

Andreas Fisahn, Martin Kutscha

# Verfassungsrecht konkret

## Die Grundrechte

3. überarbeitete Auflage



Berliner  
Wissenschafts-Verlag

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> .....	V
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XV
<b>A. Allgemeine Grundrechtslehren, Aufbauschemata</b> .....	1
I. Begriff und Kategorien der Grundrechte	1
II. Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete	4
III. Grundrechtseingriff	6
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen (Grundrechtsschranken)	6
V. Aufbauschema für Grundrechtsfälle	10
1) Allgemeines	10
2) Aufbauschema Verfassungsbeschwerde	11
VI. Die Grundrechte im Europarecht	13
Vertiefungsliteratur	15
<b>B. Unantastbarkeit der menschlichen Würde – Art. 1 GG</b> .....	16
I. Die Menschenwürde und ihr Schutz	16
1) Schutzbereich	16
2) Eingriff	19
3) Unbeschränktes und unabwägbares Grundrecht	20
II. Wichtige Anwendungsfälle	22
III. Europarecht	23
Vertiefungsliteratur	24
<b>C. Das allgemeine Freiheitsrecht und der Schutz von Leben und Gesundheit – Art. 2 GG</b> .....	25
I. Art. 2 I GG – Allgemeine Handlungsfreiheit	25
1) Schutzbereich	26
2) Eingriff	27

3)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	27
a)	Verfassungsmäßige Ordnung	28
b)	Rechte Dritter	28
c)	Sittengesetz	28
d)	Verfassungskonforme Rechtssätze – Verhältnismäßigkeit	29
II.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht – Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 GG	31
1)	Schutzbereich	31
2)	Eingriff	32
3)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	33
III.	Recht auf informationelle Selbstbestimmung	33
1)	Das Volkszählungsurteil	33
2)	Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung systematisch	35
a)	Schutzbereich	35
b)	Eingriff	36
c)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	36
3)	Das Computergrundrecht	37
a)	Schutzbereich	37
b)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	38
IV.	Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit – Art. 2 II GG	39
1)	Schutzbereich	39
2)	Eingriff	40
3)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	41
V.	Europarecht	43
	Vertiefungsliteratur	44
<b>D.</b>	<b>Die Gleichheitsrechte</b>	<b>46</b>
I.	Der allgemeine Gleichheitssatz – Art. 3 I GG	46
1)	Zur Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes	46
2)	Prüfungspunkte bei einer Grundrechtsprüfung von Art. 3 I GG	47
a)	Kein spezielles Gleichheitsrecht betroffen	47
b)	Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt?	47
3)	Konsequenzen eines Gleichheitsverstößes	52
a)	Gleichheitsverstoß durch Rechtssatz	52
b)	Gleichheitsverstoß durch Verwaltungshandeln:	53
4)	Mittelbare Diskriminierung	54

II.	Geschlechterdiskriminierung und Frauenförderung – Art. 3 II GG	55
1)	Materiale Gleichbehandlung	55
2)	Frauenförderung und Gleichstellung	56
III.	Absolute Diskriminierungsverbote des Art. 3 III GG	57
IV.	Fallbeispiel und Prüfungsschema	58
V.	Gleiche staatsbürgerliche Rechte – Art. 33 GG	60
1)	Gleiche staatsbürgerliche Rechte und Pflichten	60
2)	Gleichheit des Zugangs zu öffentlichen Ämtern	60
3)	Verbot der Diskriminierung wegen religiösem Bekenntnis oder Weltanschauung	61
4)	Hoheitliche Befugnisse	61
5)	Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums	61
VI.	Europarecht	62
	Vertiefungsliteratur	63
<b>E.</b>	<b>Die Glaubens- und Gewissensfreiheit – Art. 4 GG</b> .....	65
I.	Allgemeine Bedeutung	65
II.	Schutzbereich	66
1)	Religion und Weltanschauung	66
2)	Gewissensfreiheit	67
III.	Eingriffe	67
IV.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	68
V.	Das Recht auf Kriegsdienstverweigerung – Art. 4 III GG	70
VI.	Europarecht	70
	Vertiefungsliteratur	71
<b>F.</b>	<b>Meinungsfreiheit und die anderen Kommunikationsfreiheiten – Art. 5 I GG</b> .....	73
I.	Allgemeine Bedeutung	73
II.	Schutzbereiche	74
1)	Meinungsfreiheit	74
2)	Informationsfreiheit	75
3)	Freiheit der Medien	75
III.	Eingriffe	76
IV.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	77
1)	Schrankentrias	77

