

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 156

**Der Freiheitssatz
des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz**

Libertätsrechte und Vermutung für den
Kernbereich der Freiheitsrechte

Von

Dr. jur. Helmut Schulz-Schaeffer

Regierungsdirektor in Hamburg



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

HELMUT SCHULZ-SCHAEFFER

Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 156

Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz

Libertätsrechte und Vermutung für den
Kernbereich der Freiheitsrechte

Von

Dr. jur. Helmut Schulz-Schaeffer
Regierungsdirektor in Hamburg



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 02451 6

Meinem Vater

**o. Prof. Dr. jur. *Rudolf Schulz-Schaeffer*
der sich frühzeitig für den Schutz konkreter
privater Persönlichkeitsrechte eingesetzt hat**

Inhaltsverzeichnis

§ 1 <i>Einleitung</i>	11
-----------------------------	----

Erster Teil

Rechtliche Grundlagen	14
------------------------------	-----------

§ 2 <i>Persönliche Rechtsstellung und subjektives Recht</i>	14
---	----

1. Die persönliche Rechtsstellung
- Der status negativus enthält persönliche Rechtsstellungen, deren Verletzung subjektive Rechte entstehen läßt.
2. Das rechtsschutzbewehrte Interesse
- Die persönliche Rechtsstellung des status negativus setzt voraus, daß das materielle Recht für den Fall der Verletzung einen klagbaren Anspruch vorgesehen hat.

§ 3 <i>Der Rechtsbegriff der Freiheit</i>	20
---	----

1. Die unbegrenzte natürliche Freiheit als Rechtsbedingung
- Die Willkür als solche ist gestaltlos und kann daher den Umfang einer persönlichen Rechtsstellung nicht bezeichnen. Naturzustand und Rechtsordnung sind unvereinbare Bezugssysteme
2. Die Freiheit im liberalen, formalen Rechtsstaat
- Carl Schmitts* These von der prinzipiell unbegrenzten Freiheit ging von inhaltlich abgegrenzten Freiheitsrechten und von einem Staat aus, der weder prinzipiellen materiell-rechtlichen Bindungen unterlag noch eine soziale Gestaltungsfunktion hatte
3. Handlungsfreiheit als inhaltliche Qualität rechtlicher Freiheit ..
- Das Recht zu beliebigem Handeln ist inhaltliche Qualität einer vom Recht abgegrenzten Rechtsstellung. Daß eine Handlung nicht verboten und deshalb erlaubt ist, besagt auch angesichts des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch nichts darüber, ob bezüglich dieser Handlung nur eine tatsächliche Chance oder eine durch die Verwaltung verletzbar, persönliche Rechtsstellung besteht.

