

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 49

Der Mißbrauch von Grundrechten

Von

Dr. Hans-Ullrich Gallwas



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

HANS-ULLRICH GALLWAS

Der Mißbrauch von Grundrechten

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 49

Der Mißbrauch von Grundrechten

Von

Dr. Hans-Ullrich Gallwas



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Vorwort

Wer gemäß dem Gebot des Grundgesetzes die Grundrechte als „unmittelbar geltendes Recht“ behandelt, sieht sich vor einer Vielzahl theoretischer und praktischer Probleme. Das hat seinen Grund vor allem in der unzureichenden rechtstechnischen Präzision der Grundrechts-Formulierungen.

Besondere Schwierigkeiten erwachsen aus den Unzulänglichkeiten der geschriebenen Eingriffsvorbehalte. Erscheinungen wie die Lehre von den „immanenten Schranken“ oder die Bemühungen um das „Vorverständnis“ der Grundrechte sprechen in diesem Zusammenhang eine ebenso beredte Sprache wie die Versuche des Bundesverfassungsgerichts zur Bindungsseite der Berufsfreiheit.

Alle Bestrebungen, die Eingriffsvorbehalte im Wege des Interpretierens auszuformen und zu ergänzen, nehmen dem verbrieften Recht einen Teil seiner Evidenz und gehen im letzten zu Lasten der Freiheit. Daß sich dadurch Gefahrenherde bilden, läßt sich nicht bestreiten.

Die verschiedenen Probleme, die sich aus der Unzulänglichkeit der Grundrechts-Formulierungen ergeben, sollen hier aus einem Aspekt betrachtet werden, den man bisher nur gelegentlich und auch dann nur andeutungsweise in Erwägung gezogen hat. Es wird versucht, die methodisch im wesentlichen gesicherte Lehre vom Rechtsmißbrauch für das Verständnis des Grundrechtsverhältnisses nutzbar zu machen. Das Ergebnis ist nichts anderes als eine Variante des allgemeinen Mißbrauchsgedankens.

Die Arbeit geht auf eine Dissertation gleichen Titels zurück, die die Juristische Fakultät der Ludwigs-Maximilians-Universität, München, im Jahre 1961 angenommen hat. Literatur und Rechtsprechung lieferten inzwischen eine Fülle neuer Gesichtspunkte. Sie haben zu Änderungen und zu Ergänzungen geführt. Im wesentlichen decken sich die Ergebnisse mit denen der Dissertation. Die wenigen Abweichungen sind jeweils in Fußnoten angezeigt.

Den Anstoß zur Behandlung dieses Themas gab mir Herr Prof. Dr. Peter Lerche. Die Dissertation hat Herr Prof. Dr. Theodor Maunz betreut. Ihnen habe ich für Rat und Förderung zu danken. Dank schulde ich auch meinem Kollegen, Herrn Dr. Ekkehard Schumann, der diese Veröffentlichung anregte, und nicht zuletzt Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die Aufnahme der Arbeit in seine Schriftenreihe.

München, den 22. April 1967

Hans-Ullrich Gallwas

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Die Lehre vom Rechtsmißbrauch und die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes	11
1. Abschnitt: Die Lehre vom Rechtsmißbrauch	11
§ 1 Der Rechtsmißbrauch im Zivilrecht	11
§ 2 Der Rechtsmißbrauch im öffentlichen Recht	13
2. Abschnitt:	17
I. Die Anwendbarkeit des Mißbrauchsgedankens auf die Grundrechte des Grundgesetzes	17
§ 3 Ausgangspunkt und Motivation	17
§ 4 Einwendungen gegen die Übertragung der Mißbrauchslehre auf die Grundrechte	19
1. Die Anwendbarkeit des Mißbrauchsgedankens im Staats- recht	19
2. Speziellere Einwendungen	21
II. Die Möglichkeiten des Grundrechtsmißbrauchs	31
§ 5 Der mißbrauchbare Inhalt der Grundrechte	31
§ 6 Die Mißbrauchsrichtungen	32
III. Das Kriterium des Grundrechtsmißbrauchs	33
§ 7 Die erforderlichen und hinreichenden Merkmale eines Grund- rechtsmißbrauchs	34

Zweites Kapitel

Mißbrauchstatbestände bei Grundrechten des Bonner Grundgesetzes	37
§ 8 Vorbemerkung	37
1. Abschnitt: Die erste Mißbrauchstypen: Grundrechtsausübung unter Ver- letzung vorrangiger Interessen eines anderen Grundrechtsträgers	38
I. Zur prinzipiellen Anwendbarkeit dieser Mißbrauchstypen	38
§ 9 Allgemeines	38
II. Der Katalog vorrangiger Interessen eines anderen Grundrechts- trägers	40
1. Verfassungsrechtlich geschützte Interessen	40

