

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 390

Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte
und Grundrechtsschranken

Von

Dr. Thomas Wülfing



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

THOMAS WÜLFING

Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 390

Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken

Von

Dr. Thomas Wülfing



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 04853 9

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 1980/81 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen.

Die Arbeit wurde von meinem verehrten Lehrer Herrn Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp angeregt. Er hat sie betreut und durch zahlreiche Gespräche gefördert, wofür ich ihm besonderen Dank schulde.

Herrn Senator E. h. Ministerialrat a. D. Prof. Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Thomas Wülfing

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Eingriffs- und Schrankendenken	18
II. Vorbehaltssystem und Verfassungstext	20
B. Die Grundrechtsvorbehalte	26
I. Der materielle Aspekt der Vorbehalte	26
1. Einfache Vorbehalte	27
2. Vorbehalt der „allgemeinen Gesetze“	28
3. Qualifizierte Vorbehalte	32
4. Regelungs- und Ausgestaltungsvorbehalte	34
5. Vorbehaltslose Grundrechte	36
II. Kompetenzieller Aspekt der Vorbehalte	36
1. Allgemeiner Rechtssatzvorbehalt	37
2. Verfassungsunmittelbare Eingriffsermächtigungen der Exe- kutiv und Judikativ	40
a) Ausdrückliche Kompetenzzuweisungen	40
b) Kompetenziell „offene“ Vorbehalte	41
III. Analyse	44
C. Der grundrechtliche Gewährleistungsbereich	50
I. Vorbehalte als Auslegungsregel	50
1. Auslegung als Entscheidungsvorgang	51
a) Subsumtionsideal	51
b) Sprachtheorie	53
c) Entscheidung und Verfassungsbindung	55
2. Maßstabsfunktion der Vorbehalte	56
a) Auslegung aus dem Verfassungsganzen	56
b) Verfassungsauslegung aus dem historischen Willen	57
c) Historischer Wille und Vorbehalte	61
II. Grundrechtsmißbrauch	64

III. Institutionelle Grundrechtstheorie	65
1. Geschichte des institutionellen Normverständnisses	69
2. Seinsweisen der Institution	75
a) Institution als Rechtseinrichtung	75
b) Institution als Einrichtung der sozialen Lebenswirklichkeit	80
c) Institution als Wertsystem	84
d) Institution als komplexe Einrichtung	90
IV. Die demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie	91
1. Stand der Diskussion	91
2. Kritik	94
V. Sozialstaatliche Grundrechtstheorie	96
VI. Normbereichsanalyse	98
1. Normprogramm	99
2. Normbereich	100
3. Vermittlung von Normprogramm und Normbereich	101
VII. Bürgerlich-rechtsstaatliche Grundrechtstheorie	104
D. Eingriffsermächtigungen außerhalb der positivierten Vorbehalte ...	105
I. Maßstäblichkeit der Vorbehalte	105
II. Die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 2. Hs. GG als allgemeine Grundrechtsschranke	106
1. Rechte anderer	109
2. Verfassungsmäßige Ordnung	111
a) Verfassungsgemäße Rechtsordnung	111
b) Gemeinwohlklauseln	112
c) Grundlegende Verfassungsentscheidungen und Verfassungsdirektiven	113
3. Sittengesetz	114
III. Staatsaufgabennormen als Eingriffsermächtigungen	116
1. Freiheit und Kompetenz	116
2. Ausnahmecharakter zusätzlicher Eingriffsermächtigungen ..	120
a) Anforderungen des Vorbehaltssystems	120
b) Freiheitsschranken aus dem Verfassungsganzen	122
c) „Sonderstatusbegründende“ Verfassungsvorschriften ...	124
d) Maßstab der „notwendigen Freiheitsbeeinträchtigung“ ..	128
E. Zusammenfassung und Ergebnis	132
Literaturverzeichnis	134