2) Wechselwirkungslehre und Abwägung	79
3) Vorzensur	81
V. Europarecht	81
Vertiefungsliteratur	83
<b>G. Die Kunstfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit – Art. 5 III GG</b>	<b>84</b>
I. Allgemeine Bedeutung	84
II. Schutzbereiche	85
1) Kunstfreiheit	85
2) Wissenschaftsfreiheit	87
III. Eingriffe	88
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	89
1) Schranken der Kunstfreiheit	90
2) Schranken der Wissenschaftsfreiheit	91
V. Europarecht	91
Vertiefungsliteratur	92
<b>H. Der Schutz von Ehe und Familie – Art. 6 GG</b>	<b>94</b>
I. Allgemeines/Übersicht	94
II. Abwehrrechte	95
1) Schutzbereiche	95
a) Ehe und Familie, Art. 6 I	95
b) Pflege und Erziehung der Kinder, Art. 6 II	98
2) Eingriff	99
3) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	100
a) Ehe und Familie, Art. 6 I	100
b) Elternrechte	101
III. Der Schutz der Mutter	102
IV. Gleichheit von unehelichen und ehelichen Kindern	102
V. Europarecht	103
Vertiefungsliteratur	104
<b>I. Regelungen zum Schulwesen – Art. 7 GG</b>	<b>105</b>
I. Der staatliche Bildungsauftrag – Art. 7 I GG	105
II. Bestimmungen zum Religionsunterricht – Art. 7 II und III GG	105

III. Die Privatschulfreiheit – Art. 7 IV, V GG	107
IV. Europarecht	108
Vertiefungsliteratur	108
<b>J. Die Versammlungsfreiheit – Art. 8 GG</b> .....	110
I. Allgemeine Bedeutung	110
II. Schutzbereich	111
1) Deutschenrecht	111
2) Begriff der Versammlung	111
a) Zahl der Personen	111
b) Versammlungszweck	112
3) Geschütztes Verhalten	114
4) Friedlich und ohne Waffen	114
III. Eingriff	116
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	116
1) Versammlung in geschlossenen Räumen	116
2) Versammlung unter freiem Himmel	117
a) Beschränkung durch Gesetz	117
b) Beschränkung aufgrund eines Gesetzes	117
c) Anmeldepflicht	118
d) Verbot und Auflösung als Schrankenregelung	118
e) Maßstab der Verhältnismäßigkeit	119
V. Europarecht	121
Vertiefungsliteratur	122
<b>K. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit – Art. 9 GG</b> .....	123
I. Schutzbereich	123
1) Vereinigungsfreiheit	124
2) Koalitionsfreiheit	127
II. Eingriff	129
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	130
1) Vereinigungsfreiheit	130
2) Koalitionsfreiheit	131
IV. Europarecht	133
Vertiefungsliteratur	134

<b>L. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis – Art. 10 GG</b> .....	135
I. Allgemeine Bedeutung	135
II. Schutzbereiche	136
III. Eingriffe	137
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	138
V. Europarecht	140
Vertiefungsliteratur	141
<b>M. Freizügigkeit – Art. 11 GG</b> .....	142
I. Allgemeine Bedeutung	142
II. Schutzbereich	142
III. Eingriff	144
IV. Schranken	144
V. Europarecht und internationales Recht	148
Vertiefungsliteratur	149
<b>N. Berufsfreiheit, Arbeitszwang und Wehrpflicht</b> .....	151
I. Die Berufsfreiheit – Art. 12 I GG	151
1) Schutzbereich	151
a) Berufsfreiheit als Abwehrrecht	151
b) Schutzpflichten aus Art. 12 I GG	154
2) Eingriff	155
3) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	158
II. Arbeitszwang und Zwangsarbeit	160
III. Wehrpflicht und Zivildienst – Art. 12 a GG	162
IV. Europarecht	163
Vertiefungsliteratur	164
<b>O. Die Unverletzlichkeit der Wohnung – Art. 13 GG</b> .....	165
I. Allgemeine Bedeutung	165
II. Schutzbereich	166
III. Eingriff	166
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	167
1) Durchsuchungen	167
2) Wohnraumüberwachungen	168