§ 10 Die Unantastbarkeit der Menschenwürde	40
§ 11 Der Gleichheitssatz	42
§ 12 Die Sozialstaatsklausel	47
2. Andere rechtlich geschützte Interessen	49
§ 13 Strafrechtlich geschützte Interessen	49
§ 14 Zivilrechtlich geschützte Interessen	52
2. <i>Abschnitt</i> : Die zweite Mißbrauchstyp: Grundrechtsausübung unter Verletzung vorrangiger Interessen der Allgemeinheit	66
I. Zur prinzipiellen Anwendbarkeit dieser Mißbrauchstyp	66
§ 15 Allgemeines	66
II. Katalog der vorrangigen Interessen der Allgemeinheit	73
§ 16 Der physische Bestand	73
§ 17 Die Öffentliche Sicherheit und Ordnung	75
§ 18 Das Sittengesetz	79
§ 19 Die Selbstbestimmung	84
3. <i>Abschnitt</i> : Die dritte Mißbrauchstyp: Grundrechtsausübung unter Verletzung schutzwürdiger Interessen der staatlichen Gewalten	87
I. Zur prinzipiellen Anwendbarkeit dieser Mißbrauchstyp	87
§ 20 Allgemeines	87
II. Der Katalog der schutzwürdigen Interessen der staatlichen Gewalten	90
§ 21 Die Sicherung der Existenz	90
§ 22 Die Sicherung der staatlichen Grundnorm	91
§ 23 Die Sicherung der Funktionsfähigkeit	94
<i>Drittes Kapitel</i>	
Die rechtlichen Folgen des Grundrechtsmißbrauchs	
99	
1. <i>Abschnitt</i> : Allgemeine Folgen	99
I. Ausgangspunkt	99
§ 24 Allgemeines	99
II. Die Mißbrauchsreaktionen der einzelnen staatlichen Gewalten	102
§ 25 Mißbrauchsreaktionen der Legislative	102
§ 26 Mißbrauchsreaktionen der vollziehenden Gewalt	105
§ 27 Mißbrauchsreaktionen der richterlichen Gewalt	111
2. <i>Abschnitt</i> : Die besonderen Mißbrauchsfolgen des Grundgesetzes	116
§ 28 Vorbemerkung	116

1. Unterabschnitt: Die Grundrechtsverwirkung	118
A. Die materiell-rechtliche Seite	118
I. Der Tatbestand	118
§ 29 Die Mißbrauchshandlung	118
§ 30 Der Mißbrauchstäter	121
II. Die Rechtsfolge	121
1. Der Verwirkungsbegriff des Art. 18 GG	121
§ 31 Deutungsmöglichkeiten	121
a) Punktueller Verwirkungsverständnis	122
b) Generelles Verwirkungsverständnis	123
c) Kombiniertes Verwirkungsverständnis	125
§ 32 Die Auslegungskriterien	125
§ 33 Die Vereinbarkeit des generellen Verwirkungsverständnisses mit Art. 1 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 GG	132
§ 34 Der Charakter der Sanktion des Art. 18 GG	134
2. Die Ausmaßbestimmung nach Art. 18 GG	135
§ 35 Die Notwendigkeit einer Ausmaßbestimmung	135
§ 36 Die Ausmaßbestimmung und die verwirkbaren Grundrechte ..	137
§ 37 Die Ausmaßbestimmung und die nicht verwirkbaren Grund- rechte	138
§ 38 Die Intensität der Ausmaßbestimmung	141
§ 39 Die Dauer der Aberkennung	143
§ 40 Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei der Ausmaßbestim- mung	145
III. Die Sperrwirkung des Art. 18 GG	146
§ 41 Die Sperrwirkung des Tatbestandes	146
§ 42 Die Sperrwirkung des Entscheidungsmonopols	148
§ 43 Das Verhältnis des Art. 18 GG zu den Grundrechten der Lan- desverfassungen	153
B. Die verfahrensrechtliche Seite	154
§ 44 Die Eröffnung des Verwirkungsverfahrens	154
§ 45 Die prozessuale Natur der Verwirkungsentscheidung	157
§ 46 Die einstweilige Anordnung im Verwirkungsverfahren	158
2. Unterabschnitt: Vereinigungsverbot, Parteiverbot	161
§ 47 Das Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG	161
§ 48 Das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG	162

3. Unterabschnitt: Das wechselseitige Verhältnis von Verwirkung, Vereinigungsverbot und Parteiverbot	167
§ 49 Das Verhältnis zwischen Vereinigungsverbot und Verwirkung	167
§ 50 Das Verhältnis zwischen Parteiverbot und Vereinigungsverbot	169
§ 51 Das Verhältnis zwischen Parteiverbot und Verwirkung	169
Thesen	173
Literaturverzeichnis	177
Sachverzeichnis	187

Erstes Kapitel

Die Lehre vom Rechtsmißbrauch und die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes

Erster Abschnitt

Die Lehre vom Rechtsmißbrauch

§ 1 Der Rechtsmißbrauch im Zivilrecht

Die Lehre vom Rechtsmißbrauch gehört heute zum sicheren Bestand zivilrechtlicher Theorie und Praxis¹.

