

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 162

Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?

Zur Problematik der sogenannten Gesetzmäßigkeit
der Verfassung

Von

Otto Majewski



Duncker & Humblot · Berlin

OTTO MAJEWSKI

Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 162

Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?

Zur Problematik der sogenannten Gesetzmäßigkeit der Verfassung

Von

Dr. Otto Majewski



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Printed in Germany
ISBN 3 428 02472 9

Inhaltsverzeichnis

Einführung	11
-------------------	----

Erstes Kapitel

Die Beziehung von Verfassung zu Gesetz bei Leisner	13
---	----

1. Besprechung seiner Schriften, insbesondere der Monographie „Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung“	13
2. Der Verfassungsbegriff bei Leisner	17
3. Kritik	20

Zweites Kapitel

Die notwendige Gesetzesnähe der Verfassung	21
---	----

1. Die Einheit der Rechtsordnung	21
a) Die Normstufenpyramide und ihre Kritik	21
b) Die gegenseitige Ergänzungsbedürftigkeit von Rechtssätzen innerhalb von Teilrechtsordnungen	24
c) Konkurrenz von Rechtssätzen als Folge materieller Zusammengehörigkeit	24
d) Immanente Problemzusammenhänge im BGB und StGB	25
e) Gegenseitige Ergänzung von privatem und öffentlichem Recht und deren Abgrenzung	26
f) Bedeutung der Einheit der Rechtsordnung für die allgemeine Dogmatik	28
g) Die Einheit der Rechtsordnung als topos für die Verfassungskonkretisierung	29
2. Auswirkung der Erfüllung „von unten nach oben“ als einer allgemeinen Erscheinung auf die Beziehung von Verfassung zu Gesetz	31
a) Die Rückwirkung der Rechtsverordnung (RVO) auf das ermächtigende Gesetz	32
b) Globalverweisungen in Gesetzen auf Verordnungen, nachgewiesen anhand des Art. 47 Abs. 1 BayBesoldG	36
c) Der effektive Entscheidungszuwachs der Exekutive als Folge der Durchdringung staatlicher und gesellschaftlicher Sphäre	36

d) Folgerungen für die Funktion des Gesetzgebers im Verfassungs-, speziell im Grundrechtsbereich	40
3. Die historischen Rezeptionen in Verfassungen aus niederrangigem Recht	42
a) Aufnahme der Grundsätze der preußischen Reformgesetzgebung des 19. Jahrhunderts in süddeutsche Verfassungsurkunden	42
b) Rezeptionen in den Verfassungen von 1871 und 1918	46
c) Rezeptionen niederrangiger Normen im Grundrechts- und Kom- petenzteil des Bonner Grundgesetzes	47
d) Rechtstheoretische Folgerungen für das Verhältnis von Verfassung zu Gesetz	50

Drittes Kapitel

Das Verhältnis von Verfassung zu einfachem Gesetzesrecht als methodisches Problem der Verfassungskonkretisierung	52
1. Normativität der Verfassung und ihr Bezug zur Wirklichkeit in der Rechtstheorie	52
a) Die Kritik am Positivismus in den Lehren R. Smends und E. Kauf- manns	53
b) Äußerungen bei Scheuner, Leibholz und Hesse	54
c) Kritik	56
2. Die hermeneutische Fragestellung	60
a) Topik und Vorverständnis in der Rechtsanwendung	61
b) Hinwendung zum Problemdenken als Ausdruck eines gewandelten Normverständnisses	63
c) Weitgehende Rationalität als Leitgedanken der Verfassungskonkre- tisierung	65
d) Wertung und Rationalität im Erkenntnisprozeß	65
3. „Normative Leitgedanken“ und „Normbereich“ als hermeneutische Hilfsgesichtspunkte für die Konkretisierung von Verfassungsnormen	68
4. Abgrenzung zur „Natur der Sache“ und zum institutionellen Rechts- denken	74
5. Der hermeneutische Ansatz in der Rechtsprechung des Bundesverfas- sungsgerichts	78

