

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 75

**Die Bindung des Gesetzgebers an  
das Grundrecht des Art. 2 I GG  
bei der Verwirklichung einer  
„verfassungsmäßigen Ordnung“**

**Eine Untersuchung über die Rechtsprechung  
des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 I GG**

Von

**Ernst Hesse**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**ERNST HESSE**

**Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des  
Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer „verfassungsmässigen Ordnung“**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 75**

**Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht  
des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung  
einer „verfassungsmässigen Ordnung“**

**Eine Untersuchung über die Rechtsprechung  
des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 I GG**

**Von**

**Dr. Ernst Hesse**



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1968 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**  
**D 6**

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	11
<b>I. Gegenstand der Untersuchung</b> .....	11
<b>II. Stellungnahme zu verschiedenen im Schrifttum angewendeten Methoden zur Bestimmung des Begriffs „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 2 I GG</b> .....	18
1. Systematische Wortinterpretation .....	18
2. Die materielle Bestimmung des Begriffs „verfassungsmäßige Ordnung“ mit Hilfe von „Klauseln“ .....	20
3. Bestimmung des Begriffs „verfassungsmäßige Ordnung“ vom Thema des Grundrechts her .....	21

### *Erstes Kapitel*

#### **Die Freiheitsseite des Art. 2 I GG — sein Verständnis als Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit**

<b>I. Der Wortlaut des Art. 2 I GG als Anhaltspunkt für seine Auslegung</b>	24
<b>II. Bedenken gegen die Zugrundelegung eines philosophischen „Personalismus“ in Art. 2 I GG</b> .....	26
<b>III. Das „Leerlaufen“ eines im Sinne der Persönlichkeitskerntheorie verstandenen Art. 2 I GG neben Art. 1 I GG</b> .....	29
<b>IV. Überprüfung des gefundenen Ergebnisses anhand der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1 GG</b> .....	30

### *Zweites Kapitel*

#### **Zur Problematik der Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte — unter besonderer Berücksichtigung des Art. 2 I GG**

<b>I. Die Grundrechte als aktuelles objektives Recht und als subjektive Rechte — die Bindungswirkung des Art. 1 III GG</b> .....	32
--	----

II. Einwände gegen die unmittelbare Bindungswirkung und den Grundrechtscharakter des Art. 2 I GG .....	33
1. Art. 1 III GG — lediglich eine „Vermutung“ für die Grundrechtsaktualität? .....	33
2. Zur Widerlegung dieser Vermutung für Art. 2 I GG .....	34
a) Der Einwand ungewöhnlicher Dehnbarkeit und Vagheit der Formulierung des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) .....	34
b) Die Darstellung der Freiheitsrechte als „Ausgrenzungen“ — kein geeignetes Mittel zur Widerlegung des Vagheitseinwandes .....	35
III. Aktuelle Bindungswirkung der Grundrechte als „Leitsätze“ — Verständnis der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG .....	37

### *Drittes Kapitel*

#### **Zu dem Versuche, die gesetzgebende Gewalt bei der Verwirklichung einer „verfassungsmäßigen Ordnung“ an die Freiheitsrechte „außerhalb von Art. 2 I GG selbst“ zu binden**

I. Die Verschiedenheit der Themata der Freiheitsrechte — einschließlich des Art. 2 I GG — das entscheidende Hindernis für ein solches Vorgehen .....	48
1. Art. 2 I GG — das Grundrecht einer thematisch umfassenden allgemeinen Handlungsfreiheit .....	49
2. Das Verhältnis der Grundrechtsgewährleistungen des Art. 2 I GG zu denen der Einzelfreiheitsrechte .....	52
a) Das lediglich passive Mitbetroffensein des Art. 2 I GG in seinem durch die Einzelfreiheitsrechte verdeckten Anwendungsbereich und die Vorrangigkeit der Geltungsanordnungen der Einzelfreiheitsrechte in den ihnen zugewiesenen Lebensbereichen ..	53
b) Die effektive Anwendbarkeit und die selbständige Bedeutung des Art. 2 I GG als Auffangrecht für „Innominatfreiheiten“ bei thematischem Versagen der Einzelfreiheitsrechte .....	60
II. Die Schrankensystematik der Freiheitsrechte — ein weiteres Hindernis, dem Art. 2 Abs. 1 GG materielle Inhalte über die Einzelfreiheitsrechte zuzuführen .....	62
1. Die Eigenständigkeit des Begriffs der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 2 Abs. 1 GG in dessen effektivem Anwendungsbereich als Auffangrecht für Innominatfreiheiten .....	62

2. Die notwendige Passivität und Unselbständigkeit der Grundrechtsschranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 2 I GG in dessen durch die Einzelfreiheitsrechte überdeckten Anwendungsbereich .....	68
--	----

