunikationsgrundrechte	100
j)	Kunstfreiheit	101
aa)	Schutzbereich der Kunstfreiheit und Eingriffe	101
bb)	Einschränkbarkeit der Kunstfreiheit	102
k)	Wissenschaftsfreiheit	102
aa)	Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit und Eingriffe	102
bb)	Einschränkbarkeit der Wissenschaftsfreiheit	103
l)	Ehe- und Familiengrundrechte	103
aa)	Schutzbereich der Ehe- und Familiengrundrechte und Eingriffe	103
bb)	Einschränkbarkeit der Ehe- und Familiengrundrechte	105
m)	Schulwesen	105
aa)	Schutzbereich des Schulwesens und Eingriffe	105
bb)	Einschränkbarkeit des Schulwesens	106
n)	Versammlungsfreiheit	106
aa)	Der Versammlungsbegriff	106
bb)	Spezifische Phänomene im Versammlungsbereich	108
cc)	Beschränkungen des Art. 8 GG	110
(1)	Schutzbereichsbegrenzungen bei Art. 8 GG	110
(2)	Eingriffe in die Versammlungsfreiheit	112
(3)	Problem des Eingriffs bei Kameraüberwachungen	113
dd)	Einschränkbarkeit des Art. 8 GG	114
(1)	Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG	114
(2)	Einschränkungen durch und von Gegenveranstaltungen	116
o)	Vereinigungsfreiheit	118
aa)	Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit und Eingriffe	118
bb)	Einschränkbarkeit der Vereinigungsfreiheit	119
p)	Koalitionsfreiheit	120
aa)	Schutzbereich der Koalitionsfreiheit und Eingriffe	120
bb)	Einschränkbarkeit der Koalitionsfreiheit	120
q)	Brief-, Post-, und Fernmeldegeheimnis	121
aa)	Brief- und Postgeheimnis	121
bb)	Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG	121
cc)	Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG	122
dd)	Einschränkbarkeit des Art. 10 GG	126
r)	Grundrecht auf Freizügigkeit	126
aa)	Schutzbereich der Freizügigkeit und Eingriffe	126
bb)	Einschränkbarkeit der Freizügigkeit	127
s)	Berufsfreiheit	127
aa)	Schutzbereich der Berufsfreiheit und Eingriffe	127
bb)	Einschränkbarkeit der Berufsfreiheit	128

t)	Unverletzlichkeit der Wohnung	128
aa)	Sachlicher Schutzbereich Wohnung	128
bb)	Sonderfälle Betriebs- und Geschäftsräume	129
cc)	Persönlicher Schutzbereich des Art. 13 GG	131
dd)	Eingriffe in Art. 13 GG	132
ee)	Einschränkbarkeit des Art. 13 GG	133
u)	Eigentumsgrundrecht und Erbrecht	133
aa)	Schutzbereich des Art. 14 GG	134
bb)	Fallpraktische Verdeutlichung des Schutzbereichs der Eigentumsfreiheit	135
cc)	Eingriffe in die Eigentumsfreiheit	137
dd)	Einschränkbarkeit der Eigentumsfreiheit	138
v)	Schutz vor Ausbürgerung und Auslieferung	138
aa)	Schutzbereich des Art. 16 GG und Eingriffe	138
bb)	Einschränkbarkeit des Art. 16 GG	139
w)	Asylrecht	139
aa)	Schutzbereich des Art. 16a GG und Eingriffe	139
bb)	Einschränkbarkeit des Art. 16a GG	140
x)	Petitionsrecht	140
aa)	Schutzbereich des Petitionsrechts und Eingriffe	140
bb)	Einschränkbarkeit des Petitionsrechts	141

**4. Teil: Rechtsgebiete** 142

A.	Begriff des Rechtsgebiets	142
B.	Einordnungskriterien für die Rechtsnatur der Maßnahme	143
I.	Rechtsnaturen von Maßnahmen	143
II.	Einordnung von Maßnahmen	144
III.	Inklusive Alternativität der Rechtsgebietseinordnung	147

**5. Teil: Mögliche Rechtsgrundlagen** 150

A.	Taxonomie der Rechtsgrundlagen	150
I.	Zuständigkeitsnormen und Befugnisnormen	154
II.	Spezielle Gebiete möglicher Rechtsgrundlagen	155
1.	Straßenverkehrsgesetz	155
2.	Versammlungsgesetz	156
3.	Vereinsgesetz	159
4.	Waffengesetz	161
5.	Pressegesetz	163
6.	Aufenthaltsgesetz und Asylgesetz	163
a)	Aufenthaltsgesetz	163
b)	Asylgesetz	165
7.	Internationale grenzüberschreitende polizeiliche Zusammenarbeit	166
III.	Mögliche Rechtsgrundlagen für Vollstreckungsmaßnahmen	167
B.	Generalklauseln und Spezialbefugnisnormen	171
I.	Möglichkeit und Rechtmäßigkeit der Generalklausel als Rechtsgrundlage	172
II.	Systematik und Zweck von Generalklauseln	172

---

III. Generalklauseln als mögliche Rechtsgrundlagen unter den Kriterien von Typizität und Intensität	172
<b>6. Teil: Rechtmäßigkeit der möglichen Rechtsgrundlagen</b>	<b>175</b>
A. Art, Wirkung, Rechtmäßigkeit der Gesetze	175
B. Formelle Rechtmäßigkeit von Rechtsnormen	175
I. Wirkung formeller Rechtswidrigkeit	175
II. Grundgesetzliche Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen	176
1. Überblick über das verfassungsrechtliche Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzsystem	176
2. Ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen	177
3. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz	181
4. Straftatenverhütung und Strafverfolgungsvorsorge	182
5. Innere und äußere Sicherheit	184
6. Polizei und Nachrichtendienste	186
III. Zitiergebot	189
C. Materielle Rechtmäßigkeit von Rechtsnormen	191
I. Wesensgehaltsgarantie	191
II. Bestimmtheitsgebot	191
III. Generalklauseln	192
IV. Besondere verfassungsrechtliche Anforderungen an Rechtsgrundlagen	193
1. Anforderungen an Rechtsgrundlagen bei Eingriffen in das APR/RiS	195
a) Datenverarbeitung	195
b) Verdachts- und ereignisunabhängige Identitätskontrollen	197
c) Rasterfahndung	200
d) Öffentliche Videoüberwachung	201
e) Heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems	201
f) Automatisierte Kennzeichenerfassung	202
g) Verbunddatei	202
2. Grundgesetzliche Anforderungen an ein in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eingreifendes Gesetz	203
3. Grundgesetzliche Anforderungen an freiheitsentziehende Gesetze	204
4. Rechtsnormative Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	204
5. Anforderungen an eine die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG einschränkende Rechtsnorm	206
6. Anforderungen an eine das Versammlungsgrundrecht einschränkende Rechtsnorm	207
a) Bedeutung für die Gesetzesauslegung	207
b) Datenerhebung und Kameraüberwachungen	207
7. Anforderungen an Art. 10 GG betreffende Rechtsnormen	208
a) Einschränkungsmöglichkeiten und Rechtsschutz	208
b) Sicherstellung und Beschlagnahme von Daten und Datenträgern	209
c) Vorratsdatenspeicherung	209
d) Telekommunikations-Auskunftsverfahren	211