Ihr Ausgangspunkt liegt in folgender Erkenntnis: Die unvermeidlich abstrakt-typische Formulierung der Rechtssätze kann zu einer Divergenz zwischen dem scheinbaren und dem wahren Inhalt eines Rechts führen. Der Bereich der vom Wortlaut einer Norm erfaßten Tatbestände geht unter Umständen weiter als der Bereich der Tatbestände, die wirklich unter die Norm fallen². Zwischen dem Anschein eines Rechts, wie ihn der eindeutige oder bereits ausgelegte Wortlaut einer Norm ergibt, und dem eigentlichen Rechtsinhalt entsteht auf diese Weise eine Inkongruenz. Handlungen, die in diesen Inkongruenzbereich fallen, erweisen sich als nur scheinbare Rechtsausübung, in Wahrheit hat man es mit einem „Handeln ohne Recht“ zu tun³.

Erste Voraussetzung für die Feststellung eines Mißbrauchsfalles ist somit, daß einem konkreten Verhalten der Anschein einer gesetzlichen Berechtigung zur Seite steht. Zur Begründung dieses Scheins genügt die Berufung auf eine vertretbare Rechtsauffassung nicht⁴. Vielmehr muß es sich um eine Rechtsausübung in der Weise handeln, daß das Verhalten alle normgemäßen Tatbestandsmerkmale aufweist, die gemäß der Regel

¹ Siebert, Soergel-Siebert, Vor § 226, RdNr. 12 ff., S. 755 f.; § 242, RdNr. 110 ff., S. 836 ff.; Weber, Treu und Glauben, RdNr. D 19 ff., S. 748 ff.; Nastelski, RGRK, § 242, RdNr. 117 ff., S. 796 ff. *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil, 2. Halbbd., S. 1441; Larenz, Schuldrecht, Allg. Teil, S. 111.

² Siebert, aaO., Vor § 226, RdNr. 12, S. 755; ders. Rechtsmißbrauch, S. 19 f.

³ Siebert, Verwirkung, S. 74, 139.

⁴ Siebert, Soergel-Siebert, Vor § 226, RdNr. 5, S. 754.

zu einer bestimmten Rechtsfolge führen. Es besteht hier gewissermaßen ein logischer Automatismus zwischen erfülltem Tatbestand und zugeordneter Rechtsfolge. Eine Rechtsnorm kann freilich nur dann in diesem Sinne funktionieren, wenn nicht zu dem tatbestandsmäßigen Verhalten weitere Umstände hinzutreten, die das gesamte Verhalten als Verstoß gegen einen höher- oder gleichrangigen Rechtssatz erscheinen lassen, sei es, daß dieser Rechtssatz bisher unformuliert geblieben ist, sei es, daß ihm der systematische Zusammenhang mit der einschlägigen Norm fehlt.

Um den Automatismus zwischen Tatbestand und zugeordneter Rechtsfolge zu unterbrechen, um also im konkreten Fall eine Inkongruenz zwischen Rechtsschein und Rechtsinhalt aufzudecken, gilt es, einen Widerspruch sichtbar zu machen; und zwar ist darzulegen, daß, was die Formulierung der berechtigenden Norm an sich erlaubt, im speziellen Fall durch eine mindestens gleichrangige Norm verboten ist⁵. Denn ein Gesetzgeber, der einem Normadressaten ein bestimmtes Verhalten erlaubt und ihm zugleich das gegenteilige Verhalten abverlangte oder gar abverlangen müßte, kann sich auf die Verbindlichkeit seiner Normen nicht berufen. Er würde sich außerhalb des logisch Möglichen bewegen⁶.

Die Denkfigur des Rechtsmißbrauchs setzt demnach weiter voraus, daß die Macht des Gesetzgebers nicht absolut, sondern gebunden verstanden wird und daß die Organe, denen die Anwendung der Gesetze übertragen ist, nicht nur als Subsumtionsautomaten tätig werden, sondern als Hüter sowohl des geschriebenen wie auch des ungeschriebenen Rechts. Normen, an die auch der Gesetzgeber gebunden ist, findet die zivilrechtliche Mißbrauchslehre vor allem in den Grundsätzen, die sich aus den Generalklauseln von „Treu und Glauben“ und der „guten Sitten“ ableiten lassen, aber auch in dem Prinzip, daß der Gesetzgeber sich nicht mit seinem eigenen Willen in Widerspruch setzen darf, indem er Rechte einräumt, die auch wider ihren Zweck und wider ihre Funktion ausgeübt werden dürften⁷.