*Viertes Kapitel*

**Versuch der Interpretation der Freiheitsrechte und Freiheitsrechts-Schranken von ihrer Funktion her**

I. Das Verständnis der Freiheitsrechte im sozialen Rechtsstaat — die Bedeutung der Sozialstaatsklausel für die Grundrechtsinterpretation	71
1. Problematik .....	71
2. Freiheitsrechte und Sozialstaat — die Frage ihrer Verbindung zum sozialen Rechtsstaat .....	73
a) Zur Lehre Forsthoffs und Kleins von dem antinomischen Gegensatz zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat .....	73
b) Die Überwindung des Gegensatzes von Rechtsstaat und Sozialstaat durch eine verbindende Interpretation .....	77
aa) Die negative Funktion der Freiheit — Abwehr gegen Übergriffe staatlicher Gewalt .....	82
bb) Die positive Funktion der Freiheitsrechte — Teilhabe an der Gestaltung des Gemeinwesens .....	86
II. Die Sozialbindung der Freiheitsrechte — ihre Bedeutung für das Verständnis der Grundrechtsschranken .....	87
1. Die Grundrechtsschranken — dem Grundrecht immanente Schranken .....	87
2. Die Bedeutung der geschriebenen Grundrechtsschranken .....	90
a) Die Grundrechtsschrankenvorbehalte als Kompetenznormen für gesetzgeberische „Eingriffe“ nach dem herkömmlichen Eingriffs- und Schrankendenken .....	90
b) Die Grundrechtsschranken — lediglich Maßgaberahmen für die gesetzgeberische Konkretisierung der Freiheit nach der Immanenzklausel .....	91
aa) Zum Wesen gesetzgeberischer Betätigung im Grundrechtsbereich .....	91
bb) Die Grundrechtsschrankenvorbehalte — Maßgaberahmen für die Gesetzgebung .....	94
α) Die grundrechtsimmanenten Schranken .....	94

β) Die Bedeutung der geschriebenen Grundrechtsschranken nach der Immanenzlehre .....	95
γ) Sozialstaatsklausel und Grundrechtsschrankenvorbehalte .....	96
δ) Zur Unterscheidung von „Einschränkungen“ der Freiheitsrechte von deren „immanenten Schranken“ .....	97
ε) Unterschiedliche immanente Schranken einzelner Freiheitsrechte .....	98
ζ) Wegfall der Unterscheidung von „Einschränkungsvorbehalten“, „Regelungsvorbehalten“ und immanenten Schranken — Exkurs über die Bedeutung für die Anwendung von Art. 19 I und Art. 19 II GG .....	100
III. Die Herstellung der Relation von Freiheit und Bindung durch Abwägung der beteiligten Verfassungsrechtsgüter .....	101
1. Der Immanenzgedanke — lediglich formales und ausfüllungsbedürftiges Schema .....	101
2. Güterabwägung und Verhältnismäßigkeitserfordernis beim Messen der gesetzgeberischen Regelungen am Freiheitsrechtsleitsatz des Art. 2 I GG selbst .....	102
IV. Zur Freiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung von Inhalt und Grenzen der Grundrechte — gesetzgeberisches „Ermessen“ .....	107

### *Fünftes Kapitel*

#### **Die thematische Abgrenzung des Art. 2 I GG von den Einzelfreiheitsrechten und das Messen freiheitsbegrenzender Gesetze an dem Grundrecht selbst — Schlußfolgerungen**

I. Das Grundrecht des Art. 2 I GG in der Verfassungsbeschwerde .....	111
1. Die prozessuale Überlastung des Grundrechts des Art. 2 I GG nach der „Elfes“-Entscheidung (BVerfGE 6, 32 ff.) .....	111
2. Die einzelnen Fälle .....	113
a) Art. 2 I GG als prozessuales Rügerecht für alle formellen Verfassungsverstöße .....	113
b) Art. 2 I GG als prozessuales Rügerecht selbst bei unmittelbarer Verletzung dritter Einzelfreiheitsrechte .....	113
c) Art. 2 I GG als prozessuales Rügerecht bei grundrechtsfernen Normenkollisionen im thematischen Bereich von Einzelfreiheitsrechten .....	117
d) Art. 2 I GG als prozessuales Rügerecht in Fällen der Verletzung von Grundrechten Dritter bei gleichzeitigem Betroffensein des Verfassungsbeschwerdeführers .....	119

II. Materiell-rechtliche Schlußfolgerungen und Auswirkungen in der  
Rechtsprechung zu Art. 2 I GG ..... 123

**Schrifttumsverzeichnis** ..... 129



# Einleitung

## I. Gegenstand der Untersuchung

Mit der vorliegenden Arbeit wird der Versuch unternommen, unter besonderer Berücksichtigung der grundlegenden grundrechtsdogmatischen Untersuchung Häberles<sup>1</sup> die — nach der Auffassung des Verfassers — in einen Wandel begriffene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG), insbesondere zum Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ seiner Schrankentrias<sup>2</sup> auf eine einheitliche und durchgehende Tendenz zu untersuchen und damit zu der langjährigen Diskussion zu dem Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ in der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG beizutragen.