3) Sonstige Eingriffe	169
V. Europarecht	169
Vertiefungsliteratur	170
<b>P. Eigentum und Sozialisierung – Art. 14 und 15 GG</b>	<b>171</b>
I. Die Eigentumsgarantie – Art. 14 GG	172
1) Schutzbereich	172
a) Der Eigentumsbegriff	172
b) Einzelfälle und Abgrenzungen	173
c) Schutzrichtung	175
2) Eingriff	176
a) Schrankenbestimmung	176
b) Enteignung	176
3) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	177
a) Schrankenbestimmung	177
b) Enteignung	180
II. Sozialisierung – Art. 15 GG	182
III. Europarecht	183
Vertiefungsliteratur	184
<b>Q. Das Ausbürgerungs- und das Auslieferungsverbot – Art. 16 GG</b>	<b>185</b>
I. Allgemeine Bedeutung	185
II. Das Ausbürgerungsverbot – Art. 16 I GG	186
1) Schutzbereich	186
2) Eingriffe	188
3) Schranken	188
III. Das Auslieferungsverbot – Art. 16 II GG	190
1) Schutzbereich	190
2) Eingriff	190
3) Schranken	190
IV. Europarecht	191
Vertiefungsliteratur	191

<b>R. Das Asylrecht – Art. 16 a GG</b> .....	193
I. Allgemeines	193
II. Schutzbereich	195
III. Einschränkungen	196
IV. Unionsrecht – Weitere menschenrechtliche Schutzgarantien	197
Vertiefungsliteratur	199
<b>S. Das Petitionsrecht – Art. 17 GG</b> .....	201
<b>T. Die Justizgrundrechte</b> .....	203
I. Allgemeine Vorbemerkungen	203
II. Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG)	203
III. Verbot der Todesstrafe (Art. 102 GG)	204
IV. Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG)	204
V. Grundsatz der (Straf-)Gesetzlichkeit – <i>nulla poena sine lege</i> (Art. 103 II GG)	205
1. Verbot von Gewohnheitsrecht ( <i>lex scripta</i> )	206
2. Rückwirkungsverbot ( <i>lex praevia</i> )	206
3. Bestimmtheitsgebot ( <i>lex certa</i> )	207
4. Analogieverbot ( <i>lex stricta</i> )	208
VI. Verbot der Doppelbestrafung – „ <i>ne bis in idem</i> “ (Art. 103 III GG)	208
VII. Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehungen (Art. 104 GG)	209
1. Schutzbereich der Freiheit der Person	209
2. Eingriffe in die Bewegungsfreiheit	209
3. Verfahrensgarantien im Einzelnen	210
a) Das Misshandlungs-/Folterverbot	210
b) Der Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehungen	211
VIII. Europarechtliche Gewährleistungen	212
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	213
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	215

# Vorwort

Bei der Konzeption eines Lehrbuches stehen die Autoren vor allem vor der Frage, wie die jeweilige Materie am besten vermittelt werden könnte. Die Lösungen fallen unterschiedlich aus. Die studentischen Leser und Leserinnen werden leider gelegentlich mit einer Fülle von rechtsdogmatischen Details konfrontiert, hinter denen die relevanten und „lernbaren“ Strukturen verschwinden. Die politischen und sozialen Implikationen gehören insbesondere beim Verfassungsrecht zu den relevanten Fragen, die manche Entscheidungen und dogmatische Theorien erst verständlich machen.