8. Anforderungen an eine den Schutzbereich des Art. 13 GG betreffende Rechtsnorm	211
a) Verfassungsunmittelbare Anforderungen	211
b) Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume	213
c) Akustische Wohnraumüberwachung	213
9. Anforderungen an ein Art. 14 GG einschränkendes Gesetz	214
<b>7. Teil: Formelle und materielle Rechtmäßigkeit von Maßnahmen</b>	<b>215</b>
A. Zuständigkeit, Verfahren, Form	215
I. Zuständigkeit	215
1. Sachliche, instantielle, örtliche Zuständigkeit	215
2. Originäre und subsidiäre Zuständigkeit	217
3. Aufgabenunterstützung durch Private	219
4. Vollstreckungszuständigkeit	220
5. Amtshilfe und Vollzugshilfe	222
II. Verfahren und Form	223
1. Vorkommen und Funktion von Verfahrens- und Formvorschriften	223
2. Behördenleitervorbehalte und Richtervorbehalte	226
3. Verwaltungsakt, Realakt und Prozesshandlung	229
4. Vollstreckungsvorschriften	232
B. Zentrale Tatbestandsvoraussetzungen	234
I. Gefahr	234
1. Gefahrbegriffe	234
a) Grundannahmen	234
b) Abstrakte Gefahr	235
c) Inhalt der Gefahrbegriffe	238
aa) Inhalt der Gefahrbegriffe aus polizeirelevanten Rechtsnormen	239
(1) Konkrete Gefahr	239
(2) Gegenwärtige Gefahr	239
(3) Erhebliche Gefahr	239
(4) Gegenwärtige erhebliche Gefahr	239
(5) Unmittelbare Gefährdung	240
(6) Gefahr für Leib oder Leben	240
(7) Gemeine Gefahr	240
(8) Dringende Gefahr	240
(9) Drohende Gefahr	241
(10) Gefahr im Verzug	241
bb) Gefahrpflichtigkeiten aus dem Schrifttum und aus Gerichtsentscheidungen	242
(1) Latente Gefahr	242
(2) Scheingefahr	242
(3) Anscheinsgefahr	242
(4) Gefahrverdacht	242
(5) Objektive oder subjektive Gefahr	243
cc) Weitere Diagnose- und Prognose-Begriffe aus Gesetzen und Gerichtsentscheidungen	244
2. Gehalt und Funktion des Gefahrbegriffs	244

II. Öffentliche Sicherheit und Ordnung	247
III. Tatverdacht	250
IV. Straftaten von erheblicher Bedeutung, schwere Straftaten, besonders schwere Straftaten	252
V. Kernbereich privater Lebensgestaltung	253
VI. Maßnahmenadressat	256
1. Inanspruchnahme im Gefahrenabwehrrecht	256
2. Verdächtiger, Beschuldigter, Betroffener, Zeuge	260
VII. Vollstreckungsvoraussetzungen	264
C. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	268
I. Entsprechung, Möglichkeit, Bestimmtheit	268
II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Maßnahmen	269
1. Maßnahmen im öffentlichen Straßenraum	269
a) Abschleppen	269
b) Verkehrskontrolle	270
c) Verkehrsregelung	270
d) Kontrollaktionen	271
2. Fahndungen	273
a) Fahndungsabfrage	273
b) Rasterfahndung	274
c) Kontrollstellen	276
d) Öffentlichkeitsfahndung	277
e) Schleierfahndung	278
f) Schleppnetzfangung	278
3. Observation und Dauerobservation	279
a) Kurzfristige und langfristige Observation	279
b) Dauerobservationen	280
4. Personenbezogene Informationsmaßnahmen	282
a) Erhebung von Personaldaten zur Gefahrenvorbereitung	282
b) IDF	282
c) ED-Behandlung	284
d) DNA-IDF	285
e) Polizeiliche Beobachtung	286
f) VE, VP, NoeP	287
g) Gefährderansprache, Gefährderanschreiben und Meldeauf- lage	290
5. Befragung und Vernehmung	291
6. Durchsuchung, Untersuchung, Durchsicht	295
a) Durchsuchungen	295
aa) Durchsuchungen zur Gefahrenabwehr	296
bb) Durchsuchungen zur Straf- oder Owi-Verfolgung	297
cc) Zweckvoraussetzungen bei strafprozessualen Durchsu- chungen	298
b) Untersuchung	299
c) Durchsicht	301
7. Sicherstellung und Beschlagnahme	302
a) Sicherstellung und Beschlagnahme im Strafprozess- und Owi-Recht	302
aa) Sicherstellung und Beschlagnahme zur Beweissiche- rung	302

bb)	Sicherstellung und Beschlagnahme wegen Verfalls- oder Einziehungsgründen	303
cc)	Beschlagnahme anlässlich einer Sicherheitsleistung	308
b)	Sicherstellung und Beschlagnahme im Gefahrenabwehrrecht	308
8.	Ingewahrsamnahme, Verbringung und Festnahme, Verhaftung	311
a)	Ingewahrsamnahme	311
b)	Verbringung	312
c)	Festnahme	312
aa)	§ 127 Abs. 1 Satz 1 StPO	312
bb)	§ 127 Abs. 2 StPO i.V.m. § 112 oder § 112a oder § 126a StPO	313
cc)	§ 127 Abs. 2 StPO i.V.m. § 126a StPO	317
dd)	§ 127b StPO	317
d)	Verhaftung	317
9.	Telekommunikationsauswertung und Telemedienauswertung	318
a)	Meldungsannahmen	319
b)	Telekommunikationsüberwachung im engeren Sinne	320
c)	Erhebung von Verkehrsdaten, technische Ermittlungsmaßnahmen bei Mobilfunkendgeräten, Bestandsdatenauskunft	322
aa)	Erhebung von Verkehrsdaten nach der StPO	322
bb)	Technische Ermittlungsmaßnahmen bei Mobilfunkendgeräten nach der StPO	324
cc)	Bestandsdatenauskunft nach der StPO und zur Gefahrenabwehr	324
d)	IP-Tracking	324
10.	Einsatz technischer Mittel	325
a)	Datenerhebung durch Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen	325
b)	Datenerhebung durch Einsatz technischer Mittel außerhalb von Wohnraum	326
c)	Datenerhebung bei öffentlichen Veranstaltungen und Ansammlungen	327
d)	Datenerhebung durch offenen Einsatz optisch-technischer Mittel	327
e)	Einsatz optischer-technischer Mittel bei Personen- und Fahrzeugkontrollen	328
f)	Automatisierte Kennzeichenerfassung	328
11.	Weiterverwendung erhobener Daten	329
a)	Zweckbindungsgebot	329
b)	Verwendung in Form der Übermittlung	329
c)	Dauer der Datenspeicherung	330
d)	Allgemeine und maßnahmenspezifische Weiterverwendungsregeln	330
e)	Verwendung rechtswidrig erlangter Daten	332
12.	Bewegungsbeschränkungen	333
a)	Vorladung	334
b)	Platzverweisung	334
c)	Aufenthaltsverbot	334
d)	Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot	335
e)	Rückführung von Kindern oder Jugendlichen	336