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	=	anderer Ansicht
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	=	am Ende
AöR	=	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	=	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AS	=	Amtliche Sammlung
Aufl.	=	Auflage
AuslG	=	Ausländergesetz
Bad.-Württ. Verf.	=	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
BayVBl.	=	Bayerische Verwaltungsblätter
Bay. Verf.	=	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGH	=	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	=	Der Betriebsberater
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSG	=	Bundessozialgericht
BSGE	=	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	=	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Diss.	=	Dissertation
DJT	=	Deutscher Juristentag
DöV	=	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	=	Deutsches Verwaltungsblatt
E	=	Entscheidung in der amtlichen Entscheidungssammlung
FamRZ	=	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	=	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Gedächtnisschr.	=	Gedächtnisschrift
GG	=	Grundgesetz
grds.	=	grundsätzlich
HBDSr	=	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HChE	=	Herrenchiemseer Verfassungsentwurf
Hess. Verf.	=	Verfassung des Landes Hessen
h. M.	=	herrschende Meinung
Hs.	=	Halbsatz
i. S. d.	=	im Sinne des
Jahrb.	=	Jahrbuch
JÖR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	=	Juristische Rundschau
jur.	=	juristisch

JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
LG	=	Landgericht
Losebl.	=	Loseblattsammlung
LVG	=	Landesverwaltungsgericht
m. a. W.	=	mit anderen Worten
m. w. N.	=	mit weiteren Nachweisen
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
o.	=	oben
OLG	=	Oberlandesgericht
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
PR	=	Parlamentarischer Rat
PrOVGE	=	Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
Rdn.	=	Randnummer
Rhl.-Pf.	=	Rheinland-Pfalz
Rhl.Pf. Verf.	=	Verfassung für Rheinland-Pfalz
Rspr.	=	Rechtsprechung
RV	=	Reichsverfassung
s. a.	=	siehe auch
Saarl. Verf.	=	Verfassung des Saarlandes
str.	=	streitig
s. u.	=	siehe unten
VerwArch.	=	Verwaltungsarchiv
Vorbem.	=	Vorbemerkungen
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WeimRV (WRV)	=	Weimarer Reichsverfassung
WirtschR	=	Wirtschaftsrecht
WissR	=	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
ZBR	=	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfP	=	Zeitschrift für Politik
ZRP	=	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	=	Zeitschrift für Sozialreform

A. Einleitung

Das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft ist verfassungsrechtlich durch grundrechtliche Gewährleistungen und Grundrechtsschranken geordnet. Der Gewährleistungsbereich bezeichnet den durch die Freiheitsverbürgungen potentiell gesicherten Ausschnitt sozialer Realität, den verfassungsrechtlich umhegten Spielraum individueller Entfaltungsmöglichkeiten. In diesen so bestimmten und zugleich begrenzten Freiheitsbereich¹ kann gegebenenfalls auf Grund der Vorbehalte (vgl. z. B. Art. 2 Abs. 2 Satz 3, 5 Abs. 2, 8 Abs. 2, 9 Abs. 2, 10 Abs. 2, 12 Abs. 1 Satz 2, 13 Abs. 2 und 3, 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GG) in unterschiedlicher Intensität gestaltend oder verkürzend eingegriffen werden. Die Frage nach den Grenzen der Grundrechte scheint demnach die nach den durch die grundrechtlichen Vorbehalte eingeräumten Befugnissen der staatlichen Funktionen, Schrankendogmatik nichts anderes als Vorbehaltsdogmatik zu sein.

Schon ein flüchtiger Blick auf die jüngere rechtswissenschaftliche Diskussion über die Ausbalancierung von Individual- und Gemeinschaftsinteressen zeigt aber das Gegenteil. Die Schrankenfrage ist weitgehend aus der Problematik spezifizierter Vorbehalte hinausverlagert worden. Im Mittelpunkt dogmatischen Interesses stehen Erörterungen über Inhalt und Grenzen des sachlichen Gewährleistungsbereichs und damit über Vorverständnis und Methodenwahl im Prozeß der Grundrechtskonkretisierung, über Existenz und Umfang „immanenter“ Grundrechtsschranken — was immer sich auch hinter dem Begriff der „Immanenz“ verbergen mag —² und über die Konstruktion zusätzlicher aus dem Verfassungsganzen zu gewinnender Eingriffsermächtigungen außerhalb der Vorbehalte.