Viertes Kapitel

Versuch einer auf den Grad der Einbeziehung des einfachen Gesetzesrechts abgestimmten Typologisierung von Grundrechten	86
1. Sachgeprägte Grundrechte, nachgewiesen anhand der Freiheitsgaran- tien in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 GG	88

2. Rechtserzeugte Grundrechte, veranschaulicht anhand der Art. 101, 103 und 104 GG	101
3. Unterschiedliches Mischungsverhältnis von rechts- und sachgeprägten Normbereichen bei einer Ausgestaltungsfunktion des einfachen Gesetzgebers im Falle der Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ..	102
4. Gemischte sach- und rechtsgeprägte Normbereiche bei einer Begrenzungsfunktion des Gesetzgebers, unter Berücksichtigung der Güterabwägungslehre	107
5. Die unterverfassungsrechtliche Normsetzung bei Grundrechten ohne ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt	111

Zusammenfassung	114
------------------------	------------

Literaturverzeichnis	116
-----------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

A.	= Auflage
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BBauG	= Bundesbaugesetz
Bay BesG	= Bayerisches Besoldungsgesetz
Bayer. VerfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bayer. VerfGHnF	= Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte, Neue Folge
Bay VBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
Bayer. VGH	= Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGH St	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSchAufG	= Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Binnenwirtschaft
BV	= Verfassung des Freistaates Bayern
BVFG	= Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge — Bundesvertriebenengesetz —
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechtszeitung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Entscheidung(en)
Ges.	= Gesetz
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

GjS	= Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
Grundrechte	= Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis, hrsg. von Franz Neumann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Bd. II, 1954; Bd. III, 1. Halbbd. 1958; Bd. IV, 1. Halbbd. 1960, hrsg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner; Bd. III, 2. Halbbd. 1959, von Bettermann, Nipperdey, Scheuner; Bd. IV, 2. Halbbd. 1962, von Bettermann, Nipperdey; Bd. I, 1. Halbbd. 1966, von Bettermann, Neumann, Nipperdey
HCHC	= Entwurf einer Verfassung des Verfassungskonvents in Herrenchiemsee, 1948
HdBdStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, 1. Bd. 1930, 2. Bd. 1932
HDSW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaft
HV	= Hessische Verfassung
HWRW	= Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. von Fritz Stier — Somlo und Alexander Elster
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	= Juristenzeitung
LG	= Landgericht
NF	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
RG	= Reichsgericht
RGBI	= Reichsgesetzblatt
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rspr.	= Rechtsprechung
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	= Strafgesetzbuch
StGH	= Staatsgerichtshof
StPO	= Strafprozeßordnung
U.	= Urteil
Vers G	= Versammlungsgesetz
Verw. Rspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VVStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	= Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919
Zeitschr. f. Schweiz. R.	= Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZöfFR	= Zeitschrift für öffentliches Recht
ZVG	= Zwangsvollstreckungsgesetz

Einführung

Die Sorge um die Normativität der Verfassung ist allgemein zum Gegenstand verfassungsrechtlicher Erörterungen geworden. Lediglich über den zu ihrem Schutz einzuschlagenden Weg bestehen erhebliche Differenzen, wie die Diskussion um die verschiedenen Interpretationsmethoden zeigt. Als Beispiel mag hierzu die Kontroverse um die Auslegung der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 2 Abs. 1 GG dienen. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹, die die verfassungsmäßige Ordnung zur verfassungsgemäßen Ordnung überdehnte, warnten einerseits Autoren vor einer Ausweitung des Gesetzesvorbehalts im Grundrechtsbereich², während andere die Notwendigkeit einer Eingrenzung des von der Verflüssigung bedrohten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit betonten³.