Inhaltsverzeichnis	17
13. Richtiges Zwangsmittel und Vollstreckungsanwendung	336
a) Richtiges Zwangsmittel	336
b) Ordnungsgemäße Vollstreckungsanwendung	338
III. Ermessen, Beurteilungsspielraum, Verhältnismäßigkeit	341
1. Ermessen	341
2. Beurteilungsspielraum	343
3. Verhältnismäßigkeit	344
<b>Literaturverzeichnis</b>	347
<b>Stichwortverzeichnis</b>	353

## 2. Teil: Rechtsstaat und Methode

### A. Rechtsstaatsprinzip

#### I. Rechtsgrundlagen des Rechtsstaatsprinzips

Der Rechtsstaat ist ein Staatsprogramm zur Vermeidung von unregelmäßigen, widersprüchlichen, willkürlichen Techniken, die spätestens bei ihrer regelmäßigen Anwendung auf wesentlich Gleiches zwingend zur Rechtswidrigkeit von staatlichem Verhalten führten. Zur Vermeidung rechtswidrigen Staatsverhaltens und zur Sicherung materieller Gerechtigkeit hat der Rechtsstaat ein gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG über demokratische Legitimationsketten vom Volk zu den Staatsorganen strukturiertes System gegenseitiger „checks and balances“ und weitere Verfahren eingerichtet. Im gewaltenverschränkten Rechtsstaat kommt es zwischen den Gewaltensystemen zu Interferenzen, wechselseitigen Interaktionen und konzertierten Aktionen<sup>14</sup> von Rechtslehre, Legislative, Rechtsprechung und Verwaltung. Das Rechtsstaatsprinzip als solches ist *expressis verbis* nicht im GG erwähnt. Laut Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG wirkt die BRD zur Verwirklichung eines vereinten Europas bei der Entwicklung der EU mit, die u.a. demokratischen, „rechtsstaatlichen“, sozialen und föderativen Grundsätzen verpflichtet ist. In Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG steht, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats i.S. des GG entsprechen muss. Das Rechtsstaatsprinzip ist eine aus einzelnen Sätzen der Verfassung und sie verbindenden Grundsätzen bestehende Leitidee des GG, die der Konkretisierung je nach den Umständen bedarf.<sup>15</sup> Es ergibt sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen von Art. 20 Abs. 3 GG (Gewaltenbindung), Art. 1 Abs. 3 GG (Bindung aller Staatsgewalten an die GR), Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsschutzgarantie), Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG (Homogenitätsgebot) sowie aus der Gesamtkonzeption des GG.<sup>16</sup>

Rechtsstaatsprinzip und freiheitliche demokratische Grundordnung weisen Überschneidungen auf: So hat das BVerfG die fdGO i.S. des Art. 21 Abs. 2 GG definiert als eine Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Das BVerfG hat zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung mindestens gerechnet: die Achtung vor den im GG konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.<sup>17</sup>

Ein Element des Rechtsstaatsprinzips schlechthin ist Vertrauen. Das beginnt schon bei der Forderung an den Staat, Sicherheit für die Menschen zu gewährleisten. Inso-

14 Hill/Martini: Normsetzung und andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, §34, Rn. 7, wo von einem gewaltenübergreifenden Handlungsverbund gesprochen wird.

15 BVerfGE 2, 380, Ls. 4, 5 (Haftentschädigung); BVerfGE 7, 89, 92 f. (Hamburgisches Hundesteuergesetz).

16 BVerfGE 2, 380, 403 (Haftentschädigung).

17 BVerfGE 2,1 (SRP-Verbot).

fern muss der Staat nicht nur Vertrauensschutz gewähren, sondern sein Bürger auch Schutzvertrauen haben.

## II. Gewaltenteilung

- 8 Der erste Satz des Rechtsstaatsprinzips steht in Art. 20 Abs. 3 GG: Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG unterteilt die gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG vom Volke ausgehende Staatsgewalt zur Ausübung durch besondere Organe in drei Untergewalten, nämlich die von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung. Die Staatsgewalt ist neben dem Staatsgebiet und dem Staatsvolk konstituierendes Element für einen Staat.<sup>18</sup> Die Polizei ist als Teil der vollziehenden Staatsgewalt unbedingt an Recht und Gesetz gebunden. Vollziehende Gewalt oder öffentliche Verwaltung oder Exekutive ist alles an staatlicher Tätigkeit, was nicht Gesetzgebung und Rechtsprechung ist.<sup>19</sup>
- 9 Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ist die funktionell und organisatorisch aufgeteilte Ausübung der gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG vom Volke ausgehenden Staatsgewalt durch die drei Organe von Legislative, Exekutive und Judikative gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 Fall 3 GG.<sup>20</sup> Das GG fordert nicht eine absolute Trennung, sondern die gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten in einer Art Gewaltenschranke. Keine Gewalt darf dabei ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben oder Zuständigkeiten entledigt werden.<sup>21</sup> Gegen das Gewaltenteilungsgebot würde von einer Staatsgewalt jedenfalls dann verstoßen, wenn sie im Kernbereich einer anderen Gewalt schwerwiegend oder mehrmals eigenmächtig aktiv wird. Bei der verwaltenden Staatsgewalt läge ein unzulässiger Eingriff etwa vor, wenn durch einen Eingriff in den Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung gleichsam an Stelle der Verwaltung mitverwaltet oder die interne Willensbildung ausgeforscht werden würde. Ob ein Eingriff unzulässig ist, entscheidet sich in einer Abwägung von Gewaltenteilungsprinzip, dem Staatswohl und Grundrechten Dritter.<sup>22</sup> Mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung ist es nicht vereinbar, wenn dieselbe Person in zwei Gewalten ein öffentlich-rechtliches Amt innehat, also etwa in einem bestimmten Gemeinwesen ein Amt inne hat und gleichzeitig der Vertretungskörperschaft desselben Gemeinwesens als Mitglied angehört; deshalb kann nach dem eine persönliche Gewaltenteilung gebietenden Inkompatibilitäts-Grundsatz ein Bundesbeamter nicht gleichzeitig dem Bundestag, ein Landesbeamter nicht dem Landtag und ein Gemeindebeamter nicht dem Rat der Gemeinde angehören.<sup>23</sup> Bundeskanzler und Bundesminister dürfen Abgeordnete sein. Regelungen zur Inkompatibilität finden sich auch in Art. 55 Abs. 1, 97 Abs. 1 S. 3, 137 Abs. 1 GG.
- 10 Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers frei von einem übermäßigen Hineinregieren einer anderen Staatsgewalt ist ein Faktor der Gewaltenteilung und damit des Rechtsstaatsprinzips. Eine Beschränkung oder gar ein Verbot richterlicher Rechts-

18 Nach der sog. Drei-Elemente-Lehre von *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 394 ff.

19 Subtraktionsmethode seit Grundlegung durch: *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, S. 7.

20 BVerfG, Ur. v. 02.06.2015 – 2 BvE 7/11 (Parlamentarisches Informationsrecht bei Einsatz der Bundespolizei), Rn. 104: „Grundsatz der Gewaltenteilung“ als „tragendes Funktions- und Organisationsprinzip“.