Deswegen wollen wir mit „Verfassungsrecht konkret“ einen neuen Weg beschreiten: Die unverzichtbaren Grundelemente der Rechtsmaterie werden optisch besonders hervorgehoben und können so schnell erfasst und angeeignet werden. Die so hervorgehobenen Textteile sollen eine rasche und effiziente Prüfungsvorbereitung ermöglichen. Dazu sollen auch die zahlreichen Fälle mit Lösungen dienen, die überwiegend der relevanten Rechtsprechung entnommen wurden.

Wer sich gründlicher über die Herkunft bestimmter Regelungen, über aktuelle Konfliktfälle sowie die höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu informieren will, soll durch den (kleiner gedruckten) „Hintergrundtext“ auf seine Kosten kommen. Wir haben uns bemüht, gegenwärtige Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre mit der gebotenen wissenschaftlich-kritischen Distanz darzustellen. Fixpunkte der Orientierung sind dabei die Errungenschaften der europäischen Aufklärung und des Humanismus, die auch unter den politischen und ökonomischen Herausforderungen der Gegenwart nicht preisgegeben werden dürfen.

Anhand von Rechtsprechungsbeispielen wird auch das jeweils einschlägige Europarecht behandelt, das in Anbetracht der politischen Entwicklung immer wichtiger wird. Aus Platzgründen muss sich die Darstellung allerdings auf die Grundrechte beschränken; das Staatsorganisationsrecht soll einem später erscheinenden eigenständigen Band vorbehalten sein.

Wir danken allen, die uns mit Rat und Tat bei der Entstehung dieses Buches unterstützt haben.

## **Vorwort zur 3. Auflage**

Wir freuen uns, dass unser Lehrbuch so viel Anklang gefunden hat und nunmehr eine dritte Auflage erforderlich ist. Einige Unklarheiten wurden beseitigt sowie wichtige neue Rechtsprechung und Literatur eingearbeitet.

Andreas Fisahn, Bielefeld

Martin Kutscha, Berlin

# A. Allgemeine Grundrechtslehren, Aufbauschemata

Menschen- und Bürgerrechte haben heutzutage einen guten Klang. In Politik und Publizistik werden sie fast ständig im Munde geführt. Was sie aber wirklich bedeuten und welcher hohe Anspruch ihnen innewohnt, ist dabei allerdings nur selten bewusst. Mehr darüber zu wissen ist nicht nur deshalb wichtig, weil diese Rechtsmaterie bei verschiedenen Studiengängen zum Prüfungsstoff zählt: Das Maß der realen Geltung dieser Rechte ist ein wichtiges Indiz für das Funktionieren einer politischen und sozialen Ordnung, in der Menschen verschiedenster kultureller Prägung ohne Angst und Not friedlich zusammenleben können.

## I. Begriff und Kategorien der Grundrechte

Das Grundgesetz gewährleistet in seinen Art. 1 bis 19 eine Anzahl von Menschen- und Bürgerrechten, die unter dem Oberbegriff „Grundrechte“ zusammengefasst werden (Art. 1 III GG). Dieser Begriff meint mithin solche subjektiven Rechte, die wegen ihrer Bedeutung für den Einzelnen mit Verfassungsrang ausgestattet sind. Das BVerfG hat die Hauptfunktion der Grundrechte schon vor vielen Jahren auf eine griffige Formel gebracht: Sie „sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern“ (E 21, 362 [369]).

Das Gericht hat damit den von Georg Jellinek unterschiedenen *status negativus* und *status activus* zu einem modernen Grundrechtsverständnis kombiniert. Tatsächlich stand ihr Abwehrcharakter (*status negativus*) am Beginn der Geschichte der Grundrechte im Vordergrund. Es war vor allem das Streben des selbstbewussten Bürgertums nach Befreiung von feudalistischer Willkür und Bevormundung, das darin zum Ausdruck kam. Dies fand seinen Niederschlag schon in den frühen Grundrechtskatalogen wie der 1776 verkündeten Bill of Rights von Virginia: „Alle Menschen sind von Natur aus in gleicher Weise frei und unabhängig und besitzen bestimmte angeborene Rechte ...“ (was für die Sklaven allerdings nicht galt). Ähnlich hieß es in der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: „Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es“ (womit allerdings nicht die Frauen gemeint waren). Auch die „Grundrechte des deutschen Volkes“, die Bestandteil der „Paulskirchenverfassung“ von 1849 waren, statuierten vor allem Freiheitsrechte. Diese reichten immerhin von der Freiheit der Person (§ 138) über die Glaubens- und Gewissensfreiheit (§ 144) bis zur Unverletzlichkeit des Eigentums (§ 164). Ergänzt wurden diese Freiheitsgewährleistungen durch das Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz und der Abschaffung der Standesvorrechte (§ 137). Hierbei handelt es sich um eine zweite Kategorie von Grundrechten neben den Abwehrrechten, nämlich den Gleichheitsrechten.