¹ Mit der Bestimmung des Inhalts der Grundrechte werden diese auch begrenzt, vgl. *Peter Häberle*: Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl. Karlsruhe 1972, S. 41, 131, 179 ff., 185; *Konrad Hesse*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., Karlsruhe 1978, § 10 II, S. 131; *Friedrich Müller*: Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1969, S. 41, 55 f.; ders.: Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, Berlin 1969, S. 51, 52; ders.: Die Einheit der Verfassung, Berlin 1979, S. 203; *Heinhard Steiger*: Institutionalisierung der Freiheit?, in Schelsky (Hrsg.), Zur Theorie der Institution, 2. Aufl., Düsseldorf 1973, S. 91 ff. (112).

² Zur insoweit uneinheitlichen Terminologie siehe *Friedrich E. Schnapp*: Grenzen der Grundrechte, JuS 1978, 729 ff. (733). Wegen der mit dem Begriff der „immanenten Schranken“ verbundenen Unklarheiten wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit auf seine Verwendung verzichtet.

Soweit es um die Eruierung des grundrechtlichen Schutzbereichs geht, scheint dieser Befund dadurch gerechtfertigt zu sein, daß unter Ausnutzung der Vorbehalte nur in normativ abgesteckte und durch Interpretation zu ermittelnde Garantieobjekte „eingegriffen“ werden kann, die Vorbehalte also erst dann Bedeutung erlangen, wenn die die bürgerlichen Freiheiten umhегenden und schützenden Normen nach Bestimmung ihres Gewährleistungsbereichs und ihrer (hier einmal unterstellten) verfassungssystematischen Grenzen durch die kompetenten staatlichen Organe relativiert werden³.

Es kann aber nicht übersehen werden, daß die Festlegung dessen, was Meinung, Presse, Versammlung, Beruf, Wohnung oder Eigentum ist, über Ausmaß und Tragweite der hoheitlichen Regelungsbefugnisse mitenscheidet⁴, die Interpretation der Freiheitsverbürgungen die Relevanz der Vorbehalte in materieller und kompetenzieller Hinsicht⁵ in hohem Maße bestimmt. Wer beispielsweise die Verletzung der Rechte anderer von vornherein — d. h. ohne Zwischenschaltung des Gesetzgebers — als Resultat grundrechtsgeschützter Tätigkeit ausschließt⁶, degradiert Art. 5 Abs. 2 GG, soweit es dort um das Recht der persönlichen Ehre geht, zur lediglich deklaratorischen Norm ohne eigene Regelungswirkung, wer dem Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung eine generell grundrechtslimitierende Funktion zuerkennt⁷, macht die Vorbehalte überflüssig, die ein hoheitliches Tätigwerden zugunsten des Schutzes der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 2 Abs. 1 2. Hs, 9 Abs. 2 GG) oder einzelner ihrer Elemente, wie Bestand oder Sicherheit des Bundes oder der Länder (Art. 10 Abs. 2, 11 Abs. 2 GG) ermöglichen.

³ Eine solche Vorstellung ist nur haltbar, wenn die in den Grundrechtsnormen vorkommenden Begriffe einen an sich feststehenden Gewährleistungsbereich repräsentieren, also Abbilder realer Gegebenheiten sind. Nach neueren sprachtheoretischen Erkenntnissen kann davon jedoch nicht ausgegangen werden. Die Sprache konstituiert erst die Gegenstände. Dazu und zur Bedeutung der Sprachtheorie für die Grundrechtsinterpretation s. u. Kap. C. I. 1.