21 BVerfGE 95, 1, 15 (Südumfahrung Stendal).

22 BVerfGE 137, 185 (Informationsrechte des Bundestags über Behandlung von Rüstungsexporten im Bundessicherheitsrat).

23 BVerfGE 18, 172, 183 (Inkompatibilität/Oberstadtdirektor).

prüfung würde die Judikative im Kernbereich ihrer Gewaltkompetenz betreffen sowie das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG aushöhlen.<sup>24</sup> Unter dem Vorbehalt der Verfassungsbindung des parlamentarischen Gesetzgebers und der Voraussetzung tauglicher neuer Erwägungen besteht für die Legislative grds kein Normwiederholungsverbot, sodass die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG und die Rechtskraft normverwerfender verfassungsgerichtlicher Entscheidungen den Gesetzgeber nicht hindern, eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung zu beschließen.<sup>25</sup>

### III. Rechtssicherheit

Das Rechtsstaatsprinzip enthält als wesentlichen formellen Bestandteil die Gewährleistung der Rechtssicherheit. Rechtssicherheit verlangt nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluss, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist.<sup>26</sup> Methoden des rechtssicheren Abschlusses von Rechtsfindungsverfahren sind Fristen<sup>27</sup>, Rechtskraft von Urteilen<sup>28</sup> und Bestandskraft von VA<sup>29</sup>. **11**

Die Rechtskraft richterlicher Entscheidungen ist ein Faktor von Rechtssicherheit und damit des Rechtsstaatsprinzips.<sup>30</sup> Aus dem Postulat der Rechtssicherheit muss die grundsätzliche Rechtsbeständigkeit von Akten der öffentlichen Gewalt folgen.<sup>31</sup> Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG meint jedenfalls materielle Rechtskraftwirkung des jeweiligen Tenors<sup>32</sup> – nach in seiner Rechtsprechungsgeschichte überwiegender Meinung des BVerfG selbst auch der jeweilig tragenden, also für die Entscheidung maßgeblichen Entscheidungsgründe<sup>33</sup> – im Umfang des jeweiligen Entscheidungsgegenstandes. Stattgebende Kammerentscheidungen können wegen § 93c Abs. 1 BVerfGG interpretativ für in den Senatsentscheidungen geklärte Rechtsfragen herangezogen, aber selbst nicht innovativ wirken. Gesetzeskraft nach § 31 Abs. 2 BVerfGG meint subjektive Rechtskraftwirkung erga omnes, also für und gegen alle der deutschen Rechtshoheit Unterworfenen – dies in Rechtskraftenerweiterung und im Gegensatz zu den normalen subjektiven Grenzen materieller Rechtskraft aller anderen Gerichtsentscheidungen inter partes, also zwischen den am Verfahren Beteiligten.<sup>34</sup> Nach vom BVerfG geäußelter Meinung besitzt Gesetzeskraft gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG lediglich die im Entscheidungstenor enthaltene Feststel- **12**

24 BVerwGE 59, 213, 216.

25 BVerfGE 77, 84, 103 (Arbeitnehmerüberlassung); vgl. die Möglichkeit eines Normwiederholungsverbot bei verwaltungsgerichtlicher Nichtigerklärung einer untergesetzlichen Norm nach: BVerfGE 69, 112, 115 (Verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle); a.A. der Zweite Senat in älterer Rspr. von BVerfGE 1, 14, 37 (Südweststaat) und BVerfGE 69, 112, 115 (Gesetzlicher Richter).

26 BVerfGE 2, 380, Ls. 6 (Haftentschädigung).

27 BVerfGE 60, 253, 269 (Anwaltsverschulden).

28 BVerfGE 22, 322, 329 (Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Wiederaufnahme rechtskräftig durch Strafverfügung abgeschlossener Verfahren); BVerfGE 47, 146, 161 (Schneller Brüter).

29 BVerfGE 27, 297, 305 f. (Rechtsschutz im Wiedergutmachungsrecht).

30 BVerfGE 7, 194, 196 (Verfassungsmäßigkeit des § 26 Abs. 5 EStG 1957).

31 BVerfGE 15, 313, 319 (Rückwirkend begünstigende Steuervorschrift).

32 BVerfGE 104, 151, 197 (NATO-Konzept); BVerfGE 128, 326, 364 (EGMR Sicherungsverwahrung).

33 BVerfGE 1, 14, 37 (Südweststaat); BVerfGE 40, 88, 93 f. (Führerschein); BVerfGE 112, 268, 277 (Kinderbetreuungskosten); BVerfGE 104, 151, 197 (NATO-Konzept), mit Beschränkung auf die „streitgegenständliche Frage“.

34 *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, Teil 3, C.

lung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Gesetzes, wohingegen die Entscheidungsgründe nur der Auslegung des Tenors dienen können.<sup>35</sup>

- 13** Rückwirkende Änderungen von aus dem Verhalten von Staatsorganen resultierenden Ergebnissen können nach einem aus dem Rechtsstaatsprinzip grds folgenden Rückwirkungsverbot nur verfassungsrechtlich nicht verboten sein, wenn sie aus der Rechtssicherheit übergeordneten Belangen gerechtfertigt werden können. Bei der Beurteilung der Rechtfertigung müssen Art und Intensität der Rückwirkung und Art und Intensität des Rückwirkungsgrundes mit den Vertrauensschutzgesichtspunkten von Staat und Bürgern abgewogen werden. Die dem Rechtsstaatsprinzip immanente Rechtssicherheit erfordert, dass der Bürger staatliches Verhalten voraussehen, einschätzen und sein Verhalten danach rechtzeitig einrichten kann. So soll er sich grds darauf verlassen können, dass der Gesetzgeber nicht nachträglich ändernd in abgeschlossene, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift, sodass die Rechtsfolgen für einen vor der Verkündung liegenden Zeitpunkt eintreten würden (echte Rückwirkung). Der Bürger soll sich grds darauf verlassen können, dass staatliches Recht nicht auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Tatbestände einwirkt und damit Rechtspositionen nachträglich entwertet (unechte Rückwirkung).<sup>36</sup> Staatliches Recht entfaltet eine grds unzulässige echte Rückwirkung oder Rückbewirkung von Rechtsfolgen, wenn der Beginn seines zeitlichen Anwendungsbereiches auf einen Zeitpunkt festgelegt wird, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm gültig geworden ist. Eine grds zulässige unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung liegt vor, wenn nicht der zeitliche, sondern sachliche Anwendungsbereich einer Norm betroffen ist und die Rechtsfolgen staatlichen Rechts erst nach dessen Verkündung eintreten, der Tatbestand aber Sachverhalte erfasst, die bereits vor Verkündung begonnen wurden.<sup>37</sup> I.d.R. kann sich der Bürger nicht auf staatliche Regelungen verlassen, wenn er mit Neuigkeiten rechnen muss<sup>38</sup>; wenn die bisherige Rechtslage unklar und verworren ist<sup>39</sup>; wenn die rückwirkend zu ändernde Regelung nichtig ist<sup>40</sup>; allgemein wenn überwiegende Gründe des Allgemeinwohls eine Rückwirkung rechtfertigen<sup>41</sup>. Die angesichts der Rechtssicherheit und ihr widerstreitenden Belangen vorzunehmende Abwägung kann im Rahmen einer VMH-Prüfung des rückwirkenden staatlichen Verhaltens erfolgen, und zwar je nach Rechtsnatur des Verhaltens entweder im Prüfungsfeld der RGL oder im Prüfungsfeld der materiellen Rechtmäßigkeit der auf der RGL beruhenden Maßnahme.
- 14** Rechtsstaatlichkeit ist nicht nur Rechtssicherheit und damit formale Gerechtigkeit, sondern auch materiell richtige Rechtsfindung und damit materielle Gerechtigkeit. Beide siamesischen Seiten des Rechtsstaatsprinzips müssen im Rechtsstaat nicht immer völlig gleichauf laufen. Liegen formale und materiale Gerechtigkeit im Einzelfall nicht gleichauf, so ist es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, den Konfliktfall unter Beachtung übergeordneter rechtsstaatlicher Aspekte aufzulösen. Ge-