§ 4 <i>Der Freiheitssatz als rechtsethische Generalklausel</i>	31
--	----

1. Das Rechtsprinzip des Art. 2 I GG
- Art. 2 I GG verweist auf Gebote der Ethik, deren Nichtbeachtung

	als unerträglich empfunden wird und die deshalb als rechts-ethische Normen Bestandteil eines offenen Rechtssystems sind.	
2.	Der Schutz des Kernbereichs personaler Freiheit	34
	Er beschränkt sich nicht auf die „höhere Sphäre des Menschlichen“, sondern schließt das Mindestmaß an Unabhängigkeit und Bewegungsfreiheit ein, das unser heutiges Lebensgefühl fordert.	
3.	Die Abgrenzung gegen einen abstrakten Verfassungs- und Gesetzesvollziehungsanspruch	38
	Rechtsreflexe, denen die allgemeine Rechtsordnung ohne Verstoß gegen rechtsethische Postulate des Freiheitsschutzes die Zuordnung zur Rechtssphäre des Individuums versagt, können nicht über Art. 2 I GG zu persönlichen Rechtsstellungen werden. Die Überdehnung der Freiheitsposition aus Art. 2 I GG bringt die Gefahr mit sich, daß dem Staat zu weit gehende Eingriffsbefugnisse eingeräumt werden.	
§ 5	<i>Die Vermutung für den Kernbereich personaler Freiheit</i>	41
1.	Die Notwendigkeit der Güterabwägung	41
	Sie ergibt sich daraus, daß zur Abgrenzung des fraglichen Kernbereichs immer wieder verschiedene, auch situationsgebundene Wertgesichtspunkte gegeneinander ausbalanciert werden müssen.	
2.	Der Bereich weitgehender Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	44
	Er liegt außerhalb der Zone, in der ein Konflikt mit dem Kern personaler Freiheit in Frage steht.	
3.	Die Vermutung für die Freiheit	47
	Der Kern personaler Freiheit darf vom Gesetzgeber nur eingengt werden, wenn der Schutz höherrangiger Rechtsgüter der Schrankentrias es zwingend gebietet.	
4.	Der rechtliche Standort der Libertätsrechte	50
	Das rechtsethische Freiheitspostulat rechtfertigt die Ableitung ergänzender Freiheitsrechte (Libertätsrechte).	
§ 6	<i>Weitere Argumente für den Charakter des Freiheitssatzes als Rechtsprinzip</i>	51
1.	Die Gegenpositionen von Klein und Dürig	51
	<i>Friedrich Klein</i> leugnet die Ergänzungsfunktion des Art. 2 I GG, während <i>Dürig</i> in Art. 2 I GG als Auffangrecht bereits eine persönliche Rechtsstellung sehen will. Sein Auffangrecht zeigt aber alle Merkmale eines (abstrakten) Rechtsprinzips.	
2.	Der gleiche Rechtscharakter des Art. 3 I GG	53
	Der allgemeine Gleichheitssatz ist ebenfalls ein rechtsethisches Prinzip, insbesondere als Element der Gerechtigkeit. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes führt nur dann zu einem subjektiven Abwehrrecht, wenn zugleich eine persönliche Rechtsstellung betroffen ist, die ihre Rechtsgrundlage außerhalb des Art. 3 I GG hat.	

Zweiter Teil

Konsequenzen der Freiheitskerntheorie	58
§ 7 <i>Inhalt und Schranken der Libertätsrechte</i>	58
1. Die gegenseitige Durchdringung von Verfassungs- und Gesetzesrecht	58
Die Weiterentwicklung der Verfassung steht in einer Demokratie in erster Linie dem Gesetzgeber zu. Er wird in einem System der Kontrollen und Gegengewichte überwacht. Verfassung und Gesetz können sich wechselseitig auf die Legitimierungsfaktoren überzeugender Vernunft und bewährter Tradition berufen.	
2. Die Entstehung neuer Libertätsrechte	64
Wissenschaft und Rechtsprechung müssen die entsprechenden persönlichen Rechtsstellungen in der gesetzlichen Ordnung aufspüren, notfalls auch selbst schöpferisch entwickeln. Aus Gründen der Rechtssicherheit haben die weite Auslegung und die analoge Anwendung der Spezialfreiheitsrechte den Vorrang vor der Anerkennung von Libertätsrechten.	
§ 8 <i>Die Bedeutung der Schrankentrias</i>	68
1. Die Schrankentrias als rechtsethisches Prinzip	68
Das rechtsethische Prinzip des Freiheitskern-Schutzes kann nur durch ein gleichrangiges, also ebenfalls rechtsethisches Prinzip in seine Schranken verwiesen werden.	
2. Der Inhalt der Schrankentrias	74
Die Konkretisierung obliegt grundsätzlich dem Gesetzgeber (Kriminalunrecht, Sozialpflichtigkeit, Sittengesetz, Rechte anderer). Die Polizeiklausel und das Verbot des Rechtsmißbrauchs sind dagegen verfassungsunmittelbar. Die Grundsätze der Güterabwägung und der Verhältnismäßigkeit sind in jedem Fall zu beachten.	

Dritter Teil

Zur Geschichte des Freiheitssatzes	80
§ 9 <i>Die Entwicklung bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts</i>	80
1. Einleitung	80
2. Konkrete Freiheiten als positive Rechte	80
3. Rights and liberties als Ausformungen ethischer Vernunft	83
4. Die ethische Legitimation der Revolution	86

§ 10 <i>Das Verfassungsrecht seit 1776</i>	89
1. Die französischen Verfassungen	89
2. Der angelsächsische Rechtskreis	94
3. Die Entwicklung in Deutschland	96
Schlußbemerkung	101
Literaturverzeichnis	103

Freiheit ist immer dann gefährdet,
wenn man nicht mehr weiß, was sie ist.