Auch der Grundrechtskatalog des Grundgesetzes von 1949 enthält neben zahlreichen **Abwehrrechten** wie z. B. der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Meinungsfreiheit

oder der Berufsfreiheit **Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote** in Art. 3, die dann in den Art. 6 V und 33 I – III noch eine spezielle Ausprägung finden. In zweierlei Hinsicht bedeutet dieser Katalog indessen einen wichtigen Fortschritt gegenüber den Vorgängerverfassungen: Mit Absicht wurde er an den **Anfang der Verfassung** vor die staatsorganisatorischen Regelungen gestellt. Nachdem die persönlichen Freiheitsrechte im NS-Regime mit Füßen getreten worden waren, sollte nunmehr ihre **besondere Verpflichtungskraft** für alle Staatsgewalten zum Ausdruck gebracht werden. Dies geschah auch durch die Bestimmung in Art. 1 III GG, dass die nachfolgenden Grundrechte als „unmittelbar geltendes Recht“ alle Staatsgewalten, also auch die Gesetzgeber, binden.

In der Weimarer Reichsverfassung von 1919 fehlte hingegen eine solche, den rechtlichen Rang der Grundrechte eindeutig bestimmende Norm. Deshalb wurde teilweise angenommen, dass diese nur nach Maßgabe des Gesetzes gelten würden. Damit und durch weitere rechtliche Konstruktionen wurde die Wirkkraft der Grundrechte geschmälert. Allerdings enthält der Grundrechtskatalog der Weimarer Reichsverfassung neben den Abwehr- und Gleichheitsrechten noch eine dritte Grundrechtskategorie, und zwar eine Anzahl von Teilhaberechten oder sozialen Grundrechten. Zu nennen ist hier insbesondere Art. 163 II WRV: „Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben“.

Ein solches „Recht auf Arbeit“ oder vergleichbare **soziale Grundrechte** finden sich – abgesehen vom Anspruch auf Mutterschutz in Art. 6 IV – im Grundgesetz hingegen nicht. Dies ist nicht etwa Ausdruck einer generellen Ablehnung dieser Kategorie von Grundrechten, sondern lässt sich durch die Entstehung des Grundgesetzes als Provisorium und die damit verbundene Ausklammerung strittiger Fragen im Parlamentarischen Rat erklären.

Indessen enthalten die meisten **Verfassungen der Bundesländer** einen Katalog solcher sozialen Grundrechte, der zumeist das Recht auf Arbeit, das Recht auf Bildung sowie das Recht auf Wohnraum in jeweils unterschiedlicher Ausprägung umfasst. Darüber hinaus hat sich die Bundesrepublik Deutschland als Gesamtstaat in mehreren völkerrechtlichen Vertragswerken wie insbesondere der **Europäischen Sozialcharta** von 1961 sowie dem **Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte** (UNO-Sozialpakt) von 1966 zur Gewährleistung solcher Rechte verpflichtet.