35 BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 27.06.2014 – 2 BvR 429/12 (Vereinbarkeit des Verbots der Veröffentlichung von Anklageschriften vor der Hauptverhandlung gemäß. § 353d Nr. 3 StGB mit dem GG) = BVerfG, NJW 2014, 2777.

36 So die Terminologie des Ersten Senats des BVerfG, zB in: BVerfGE 30, 367, 386 (Bundesentschädigungsgesetz); BVerfGE 101, 239, 263 f. (Stichtagsregelung); BVerfGE 103, 392, 403 (Freiwillig versicherte Selbständige).

37 So die Terminologie des Zweiten Senats des BVerfG, z.B. in: BVerfGE 63, 343, 353 (Rechtshilfevertrag), 72, 200, 240 f. (Einkommensteuerrecht); BVerfGE 127, 1 (Spekulationsfrist).

38 BVerfGE 13, 261, 272 (Rückwirkende Steuern).

39 BVerfGE 72, 200, 259 (Einkommensteuerrecht).

40 BVerfGE 19, 187, 196 (Rückwirkung von Steuergesetzen).

41 BVerfGE 72, 200, 260 (Einkommensteuerrecht).

schiebt die Lösung ohne Willkür, kann das staatliche Verhalten nicht als rechtsstaatswidrig bezeichnet werden.<sup>42</sup> Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz gilt also nicht ausnahmslos. Der Bürger kann sich insbesondere auf Vertrauensschutz als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips dann nicht berufen, wenn Vertrauen auf den Fortbestand einer bestimmten Rechts- oder Gesetzeslage sachlich nicht gerechtfertigt ist.<sup>43</sup>

Bei der Beurteilung der Frage, wieviel Vertrauen sachlich gerechtfertigt ist, kommt wie überall im Recht die Abwägung von situativen Gegebenheiten zum Tragen, die sich auf die Beurteilung von Rechten, Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen auswirken kann. Einen Beleg für die Abwägung je nach Konfliktfall bietet das Urteil des BVerfG zum Mauerschützenprozess, wo es im Leitsatz 1a) seiner Entscheidung das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG als „absolut“, im Leitsatz 2 als strikt bezeichnet und in Leitsatz 3 für den konkreten Konfliktfall zwischen zu verurteilendem Unrecht und formalem, verfassungsrechtlichem Rückwirkungsverbot entscheidet, dass der „strikte Schutz von Vertrauen“ dann „zurücktreten“ müsse, wenn für den Bereich „schwersten kriminellen Unrechts“ die Strafbarkeit durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen war und über die geschriebenen Normen hinaus durch solches Unrecht „die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte“ in schwerwiegender Weise missachtet wurden.<sup>44</sup> **15**

#### IV. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Ein wesentliches materielles Element des Rechtsstaatsprinzips enthält das Prinzip der VHM. Das VHM-Prinzip besagt, dass jede staatliche Maßnahme, jedes staatliche Mittel oder Verhalten von Staatsorganen zu einem legitimen Zweck geeignet und für diesen legitimen Zweck erforderlich sowie angemessen im Verhältnis zum legitimen Zweck, also verhältnismäßig im engeren Sinne sein muss. Legitim ist ein Zweck, wenn er als solcher verfolgt und erreicht werden darf. Geeignet ist eine staatliche Maßnahme dann, wenn der mit ihr verfolgte legitime Zweck zumindest teilweise gefördert werden kann.<sup>45</sup> Erforderlich ist eine staatliche Maßnahme dann, wenn es keine mildere und gleich wirksame Maßnahme gibt, mit welcher der legitime Zweck unter vergleichbarem Aufwand erreicht werden kann.<sup>46</sup> Angemessen oder verhältnismäßig im engeren Sinne ist eine staatliche Maßnahme dann, wenn der mit ihr verfolgte Zweck nicht erkennbar nachteilig außer Verhältnis zu ihren sonstigen Auswirkungen steht.<sup>47</sup> **16**

Der auch in der VHM-Dogmatik virulente Unterschied zwischen den drei Staatsgewalten besteht darin, dass die gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an die Verfassung gebundene Legislative in der Ablehnung, Auswahl, Handhabung und Gestaltung von legitimen Zwecken und Mitteln von Verfassung wegen eine weitere Zwecksetzungskompetenz und einen weiteren Beurteilungs-, Einschätzungs- und Wertungsspielraum<sup>48</sup> hat als Exekutive und Judikative. Exekutive und Judikative sind gemäß Art. 20 Abs. 3 **17**

42 BVerfGE 3, 225, 237 f. (Gleichberechtigung).

43 BVerfGE 13, 261, 271 (Rückwirkende Steuern).

44 BVerfGE 95, 96 (Mauerschützen).

45 BVerfGE 77, 84, 108 (Arbeitnehmerüberlassung); BVerfGE 96, 10, 23 (Räumliche Aufenthaltsbeschränkung).

46 BVerfGE 30, 292, 316 (Erdölbevorratung); BVerfGE 115, 166, 197 f. (Kommunikationsverbindungsdaten).

47 BVerfGE 67, 157, 178 (G10); BVerfGE 102, 197, 220 (Spielbankengesetz Baden-Württemberg).

48 BVerfGE 15, 126, 147 (Staatsbankrott); BVerfGE 53, 135, 145 (Schokoladenosterhase); BVerfGE 105, 17, 36 (Sozialpfandbriefe).