Eine exakte Trennungslinie zwischen dem Bereich des Rechtsscheins und dem des Rechtsinhalts ist damit allerdings nicht gezogen. Im Hinblick auf die vielfältigen Möglichkeiten der Rechtsausübung einerseits und auf die natürlichen Erkenntnisgrenzen des Gesetzgebers andererseits ist dies auch schlechterdings ausgeschlossen⁸. Wohl aber öffnet sich

⁵ Zu den verschiedenen Arten der Widersprüche vgl. *Engisch*, Einführung, S. 156.

⁶ Vgl. *Nawiasky*, Allg. Rechtslehre, S. 142.

⁷ Vgl. *Siebert*, *Soergel-Siebert*, § 242, RdNr. 115, S. 838, mit weiteren Nachweisen. Über den allgemeineren Zusammenhang von Rechtsmißbrauch und „allgemeinem Rechtsbewußtsein“ vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 320 f.

⁸ Vgl. *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, S. 106 f.

hier ein Raum für fortschreitende Erkenntnis und Profilierung dessen, was „Treu und Glauben“, die „guten Sitten“ und „die Funktion und der Zweck einer Rechtsnorm“ gebieten.

Auch einen *numerus clausus* entsprechender Maximen kann es nicht geben, denn die genannten Begriffe enthalten ja gerade keine festen, vorgefaßten Maßstäbe, sondern — nach einer Formulierung *Wieackers*⁹ — eben nur ein „Bekenntnis des Gesetzgebers“, sie verweisen auf „eine elementare rechtsethische Anforderung“, nämlich „auf die Rechtstugenden des Wohlverhaltens, der Verlässlichkeit und der Loyalität“¹⁰.

Der Rechtsmißbrauch, das „Handeln ohne Recht“, führt dazu, daß die regelmäßige Wirkung des mißbrauchten Rechts, die vorgesehene Rechtsfolge, ausbleibt¹¹. Der mit der Mißbrauchshandlung bezweckte Erfolg entfällt, und zwar allein auf Grund des Schrittes über die Grenze der rechtlichen Gewährung¹². Einer besonders normierten Ausübungsschranke bedarf es insoweit nicht. Nur dort, wo ein Mißbrauchsfall zugleich rechtswidriges Verhalten im technisch juristischen Sinne sein soll, ist eine entsprechende gesetzliche Vorschrift erforderlich. „Handeln ohne Recht“ und „rechtswidriges Handeln“ sind verschiedene Kategorien¹³.

§ 2 Der Rechtsmißbrauch im öffentlichen Recht

Die Lehre vom Rechtsmißbrauch ist in ihren Grundzügen auch im öffentlichen Recht anerkannt. Sie wurde mit dem Treu- und Glaubensprinzip übernommen¹⁴.

Zur Rechtfertigung der Übertragung dieses von Haus aus schuldrechtlichen Rechtsgrundsatzes in das öffentliche Recht entwickelte das Reichsgericht die Theorie des „allgemeinen Rechtsgedankens“. Danach wird eine in einem bestimmten Rechtsgebiet ausgeprägte Rechtsregel ihres

⁹ Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 20, FN. 39.

¹⁰ Vgl. den Katalog von Maximen und Anwendungsfällen bei *Siebert*, *Soergel-Siebert*, § 242, RdNr. 124 ff., S. 840 ff., sowie bei *Hefermehl*, ebda, § 138, RdNr. 13 ff., 47 ff., 67 ff., S. 477, 488 ff., 496 ff., *Weber*, *Treu und Glauben*, RdNr. D 48 ff., D 83 ff., S. 756 ff., 765 ff.

¹¹ *Siebert*, *Verwirkung*, S. 74.

¹² Vgl. *Siebert*, *Verwirkung*, S. 100; *ders.*, *Soergel-Siebert*, Vor § 226, RdNr. 20 f., S. 757 f.; *Weber*, *Treu und Glauben*, RdNr. D 69, S. 763.

¹³ *Siebert*, *Verwirkung*, S. 100; *ders.*, *Soergel-Siebert*, Vor § 226, RdNr. 23, S. 758; *Weber*, *Treu und Glauben*, RdNr. D 71, S. 763.

¹⁴ Vgl. *Forsthoff*, *Verwaltungsrecht*, § 9, S. 162 ff.; *Wolff*, *Verwaltungsrecht I*, § 41 I c, S. 219; *v. Turegg-Kraus*, *Verwaltungsrecht*, S. 21; *Siebert*, *Soergel-Siebert*, § 242, RdNr. 49 ff., S. 821 ff.; *Weber*, *Treu und Glauben*, RdNr. A 68 ff., S. 21 ff.; *BVerwGE* 5, 136 (139 f.); 6, 204 (205); 7, 54 (56).