Kalenderspruch

§ 1 Einleitung

In der folgenden Untersuchung geht es um die Bedeutung des Art. 2 I GG als Freiheitssatz am Anfang unserer Verfassung. Sieht man mit dem Elfes-Urteil des *Bundesverfassungsgerichts* in Art. 2 I GG ein Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, zu tun und zu lassen, was man will¹, so scheint es sich um einen vorrechtlichen, unbegrenzten Freiheitsbereich zu handeln. Um ihn zu schützen, müßte die Verletzung der Freiheitssphäre einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch (zugleich Verfassungsvollziehungsanspruch) des Bürgers auslösen, der von einer — nach h. M. immer noch unstatthaften — Popularklage kaum noch abgrenzbar wäre². Art. 2 I GG ist auch infolge des Elfes-Urteils bereits als „Grundrecht auf Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“³ und im Hinblick auf die Verfassungsbeschwerde als „Grundrecht auf Gesetzmäßigkeit der Rechtsetzung“ bezeichnet worden⁴.

Obwohl namhafte Autoren einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch ausdrücklich abgelehnt haben⁵ und niemand ernstlich an eine

¹ *BVerfGE* 6, 32 (36), Urt. v. 16. 1. 1957.

² *H. H. Rupp* (Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Sammlungsgesetz, *NJW* 1966, S. 2037) spricht von der drohenden Ausuferung der Grundrechtsbeschwerde zum allgemeinen Rechtsbehelf gegen jeden rechtswidrigen Staatsakt. — Ebenso zum Unterfall eines generellen Rechts auf fehlerfreien Ermessensgebrauch: *WürttBadVGH VwRspr.* 5, 378 (383). — *Fritz Werner* (Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit, 1965, S. 14) hat ganz allgemein vor der „Gefahr“ gewarnt, „daß sich das Recht in eine Summe von Rechtsansprüchen auflöst“.

³ *Dürig* in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz (seit 1958, Stand 1970) Art. 2 I, Rdnr. 5 (1 b, bb mit Anm. 1) und Rdnr. 26; — *Roman Herzog*, Das Grundrecht auf Freiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, *AöR* 86 (1961), S. 194 ff. (S. 202 Anm. 37).

⁴ *Ekkehard Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 181 Anm. 7 a. E. — Inhaltlich ebenso (aber kritisch): *Hans Peters*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963, S. 24 f., 31; — *Walter Schmidt*, Die Freiheit vor dem Gesetz, *AöR* 91 (1966), S. 42 ff. (49).

⁵ *Menger*, System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 119; — *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd., 1954, S. 658 f. m. Nachw.; —

grundsätzliche, allgemeine Freiheit des Bürgers gegenüber der Tätigkeit des Staates denkt⁶, ist die Vorstellung von einem verletzbaaren Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit offenbar unwiderstehlich.

Das ist wohl damit zu erklären, daß sich unser Rechtsbewußtsein dagegen sträubt, den Freiheitssatz nur für eine subsidiäre Auffangnorm zu halten⁷, an Hand deren man Lücken im Katalog der einzelnen Freiheitsrechte ausfüllt. Die Abwertung⁸ der rechtlichen Freiheit zu einer *allgemeinen* Handlungsfreiheit — um eine möglichst weitgehende Klagebefugnis zu schaffen — geht aber gerade auf Kosten der Bedeutung des Art. 2 I GG als Obersatz⁹ für die Freiheitsrechte der Verfassung. Eine Vermutung¹⁰ für die *allgemeine* Handlungsfreiheit des Bürgers ist nämlich als durchgehendes Grundrechtsprinzip ebenso undenkbar wie ein die einzelnen Grundrechtsausgestaltungen überlagernder allgemeiner Verfassungsvorbehalt zugunsten des Gesetzgebers.

Deckt man dagegen die grundlegende Bedeutung des Freiheitssatzes als eines rechtsethischen Prinzips zum Schutz des *Kernbereichs personaler Freiheit* auf, dann enthält er eine Vermutung für den Kernbereich aller Freiheitsrechte. Die Funktion des Art. 2 I GG als Quelle für die Ableitung bisher unbenannter Freiheitsrechte (die hier „Liberitätsrechte“ genannt werden) ergibt sich nun sozusagen von selbst. Andererseits kann die der engeren Fassung der Freiheitsseite entspre-

Ottmar Bühler, Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 269 ff. (S. 283); — Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 299 Anm. 158; — Hans J. Wolff, Der Abwendungsanspruch aus öffentlichen Reflexrechten, insbesondere im Fürsorgerecht, in: Festschrift zur Feier des 25jährigen Bestehens der Westfälischen Verwaltungsakademie in Münster, 1950, S. 119 ff. (S. 126 f.); — ders., Verwaltungsrecht I, 1968, § 43 I b 1, S. 265.