GG an das Recht und an das vor allem durch die Legislative gegebene Gesetz gebunden. Bei der Legislative sind insbesondere die Legitimität des Zwecks und die Geeignetheit nur dann nicht anzunehmen, wenn die Zweckuntauglichkeit des legislativen Verhaltens evident ist.<sup>49</sup> Auch Erforderlichkeit und Angemessenheit sind nur bei einer die bloße Zweifelhaftigkeit übersteigenden, klaren Erkennbarkeit des Missverhältnisses verfehlt.<sup>50</sup>

## V. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes

- 18** Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ist die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und sind die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Aus der in Art. 20 Abs. 3 GG enthaltenen rechtsstaatlichen Methode der Gesetzmäßigkeit allen staatlichen Verhaltens ergeben sich die Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. Das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes besagt, dass bestehende Gesetze angewendet werden müssen und dass staatliches Verhalten nicht gegen Gesetze verstoßen darf. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes besagt, dass staatliches Verhalten nicht ohne Gesetz erfolgen darf. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes besagt genauer, dass sich ein Verhalten des Staates und auch seiner Verwaltung auf ein Gesetz, auf eine gesetzliche Regelung zurückführen lassen muss. So sagt das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes noch nichts darüber aus, ob immer oder wann eine gesetzliche Regelung und wie konkret die Regelung in welcher Art Gesetz sein muss. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes ist auch ein Grundsatz, weil es Ausnahmen kennt: So gibt es faktisch nur einen Teilvorbehalt, denn es stehen nicht wirklich alle, also etwa auch alle den Bürger rein begünstigenden Maßnahmen, unter Gesetzesvorbehalt. Im Bereich der Leistungsverwaltung gilt der Vorbehalt des Gesetzes grds nicht, es sei denn, dass er ausdrücklich angeordnet ist.<sup>51</sup> Z.B. steht in § 31 SGB I, der mit „Vorbehalt des Gesetzes“ überschrieben ist: „Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuchs dürfen nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt.“ Der in richtiger Terminologie also eigentlich Teilvorbehalt zu nennende Vorbehalt des Gesetzes lässt sich als Teilvorbehalt durch die Genese des GG historisch belegen: Der durch den vom 10. bis 23.08.1948 tagenden Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee erstellte „Chiemseer Entwurf“ des GG „für einen Bund deutscher Länder“ sah im IX. Abschnitt über die Gesetzgebung folgenden Art. 101 vor: „Jede Ausübung der Staatsgewalt bedarf der Grundlage im Gesetz. Rechte und Pflichten der Bürger können nur durch Gesetz begründet werden. Auch der Bundeshaushalt wird durch Gesetz festgestellt.“ Solch ein ausdrücklicher, allgemeiner Totalvorbehalt wurde dann aber vom verfassungsgebenden Gesetzgeber eben an keiner Stelle in das GG übernommen.
- 19** Das GG stellt den Vorbehaltsgundsatz selbst vereinzelt auf, so in den Artt. 24 Abs. 1, 59 Abs. 2, 87 Abs. 1 S. 2, Abs. 3, 110 Abs. 2 GG, oder auch in Art. 80 GG. Je wesentlicher eine staatliche Maßnahme für das Staatsganze oder die Ausübung von GR ist, desto eher erstarkt der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes zu einem Parlamentsvorbehalt.<sup>52</sup> Wesentliche Maßnahmen und ihre Voraussetzungen müssen

49 So bei BVerfGE 55, 159, 165 ff. (Falknerjagdschein).

50 Vgl. BVerfGE 77, 84, 106 (Arbeitnehmerüberlassung).

51 BVerwGE 90, 112, 126.

52 BVerfGE 47, 46, 79 (Sexualkundeunterricht); BVerfGE 49, 89, 126 (Kalkar I); BVerfGE 108, 282, 311 (Kopftuch).

im Parlamentsgesetz selbst geregelt sein. Der Parlamentsvorbehalt verhindert, dass der parlamentarische Gesetzgeber nur noch Generalklauseln verwendet oder die Regelungsbefugnisse durch entsprechende Ermächtigungen zum Erlass von Verordnungen oder Satzungen auf die Verwaltung überträgt und sich trotzdem rein formalistisch auf die Rückführbarkeit der zu regelnden Maßnahme berufen kann. Solche rein formal vermittelte Rückführbarkeit würde faktisch bedeuten, dass über wesentliche Maßnahmen nicht der Gesetzgeber, sondern doch allein die Verwaltung entscheidet.

Der Vorbehalt des Gesetzes ist nicht zu verwechseln mit Einschränkungsmöglichkeiten bei GR, die das GG aufführt und die – einfache oder qualifizierte – Gesetzesvorbehalte genannt werden. **20**

## VI. Bestimmtheitsgebot

Das aus Art. 20 Abs. 3 GG vermittelt aus Rechtsstaatsprinzip, Gesetzmäßigkeitsprinzip und Vorbehalt des Gesetzes abgeleitete Bestimmtheitsgebot konkretisiert den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes dahingehend, dass der Gesetzgeber alles Wesentliche nicht nur selbst oder auf ihn selbst rückführbar, sondern dies auch bestimmt genug regeln muss. Das Bestimmtheitsgebot besagt, dass der Gesetzgeber Anlass, Gegenstand, Inhalt, Zweck und Ausmaß von Eingriffen hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzuschreiben hat<sup>53</sup>. Es soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über GR-Eingriffe und deren Reichweite selbst ausdrücklich in Gesetzestexten trifft, dass der Bürger sich bei Bestimmtheit und Klarheit der Gesetzesnormen auf staatliches Verhalten einstellen kann, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können.<sup>54</sup> **21**

Eine Rechtsnorm kann etwa als hinreichend bestimmt oder jedenfalls genügend bestimmbar gelten, wenn unter Ausschöpfung aller Auslegungsansätze ihr Zweck aus dem Gesetzestext i.V.m. den Materialien verdeutlicht werden kann; dabei kann es ausreichen, wenn sich der Gesetzeszweck „aus dem Zusammenhang“ ergibt, in dem der Text des Gesetzes zu dem zu regelnden Lebensbereich steht.<sup>55</sup> Mit einem Bestimmtheitsgebot verbundene Hoffnungen maximaler ausdrücklicher Regelungspräzision wären fehlgeleitet.<sup>56</sup> Im Gegenteil kann ein nicht als Bestimmbarkeitsgrundsatz und unbedingt verstandenes Bestimmtheitsgebot eine Tendenz zu unübersichtlicherer Kasuistik, deshalb erhöhter Änderungsbedarfe und dadurch mehr Rechtsunsicherheit mangels Flexibilität und Elastizität der Rechtsnormen<sup>57</sup> hervorrufen. Rechtsnormen können und dürfen nicht nur bestimmt sein, sondern müssen auch möglichst klar, versteh-, ausleg- und anwendbar sein.<sup>58</sup> Der Gesetzgeber ist **22**

53 Frühe Rspr. bei: BVerfGE 8, 274, 325 (Preisgesetz).

54 BVerfGE 120, 378, 407 (Automatisierte Kennzeichenerfassung).

55 BVerfG, NJW 1984, 419, 424 (Volkszählungsgesetz).

56 *Neumann*, Vorsorge und Verhältnismäßigkeit, S. 196, geht bzgl des Bestimmtheitsgebots von einer trügerischen Hoffnung und einem verbreiteten Missverständnis aus; *Möstl*, DVBl. 2007, S. 581, 586 f.: „Die Anforderungen aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot sollten nicht überspannt werden; die gerade in jüngerer Zeit verstärkte Tendenz des BVerfG, die Bestimmtheitsanforderungen an Vorfeldtatbestände noch einmal höher zu schrauben, weist in eine dogmatische Sackgasse.“

57 *Schwacke*, Juristische Methodik mit Technik der Fallbearbeitung, S. 46 f.