⁴ Eine extensive Grundrechtsinterpretation beschränkt die hoheitlichen Eingriffsbefugnisse, eine restriktive erweitert sie. Wer z. B. die Grundrechte im Sinne der demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie — dazu *Ernst-Wolfgang Böckenförde*: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff. (1534 f.) — nur um der Teilhabe am politischen Prozeß willen gewährleistet sieht, setzt kompetenzgemäßem staatlichen Tätigwerden im rein gesellschaftlich-privaten Bereich keine Grenzen.

⁵ Zum kompetenziellen Aspekt der grundrechtlichen Vorbehalte *Walter Krebs*: Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, Berlin 1975, S. 102 ff.

⁶ So z. B. *Hans J. Wolff*: in *Wolff / Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974, § 33 V a 2, S. 220.

⁷ s. u. S. 111 ff.; zur unterschiedlichen Auslegung des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung *Jürgen Müller*: Auswirkungen der unterschiedlichen Auffassungen zum Rechtscharakter des Art. 2 Abs. 1 GG und zu dessen Schranken, Hamburg 1972, S. 24 ff.

Auf diese Weise werden auf interpretatorischem Wege — nach der verfassungsrechtlich vorgesehenen Funktionenverteilung also von den Rechtsprechungsorganen (Art. 19 Abs. 4 GG)⁸ und hier vornehmlich vom Bundesverfassungsgericht — bestimmte Formen und Modalitäten der Freiheitsausübung von vornherein außerhalb des Grundrechtsschutzes gestellt, die bei normativer Geltung der Vorbehalte zwar durch Gesetz untersagt werden können, bis zum Tätigwerden des kompetenten Organs aber Grundrechtsschutz genießen. Daher taucht die Frage auf, ob die Auslegung der Grundrechte dem Geltungsanspruch der positionierten Eingriffsermächtigungen zu folgen hat, die Bestimmung des grundrechtlichen Schutzbereichs also von den Vorbehalten und nicht umgekehrt die Wirksamkeit der Vorbehalte von der Reichweite der Freiheitsverbürgungen abhängig ist. Sollte dies zu bejahen sein, hätten die Eingriffsermächtigungen die Funktion von Interpretationsverboten. Die Freiheitsrechte dürften nicht derart restriktiv interpretiert werden, daß den Vorbehalten keine normative Relevanz mehr zukommt.

Die Festlegung von Inhalt und Grenzen des grundrechtlichen Schutzbereichs erfolgt in Rechtsprechung und Literatur auf unterschiedlichste Weise. Sie ist abhängig von der Anschauung oder besser vom Vorverständnis des Interpreten über Wesen und Funktion der Grundrechte⁹ und dem methodischen Vorgehen im Prozeß der Normenkonkretisierung¹⁰. Als Momente des Auslegungsverfahrens bestimmen Vorverständnis und Methode den Sachgehalt der Freiheitsverbürgungen mit¹¹.

Im vorliegenden Zusammenhang kann nun nicht auf alle Grundrechtstheorien und Auslegungsmethoden eingegangen werden. Das ist auch nicht erforderlich. Die Wirkkraft der grundrechtlichen Vorbehalte kann nur durch solche das Interpretationsverfahren ausmachenden Momente gefährdet werden, die von einem generalisierbaren Ansatz aus zu einer verkürzten Bestimmung des grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs gelangen und damit bestimmte Formen und Modalitäten der Freiheitsausübung von vornherein vom Verfassungsschutz ausnehmen¹². So werden die Grundrechte zum Teil unter Mißbrauchsvorbehalt ge-

⁸ Wolfgang Knies: Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967, S. 98 ff.

⁹ Dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff.

¹⁰ Vgl. Friedrich Müller: Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976.

¹¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff. (1529); Ernst-Werner Fuß: Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger, DöV 1972, 765 ff. (768); Peter Häberle: Zeit und Verfassung, ZfP 21 (1974), 111 ff. (118); Hubert Kirchmann: Der Schutzbereich des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 des Grundgesetzes), jur. Diss. München 1977, S. 35.

¹² Damit soll natürlich nicht bestritten werden, daß jede Festlegung des sachlichen Gewährleistungsbereichs eines Grundrechts auch den betreffenden Vorbehalt tangiert.