⁶ Zu dieser Erkenntnis haben nicht zuletzt Häberles verfassungstheoretische Gedanken beigetragen (Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 1962).

⁷ Diesen Eindruck hinterlassen aber W. Schmidts Ausführungen (Freiheit, FN 4). Das äußert sich indirekt in seiner Ablehnung einer allgemeinen grundrechtlichen Bedeutung der Schrankentrias (vgl. S. 79 bei und in Anm. 164).

⁸ Vgl. Hans Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Festschrift für Laun (1953), S. 669 ff. (673 f.); — Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 34; — v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 1966, Art. 2, Anm. II 2, S. 162 f. mit Zitaten; — K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1970, § 12 I 10, S. 172.

⁹ Das aber war mit gutem Grund die Ansicht der bis zum Elfes-Urteil verbreiteten Muttergrundrechtslehre, vgl. Hamann/Lenz, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (1970), Art. 2, Anm. A 3 a mit Lit. — Vgl. den neuen Ansatz bei Lerche, Übermaß (FN 5), S. 300.

¹⁰ Vgl. aber Dürig, Grundgesetz (FN 3), Art. 2 Rdnr. 72 („Ausgangsvermutung“) und 5 (1 b, aa).

chend eng auszulegende Schrankentrias ihrerseits als durchgehendes rechtsethisches Prinzip endlich dogmatisch einwandfrei eingeordnet werden.

Die Absage an eine öffentlich-rechtliche Klagebefugnis ohne schlüssige Behauptung eines materiellen subjektiven Rechts¹¹ und an eine zu weit gehende Freiheitsvermutung gegen den Staat ist ein Gebot unserer geschichtlichen Situation. Je mehr das Leben des Bürgers mit dem Lebensbereich seiner Mitbürger verwoben ist und je mehr jeder einzelne von den (auch indirekten) Auswirkungen staatlichen Handelns betroffen wird, desto ferner rückt die Möglichkeit der Robinsonfreiheit. Die zunehmenden Anforderungen an die Daseinsvorsorge und die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit durch den Staat setzen eine entsprechende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und der Verwaltung voraus. Konjunkturpolitik, Umweltschutz, Städtebau- und Wirtschaftsförderung sowie Sozialversicherungsreform sind aktuelle Beispiele dafür.

Wolfgang Zeidler weist daher mit Recht darauf hin, daß im demokratischen und sozialen Rechtsstaat kein Platz für außerrechtliche „staatsfreie Räume“ sei und daß die rechtsprechende Gewalt die Aufgabe habe, „durch Gewährung eines rechtsstaatlichen *modus procedendi* Freiräume der politischen Entscheidung in einer die Freiheit und Gleichheit für alle sichernden Weise offenzuhalten“¹². Andernfalls würde man die evolutionäre Fortentwicklung bewährter Ordnungsformen unmöglich machen und dem revolutionären Umsturz den Weg ebnen.

¹¹ Hier geht es um die Gewichtsverteilung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung einerseits und Rechtsprechung andererseits. Vgl. *Hesse*, Grundzüge (FN 8), § 12 I 10, S. 173. *Hesse* erwähnt aber nicht (so wenig wie vor ihm *Ehmke*, *Wirtschaft*, FN 8, S. 34 Anm. 80), daß ein allgemeines Freiheitsrecht auch die Bewegungsfreiheit der Verwaltung betrifft (vgl. *Hesse*, a.a.O., S. 172 und § 14 I 1, S. 205), weil die Beurteilung als „Eingriff der Verwaltung“ von der Verletzung einer verletzbaren Sphäre des Bürgers abhängt.

¹² *Wolfgang Zeidler*, *Der Rechtsstaat im Spannungsfeld von Evolution und Revolution*, MDR 1970, S. 713 ff. (S. 715).