58 Zur Unterscheidung von Klarheit und Bestimmtheit: *Möstl*, DVBl. 2007, S. 581, 585; „Es ist nicht sicher, ob mit immer größerer Bestimmtheit und Detailgenauigkeit (und das heißt auch: größerer Länge und Un-

gehalten, die Gesetze so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu regelnden Lebenssachverhalts unter Berücksichtigung des Regelungszwecks möglich ist – und die Gerichte haben die Entscheidungssituation und Möglichkeiten des Gesetzgebers zu respektieren.<sup>59</sup>

Weil die Eigenschaft der materiell gebotenen Bestimmtheit einem Rechtsakt wie einer gesetzten Rechtsnorm oder einem VA oder einem sonstigen Verhalten erst nach Abwägung aller formellen und materiellen Aspekte unter Berücksichtigung der real-materialen Umfeldbedingungen abschließend attestiert werden kann, ist die Prüfung dieser Qualität final in dem Prüfungsfeld der materiellen Rechtmäßigkeit vorzunehmen.

## B. Rechtsstaatliche Methode

### I. Methoden der Fallbearbeitung

- 23** Rechtsstaatlichkeit und Rechtsmethodik bedingen und erfordern einander. Rechtsmethodik ist eine Funktion des Rechtsstaats. Dem Recht des Rechtsstaatsprinzips muss eine bestimmte Methode der Herangehensweise bei der Fallbearbeitung entsprechen. Methode<sup>60</sup> ist der systematisch bereite Weg, der zum juristischen Ziel der fallweisen Endbearbeitung in Form von Entscheidungen führt. Fallbearbeitung ist jede praktische wie theoretische Arbeit anlässlich eines Sachverhaltes vor, während und nach dem Fall. Fallbearbeitung ist Gegenstand, Wirkungskreis und Zielpunkt der Arbeit aller rechtsstaatlichen Akteure. Fallbearbeitung vollzieht sich durch Rechts- und Gesetzesanwendung über Normenfindung und Rechtserkenntnis mit Rechtsgewinnung bis hin zur Rechtsverwirklichung.<sup>61</sup> Selbst für taktikaffinere Polizeifachgebiete wie die polizeiliche Einsatzlehre ist das Recht unabdingbare Grundvoraussetzung und notwendige Bedingung, insbesondere bei der dort vorzunehmenden Beurteilung der Lage in den Lagefeldern Auftrag und Recht. Überhaupt jede polizeiliche Taktik hat i.S. der Einheit von Taktik und Recht dem Recht zu folgen – nicht umgekehrt.<sup>62</sup> Rechtsfreie Räume und rechtsanwendungsfreie Räume<sup>63</sup> darf es nicht geben. Für die erfolgreiche Fallbearbeitung müssen immer juristische Grundbedingungen und Denkgesetze<sup>64</sup> beachtet werden. Die rechtsstaatliche Methodik zur Fallbearbeitung ist die wissenschaftliche. Wissenschaft ist die Erforschung und Lehre von wahren Aussagen.<sup>65</sup> Aussagen sind in Sätzen enthalten. Rechtssätze enthalten Aus-

---

übersichtlichkeit) von Normen dem rechtsstaatlichen Ziel der Vorhersehbarkeit und Klarheit wirklich ein guter Dienst erwiesen ist.“; *Pieroth/Schlink/Kriesel*: Polizei- und Ordnungsrecht, § 10, Rn. 3, wonach etwas Klares unbestimmt und etwas Unklares bestimmt sein kann.

59 Vgl. *Rüthers*, NJW 2011, S. 1856–1858.

60 Aus dem Griechischen *méthodos*, zu Deutsch: Weg.

61 Vgl. zu den – hier in eine idealtypische qualitativ-evolutive Stufenfolge gebrachten – unterschiedlichen semantischen Gehalten der verschiedentlich verwendeten Ausdrücke: *Vogel*, Juristische Methodik, S. 95.

62 Vgl. zur Einheit von Taktik und Recht anhand eines realen Beispiels: *Basten*, Die Polizei 2012, S. 150, m.w.N.; vgl. auch *Schmidt/Neutzler*, Einsatzlehre, S. 23.

63 Vgl. zu dem Verbot rechtsanwendungsfreier Räume auch die PDV 100, Nr. 1.1.

64 Zu der Anforderung einer Ausrichtung der Fallbearbeitung an den Gesetzen des Denkens und der Erfahrung: BGHSt 10, 208 (Beweiswürdigung). Für die Gesetze des Denkens und der Erfahrung bei der Feststellung von Tatsachen: BGHSt 6, 70, 72 (Blutgruppengutachten); für die Gesetze des Denkens und der Erfahrung bei der Beweiswürdigung: BVerfG, Beschl. v. 27.06.1994 – 2 BvR 1269/94 (Feststellung der absoluten Fahruntüchtigkeit bei 1,1 Promille Blutalkoholgehalt) = BVerfG, NJW 1995, 125 f.

65 Statt aller – hier verträglich zusammengeführten – wissenschaftstheoretischen Lesarten vgl. nur aus der Praxis der Rechtswissenschaft: BVerfGE 35, 79, 113 (Hochschulurteil).

sagen darüber, was man tun soll. Rechtsaussagesätze enthalten Aussagen zu den Rechtssätzen. Rechtssätze entspringen Rechtsquellen, Rechtsaussagesätze Rechtserkenntnisquellen.<sup>66</sup> Rechtsaussagesätze sollen also alle die Sätze sein, die Aussagen über das Recht treffen, ohne selbst Rechtsnorm zu sein.<sup>67</sup> Idealtypisch werden die Aussageninhalte von Rechtssätzen in Rechtsregeln und Rechtsprinzipien unterteilt: Rechtsregeln beinhalten Rechtsfolge-Anordnungen und werden unter Beachtung von Anwendungsregeln bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen mit ihren Rechtsfolgen definitiv angewendet oder nicht angewendet.<sup>68</sup> Im Recht enthalten Regelungen immer mindestens ein Gebot, ein Verbot oder eine Erlaubnis, ohne imperativische Form haben zu müssen, wobei meist Gebot, Verbot oder eine Erlaubnis in der Rechtsnorm als Rechtssatz positiv ausgesprochen oder ausgeschrieben sind oder sich zumindest immer als logische Kehrseite aus dem Rechtssatz konkludent ergeben können.<sup>69</sup> Rechtsprinzipien beinhalten ideale Zielvorstellungen und werden unter Beachtung von tatsächlichen Gegebenheiten und anderen Rechtsprinzipien möglichst optimal angewendet.<sup>70</sup> Was die Jurisprudenz zur Wissenschaft macht, ist das intersubjektiv nachprüfbar Untersuchen und Vermitteln von Sollenssätzen und Sollensaussagesätzen anhand eines anerkannten Wissensbestandes und tradierter Methoden, um mit ihnen zu widerspruchsfreien Ergebnissen zwecks regelnder Bearbeitung realer Fälle zu gelangen.