Auf eine neue Gefahr für das Verfassungsrecht macht Leisner aufmerksam⁴. Er sieht den verfassungsrechtlichen Begriffsstand durch das einfache Gesetzesrecht gefährdet. Damit ist bereits angedeutet, daß sich seine Thesen in erster Linie an den Richter und an die Verfassungslehre richten.

Die vorliegende Arbeit will über eine kritische Würdigung der Konzeption Leisners hinaus die enge Verknüpfung von einfachem Gesetzesrecht mit der Verfassung präzisieren helfen. Sie soll ein Beitrag zu einem Verfassungsverständnis sein, das, von der Normativität des Rechts geleitet, weder einseitig normlogistisch noch soziologisch orientiert ist.

Die bisherigen Stellungnahmen zum Verhältnis von Verfassung zu Gesetz sind, entsprechend dem jeweiligen verfassungsrechtlichen Vor-

¹ BVerfGE 6, 32 ff.; vgl. *H. Peters*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, S. 32 ff., 40; BVerfGE 20, S. 150 ff. zur Nichtigerklärung des Sammlungsgesetzes mit Anmerkung von *Rupp*, NJW 1966, 2037 ff.

² *Dürig*, Anmerkung zum Elfes-Urteil, JZ 1957, S. 169 ff., 171; *Maunz-Dürig*, Rdnr. 17 ff. zu Art. 2 Abs. 1 GG.

³ *Lerche*, Übermaß, S. 297 f.; *Peters*, in: Festschrift für Laun, S. 669 ff.; *Hamel*, DVBl. 1957, S. 619; ferner *Forsthoff*, in: Festschrift für C. Schmitt, S. 33 f.; *Ehmke*, VVStRL 20, S. 53 ff., 82, kritisiert, daß mittels Art. 2 Abs. 1 GG die fehlende Gesetzgebungszuständigkeit soll gerügt werden können.

⁴ Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung; vgl. Besprechung von *Hüberle*, in: AÖR Bd. 90, S. 113 ff.

verständnis, stark geteilt. Soweit die Beziehung nicht bloß am Einzelfall problematisch wurde⁵, begnügt man sich, gestützt auf Art. 1 Abs. 3 GG, noch weithin mit der Formel: „Früher Grundrechte nur im Rahmen der Gesetze, heute nur Gesetze im Rahmen der Grundrechte“⁶. Offenbar geht diese Meinung davon aus, Verfassungsrecht sei aus sich selbst mittels der herkömmlichen Methoden interpretierbar. Eine andere Auffassung weist, von der topischen Grundstruktur des Verfassungsrechts — wie das eines jeden Rechts — ausgehend, auf dessen Konkretisierungsbedürftigkeit durch die nach der Verfassung zuständigen Organe hin⁷.

Beide Ansichten leiden teilweise unter Vereinseitigungen und Verallgemeinerungen. Die Formel vom Vorrang der Grundrechte basiert auf der inzwischen des öfteren in Frage gestellten These⁸, die Freiheit bedürfe keiner Gesetze. Auf der anderen Seite wird Häberle⁹ selbst ein Opfer der von ihm kritisierten Verabsolutierungen, indem er zu einer generellen Ausgestaltungs- und Aktualisierungsfunktion des Gesetzgebers für die Grundrechte kommt¹⁰:

Aussagen wie „Stützung der Verfassung durch das Gesetz von unten“, „Wechselwirkung von Verfassung und Gesetz“¹¹ mögen wohl einer rechtstheoretischen Fragestellung genügen, liefern aber keine brauchbaren Gesichtspunkte für eine praktische Entscheidung. Wesentliches Anliegen dieser Arbeit ist es, den Umfang der jeweiligen Gesetzesrezeptionen im Verfassungsrecht, speziell im Grundrechtsteil, durch rationale und nachprüfbare Hilfsgesichtspunkte einzugrenzen.