Es ist immer wieder versucht worden, dem Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ mit Hilfe von Definitionen einen faßbaren Gehalt abzugewinnen<sup>3</sup>. Alle Versuche, den Begriff in irgendeiner Weise zu definieren, um mit Hilfe subtiler Wortfassung seinen wesentlichen Inhalt zu bezeichnen, müssen aber allein aus dem Grunde von zweifelhaftem

---

<sup>1</sup> Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, Karlsruhe 1962.

<sup>2</sup> Vgl. zunächst stellvertretend für die noch zu untersuchende Rechtsprechung das Urteil vom 5. 8. 1966 — 1 BvF 1/61 —, NJW 66, 1651 (Nichtigkeit des Sammlungsgesetzes).

<sup>3</sup> Vgl. im einzelnen: Nipperdey, GR IV/2 S. 793; v. Mangoldt-Klein, K, S. 182; Scheuner, VVDStRL 11, 21: „die wesentlichen Verfassungsgrundsätze“; BGHSt 4, 385 (395); 7, 394 (402): „elementare Verfassungsgrundsätze und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts“; OVG Münster, JZ 51, 276 (278): „Grundsätze, von denen das Grundgesetz ausgeht“; ähnlich H. Peters, Das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 49: „Grundlagen unseres Verfassungslebens“ ders., Laun-Festschrift 1953, S. 676: „die Ordnung, auf der das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit basiert“; Krüger, BB 53, 565: „Grundsätze des Grundgesetzes“ (ebenso Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 65); E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. I S. 662: „Prinzipien des geschriebenen und des ungeschriebenen Verfassungsrechts, die für die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik wesensbestimmend sind“; weiter gefaßt ist dagegen der Begriff bei Laufke, Festschrift für Heinrich Lehmann Bd. I S. 176: „nicht nur die allgemeinsten tragenden Strukturprinzipien unseres Verfassungsrechts, zu denen insbesondere auch die sog. Sozialstaatsklausel des Art. 20 GG zu rechnen ist, sondern darüberhinaus die staatliche Grundordnung in ihren wesentlichen Rechtssätzen“ (ähnlich Wintrich, Apelt-Festschrift, S. 6); Uber, Freiheit des Berufs, S. 52: „Gesetze der Gemeinschaft“; vgl. im übrigen die Nachweise bei Nipperdey, GR IV/2, S. 803.

Werte sein, weil der Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ seinerseits nur einen Versuch des Verfassungsgebers darstellt, diejenige Ordnung zu definieren, die die Freiheit des Individuums in das soziale Ganze einordnet und damit diese Freiheit selbst begrenzt. Folgerichtig ist der Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 2 I GG deshalb auch naturgemäß vielen Auslegungen zugänglich; klarer als der zu definierende Begriff kann aber wohl auch eine Definition nicht sein.

Zur Beleuchtung der Problematik seien zunächst zwei einander extrem gegenüberstehende Auffassungen zum Inhalt des Begriffs „verfassungsmäßige Ordnung“ dargestellt:

Das Bundesverfassungsgericht hatte es im sog. „Investitionshilfe-Urteil“<sup>4</sup> noch dahingestellt bleiben lassen, ob Art. 2 I GG im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit oder als Garantie der persönlichen Freiheit nur in einem „Kernbezirk“ der Person zu verstehen sei.

Im sog. „Elfes-Urteil“<sup>5</sup> hat es dann den Art. 2 I GG als das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit ausgelegt, und es hat diese Auffassung auch in seiner weiteren Rechtsprechung zu Art. 2 I GG beibehalten<sup>6</sup>.

Zugleich hat es auch auf der *Bindungsseite* des Art. 2 I GG eine Erweiterung vorgenommen und für den Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ im „Soweit“-Satz des Art. 2 I GG die folgende Formulierung geprägt:

„Verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG ist die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d. h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind“.<sup>7</sup>

Das Gericht hat es für erforderlich gehalten, das im Sinne der allgemeinen Handlungsfreiheit verstandene Grundrecht des Art. 2 I GG durch einen allgemeinen Verfassungsvorbehalt zugunsten *jedes* verfassungsmäßigen Gesetzes zu begrenzen. Diese Auffassung, nämlich daß eine Erweiterung des Grundrechts auf der Freiheitsseite folgerichtig auch zu einer entsprechenden Erweiterung auf der Bindungsseite des Grundrechts, und zwar zu einem allgemeinen Verfassungsvorbehalt zur Folge haben müsse, wird auch im Schrifttum vertreten<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> BVerfGE 4, 7 (15).