Gegenstand der Fallbearbeitung sind Rechtsnormen als kleinste strukturelle Systemeinheit der Rechtsordnung. Rechtsnormen entspringen unmittelbar den Rechtsquellen und mittelbar den Rechtserkenntnisquellen. Das Wort von der Norm stammt vom Lateinischen *norma* ab, was – bevor es sich mit Regel oder Vorschrift übersetzen ließ – soviel wie Winkelmaß, Richtschnur, Maßstab bedeutete, also Handwerkszeug bezeichnete.<sup>71</sup> Durch legislativen Erlass des § 31 BVerfGG haben die dort genannten gerichtlichen Entscheidungen über ihre Rechtserkenntnisquelleneigenschaft hinausgehende qualitative Anteile als Rechtsquellen und entfalten beschränkte Bindungskraft.<sup>72</sup> **24**

Die logischen Verknüpfungen und Beziehungsfolgerungen zwischen Rechtssätzen und Rechtsaussagesätzen werden von der sog deontischen Logik als Logik von Normen, Werten und normativen Entscheidungen untersucht. Satzverbindungen werden in der Grammatik Junktionen, bezogen auf die Verbindungszeichensprache der Logik Junktoren genannt und treten in PoLG zumeist als „und“ (Konjunktion), als einschließendes „oder“ (Adjunktion) sowie als „wenn, dann“(Konditional)-Formulierungen auf, etwa in der Art, dass etwas die Folge ist oder sein kann, wenn etwas gegeben ist. Wenn etwas sinngemäß „genau dann“ der Fall ist oder sein kann, falls etwas gegeben ist, dann handelt es sich logisch um Äquivalenz. Gesetze sind Rechtssatzzusammenfassungen für einen bestimmten Lebensbereich. Die rechtsstaatlichen Akteure können für die Fallbearbeitung nicht auf ein einziges spezielles Gesetz für den Polizeibereich zurückgreifen, sondern müssen mehrere, grds gleichrangige Gesetze aus Gefahrenabwehrrecht und Strafprozess- sowie Owi-Recht beachten. **25**

66 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4, Rn. 4, „Form und Inhalt sind zu unterscheiden. Durch die Rechtsquellen entstehen der Form nach Rechtssätze und dem Inhalt nach Rechtsnormen. [...] Die Rechtssätze entsprechen den Rechtsquellen. [...] Form und Inhalt bedingen sich.“

67 Jestaedt, Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, S. 45, m.w.N.

68 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

69 Schwacke, Juristische Methodik, S. 3.

70 Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

71 Stowasser/Petschenig/Skutsch, Stowasser, S. 337.

72 Vgl. Bydliński, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, S. 116–147.

Weil diese Gesetze bereichsübergreifend logische Beziehungen zueinander haben, müssen sie auch zusammen untersucht werden, um aus ihnen die richtigen logischen Schlüsse für ein einheitliches Recht der Polizei und die Fallbearbeitung zu ziehen.

- 26** Die Logik wird insbesondere für Geisteswissenschaften wie denen von den Rechten ergänzt durch die Interpretation von Texten als hermeneutisches Verfahren. Hermeneutik<sup>73</sup> ist eine allgemeine Aufgabe und Arbeitsmethode von Geisteswissenschaftlern.<sup>74</sup> Sie wird zum Auffinden und zum Verstehen eines zu betrachtenden Gegenstandes verwendet und findet sich bspw. in der Philosophie, in der Bibelexegese der Theologie, in der Philologie, in den Literatur- und Sozialwissenschaften, in der geschichtswissenschaftlichen Quellenuntersuchung und eben in den Rechtswissenschaften. In den Rechtswissenschaften findet die Hermeneutik ihr Hauptfeld in der klassischen juristischen Auslegung.
- 27** Rechtsdogmatik ist die Lehre und Praxis von der folgerichtigen Anwendung des Rechts zur Erlangung von gültigen, entscheidungsfördernden Rechtssätzen und Rechtsaussagen für Rechtsnormen.<sup>75</sup> In vollständiger Rechtsdogmatik bedingen und begünstigen sich Logik und Systematik, Topik<sup>76</sup> und Rhetorik einander<sup>77</sup>, allesamt Techniken der Wahrheitsfindung, die in der Wissenschaft vom Recht Verwendung erfahren. Rechtsdogmatik und Rechtsstaat sind methodische Geschwister im Geiste.
- 28** Tradierte, bekannteste und anerkannteste Technik der Rechtserkenntnis ist die juristische Methodenlehre. Sie hat als Kanon der Auslegung die Auslegungsansätze nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck und der Historie der Rechtssätze zum Inhalt.<sup>78</sup> Die Auslegung vollzieht sich nach beiden Seiten des Gesetzes und des Lebenssachverhalts<sup>79</sup>, also logisch auf beiden Satzebenen der juristischen Grundtechnik der Subsumtion.<sup>80</sup> Bei der Subsumtion handelt es sich um ein Denkmodell der formalen Logik, dem syllogistischen Schlussverfahren. Wenn und weil das syllogistische Schlussverfahren in der Rechtswissenschaft geschieht, nennt man es dort auch Justizsyllogismus. Die Syllogistik ist die Theorie der gültigen Schlussätze (Konklusionen) aus Vordersätzen (Prämissen). Ein gültiger Schluss heißt deshalb gültig, weil er in einem logisch richtigen, formgültigen Schlussverfahren

73 Vom Griechischen ἐρμηνεύειν, hermeneuein: übersetzen, erklären, deuten, interpretieren.

74 Zur hermeneutischen Methode: Balzer, Die Wissenschaft und ihre Methoden, S. 299–312; grundlegend zur Hermeneutik allgemein: Gadamer, Wahrheit und Methode; für die Fachwissenschaft des Rechts: Seiffert, Hermeneutik – Die Lehre von der Interpretation in den Fachwissenschaften, S. 17–34.

75 Zum – umstrittenen – Begriff der Rechtsnorm: Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, § 4.

76 Aus dem Altgriechischen τόπος: Ort, Platz, Stelle; im Lateinischen: locus communis: Gemeinplatz, allerdings nicht in einem abwertenden Sinne, sondern i.S. eines umfassenden, auffindbaren Platzes für die Allgemeinheit, vgl. Stowasser/Petschenig/Skutsch, Stowasser, S. 298 f. Aristoteles, Topik I 1, 100b18 ff.; Viehweg, Topik und Jurisprudenz; Struck, Topische Jurisprudenz. Zur Topik als Technik des „per omnes locos tractare“: Zippelius, Juristische Methodenlehre, § 14 I: „Für sie haben die Alten das Bild gebraucht, dass man gleichsam Tür für Tür abklopfte, ob sich etwas herauslocken lasse.“

77 Walter, Kleine Rhetorikschule für Juristen, S. 148 f.

78 Grundlegend: Savigny, System des heutigen römischen Rechts, § 33, dort mit ausdrücklicher Nennung von grammatischer, logischer, historischer, systematischer Auslegung.

79 Vgl. zum „Hin- und Herwandern des Blickes“ zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt: Engisch, Logische Studien zur Gesetzes-Anwendung, S. 13 ff.

80 Vom Lateinischen subsumere, subsum (esse), zu Deutsch: unterlegen, darunter sein; aber auch metaphorisch und damit auf das interpretative Element in der Subsumtion bereits etymologisch hinweisend: dahinter sein, -stecken, versteckt sein, verborgen sein, nahe sein, in der Nähe sein, bevorstehen, vorgehanden sein, siehe: Stowasser/Petschenig/Skutsch, Stowasser, S. 490.