⁵ Vgl. die Kontroverse um die Auslegung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers zu Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zwischen *Bachof*, GR III, S. 145 ff., 209 und *Scheuner*, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, Sonderdruck aus: Deutsches Handwerksblatt, 1956, S. 16.

⁶ *Maunz-Dürig*, Rdnr. 103 f. zu Art. 1 Abs. 3 GG; *Scheuner*, Die Auslegung verfassungsrechtlicher Leitgrundsätze, S. 35; *C. Schmitt*, Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 452 ff.; *W. Schmidt*, AöR Bd. 91, S. 42 ff., 56.

⁷ So bereits *H. Heller*, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVStRL 1928, Heft 4, S. 98 ff.: „Auch Gesetzgebung ist Individualisierung von Normen“; aus der neueren Literatur: *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 210 ff.; *Ehmke*, VVStRL 20, S. 53, 62 ff.; *Lerche*, Übermaß, S. 98 ff., 300.

⁸ Über Hintergründe und Ursachen des traditionellen Gesetzesverständnisses im Grundrechtsbereich vgl. *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 126 ff.; *Rupp*, Grundfragen, S. 175: „Dem objektiven Recht fällt nicht bloß die Aufgabe der Schrankenziehung hinsichtlich vorgegebener Individualrechte zu. Alles Recht ist überhaupt nur als Sozialordnung und nicht als ein Bündel uferlos gedachter und damit einen Kampf aller gegen alle auslösender Individualrechte denkbar.“

⁹ Wesensgehaltgarantie, S. 182, 210 ff.; vgl. die Besprechungen von *Lerche*, DÖV 1965, S. 213 ff. und *Denninger*, JZ 1963, S. 425.

¹⁰ *Häberle*, a.a.O., S. 210, 212, 170 ff.

¹¹ *Häberle*, a.a.O., S. 210, 212.

Erstes Kapitel

Die Beziehung von Verfassung zu Gesetz bei Leisner

1. Besprechung seiner Schriften, insbesondere der Monographie „Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung“

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen sei die Besprechung der Studie Leisners „Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung“, wie seiner übrigen Arbeiten, soweit sie hier interessieren, an den Anfang gestellt.

Leisner stellt in fünf Abschnitten „Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht“ an. Grundlegend ist die These¹, der Verfassung fehle in entscheidenden Punkten „begrifflicher Selbststand“. Während spezifisches und historisch gewachsenes Verfassungsrecht, wie Organisationsnormen, weitgehend von niederrangigen und außerrechtlichen Elementen unberührt geblieben seien, gerieten Kompetenz — und vor allem Grundrechtsnormen zunehmend unter deren Einfluß. Gerade die Grundrechte, Zentrum und Angelpunkt des Bonner Grundgesetzes, würden aus „Form, Tradition und Grundsätzlichkeit“ niederrangigen Gesetzesrechts bestimmt werden². Gefährlich für die selbständige Normhöhe „sei der Kryptocharakter“, mit dem das Niederrangige unkontrolliert in das Verfassungsrecht eindringe³.

Um diesen Gefahren wirksam zu begegnen, sucht Leisner „die Verfassung nach dem Gesetz im engeren Sinn“ systematisch zu erfassen, um ihr einen Platz zwischen offener Verweisung und selbständigem Verfassungsinhalt zuzuweisen⁴. Dieser Abschnitt ist der Kern der Schrift.

Die bisherigen Verfassungsinterpretationen begegnen dem Vorwurf in unkritischem Rückgriff, Verfassungsbegriffe aus niederen Normbereichen — von einzelnen Begriffselementen bis zu umfangreichen Komplexen — erfüllt zu haben, ohne sich vorher um eine selbständige

¹ *Leisner*, Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, S. 5.

² *Leisner*, a.a.O., S. 42 ff., 47 f.

³ *Leisner*, a.a.O., S. 10.

⁴ *Leisner*, a.a.O., S. 26 ff.