<sup>5</sup> BVerfGE 6, 32 ff.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 7, 89 (92); 7, 111 (119); 8, 274 (328); 9, 3 (11); 9, 83 (88); 10, 89 (99); 10, 354 (363); 12, 341 (347).

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 6, 32 (Leitsatz 3).

<sup>8</sup> *Coing*, BB 54, 141: „Ist die garantierte freie Entfaltung der Persönlichkeit die allgemeine Handlungsfreiheit, so steht sie auch grundsätzlich unter dem Vorbehalt des einfachen Gesetzes“; ebenso v. Mangoldt, K, S. 47 und in der 2. Aufl. v. *Mangoldt-Klein*, K, S. 182.

Dabei muß der Terminus „der Verfassung gemäß“, wie es das Bundesverfassungsgericht in einer seiner jüngsten Entscheidungen<sup>9</sup> klar gestellt hat, so verstanden werden, daß das einschränkende Gesetz „formell und inhaltlich mit der Verfassung (*außerhalb*<sup>10</sup> des Art. 2) voll vereinbar sein (vgl. dazu BVerfGE 6, 32 (36 ff., bes. 41) muß“.

Man wird daher dieses Verständnis des Passus „der Verfassung gemäß“ der gesamten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ zugrundelegen müssen. Diese Klarstellung ist, soweit ersichtlich, in der gesamten Rechtsprechung des Gerichts nur noch einmal, nämlich vom Zweiten Senat, vorgenommen worden<sup>11</sup> mit der Formulierung:

„Art. 2 I GG könnte nur dann verletzt sein, wenn das Reugeldgesetz in den Kernbereich der persönlichen Freiheit eingriffe . . ., oder wenn es eine freiheitsbeschränkende Regelung enthielte, die aus anderen (also *außerhalb*<sup>12</sup> des Art. 2 liegenden) Gründen der verfassungsmäßigen Ordnung widerspricht (vgl. BVerfGE 6, 32 (41)).“

Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muß grundsätzlich so verstanden werden, daß die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes nicht an dem Grundrecht des Art. 2 I GG selbst zu messen ist<sup>13</sup>.

Gegen dieses Verständnis des Verhältnisses von Grundrecht und grundrechtsbegrenzenden Gesetz wird eingewandt, es verurteile das Grundrecht zum „Leerlaufen“<sup>14</sup> und wandle es in den bloßen Vorbehalt des Gesetzes um<sup>15</sup>. Tatsächlich bestehen Bedenken gegen eine Auffas-

<sup>9</sup> BVerfGE 17, 306 (313), sog. Mitfahrerzentralen-Urteil.

<sup>10</sup> Kursiv v. Verf.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 9, 137 (146).

<sup>12</sup> Kursiv vom Verf.

<sup>13</sup> *Ehmke*, VVDStRL 20, 84, beruft sich für seine abweichende Meinung zu Unrecht auf Äußerungen des Gerichts, nach denen es einen „letzten unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit (gibt), der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“ (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]). Diese Formulierung findet sich außer in den von *Ehmke* herangezogenen auch noch in weiteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. (Vgl. BVerfGE 8, 274 [329]; 9, 137 [146]; 17, 232 [251]) und kann, was insbesondere die Formulierung in BVerfGE 9, 146 zeigt, nicht anders verstanden werden, als daß damit der Kernbereich (Wesensgehalt) des Art. 2 I GG bezeichnet sein soll, der keinerlei Eingriffen der öffentlichen Gewalt ausgesetzt sein dürfe, während im übrigen Art. 2 I GG selbst nicht Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit des in Betracht stehenden Gesetzes ist.

<sup>14</sup> Gegen das Elfes-Urteil (Bd. 6, 32 ff.) z. B. *Schätzler*, NJW 57, 819; *Hamann*, BB 57, 231; *ders.*, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 88; *Peters*, Das Recht, S. 20, 22, 23; *Rupp*, NJW 65, 994; *Wintrich*, Zur Problematik, S. 28, weist zu Recht daraufhin, daß dieser Einwand, wenn für Art. 2 I GG, auch für diejenigen Grundrechte erhoben werden müßte, die unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt stehen, z. B. Art. 2 II GG.

<sup>15</sup> *Krüger*, NJW 55, 203.