Allerdings wird die rechtliche Bedeutung der sozialen Grundrechte weithin in Frage gestellt; dabei wird insbesondere auf deren **mangelnde Einklagbarkeit** im Gegensatz zu den Abwehr- und Gleichheitsrechten verwiesen. In der Tat betrachten die Verfassungsgerichte der Länder die landesverfassungsrechtlich verankerten sozialen Grundrechte lediglich als **Staatszielbestimmungen**, die keine subjektiven Rechte beinhalten (z. B. SaarlVerfGH, NJW 1996, 383). Indessen enthalten manche der sozialen Grundrechte durchaus konkrete Vorgaben für das Handeln der Staatsgewalt, die von den Gerichten zu berücksichtigen sind. In der Kontroverse um die Vereinbarkeit der **Erhebung von Studiengebühren** mit der völkerrechtlichen Verpflichtung zur „allmählichen Einführung der Unentgeltlichkeit“ des Hochschulunterrichts in Art. 13 II UNO-Sozialpakt (sowie mit Art. 59 I hess.Verf.) wird darauf mit Recht verwiesen. Auf internationaler Ebene besteht seit Jahren ein weit gehender Konsens

über die **Unteilbarkeit** und **gegenseitige Abhängigkeit** der Abwehrrechte und der sozialen Grundrechte, wie er z. B. in der Abschlusserklärung der Wiener Weltmenschengerichtskonferenz 1993 formuliert wurde. Auch das BVerfG erkannte im Hinblick auf die Problematik des Numerus Clausus an den Hochschulen angesichts der freien Wahl der Ausbildungsstätte nach Art. 12 GG richtig, dass „das Freiheitsrecht ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos“ ist (E 33, 303 [331]). An diesen Zusammenhang zwischen den verschiedenen Grundrechtskategorien und der daraus resultierenden Verantwortung des Staates für grundrechtskonforme Bedingungen ist angesichts von Massenarbeitslosigkeit, zunehmender Armut sowie einer chronischen Unterfinanzierung des öffentlichen Bildungssektors in Deutschland nachdrücklich zu erinnern.

Eine Art Leistungskomponente erhalten klassische Abwehrrechte allerdings dadurch, dass aus ihnen **Schutzpflichten des Staates** abgeleitet werden. So entnimmt das BVerfG insbesondere dem Recht auf Leben nach Art. 2 II 1 GG nicht nur ein grundsätzliches Verbot staatlicher Eingriffe, sondern auch die Pflicht des Staates, „sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen“ (E 39, 1 [42]). Daraus ergebe sich auch ein **Untermaßverbot** für das staatliche Handeln in diesem Bereich (E 88, 203 [254]).

Vor allem in seinen beiden Urteilen zur **Schwangerschaftsunterbrechung** hat das Gericht aus der grundrechtlichen Schutzpflicht detaillierte verfassungsrechtliche Vorgaben für den Gesetzgeber hinsichtlich der Ausgestaltung des § 218 StGB abgeleitet (E 39, 1 u. 88, 203). Demgegenüber hat es z. B. anlässlich der Entführung des Arbeitgeberpräsidenten **Schleyer** durch Terroristen im Jahre 1977 den staatlichen Organen einen weiten Spielraum für die Entscheidung eingeräumt, auf welche Weise diese Schutzpflicht erfüllt wird (E 46, 160 [164]). Seine Übersteigerung findet der Schutzpflichtgedanke in der Konstruktion eines „**Grundrechts auf Sicherheit**“ durch einige Autoren. Die Abwehrfunktion der Grundrechte wird damit geradezu auf den Kopf gestellt, weil ein solches uferloses „Grundrecht“ letztlich beliebige Eingriffe staatlicher Sicherheitsbehörden in eine Vielzahl anderer Grundrechte legitimieren könnte. Die Konstruktion des „Grundrechts auf Sicherheit“ ist deshalb abzulehnen.

Überzeugend ist hingegen die Position des BVerfG, dass sich die Bedeutung der Grundrechte nicht nur im materiellen Recht, sondern auch in den Regelungen des Verfahrensrechts niederschlagen muss. Ein solcher **Grundrechtsschutz durch Verfahren** ist insbesondere bei der staatlichen Genehmigung gefahrenträchtiger Anlagen, z. B. beim Bau von Atomkraftwerken, von großer Bedeutung (E 53, 30 [65] – Mülheim-Kärlich).

Eine weitere Grundrechtskategorie spielt inzwischen nur noch eine vergleichsweise geringe Rolle: Manche Grundrechte wie z. B. die Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG), der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 I GG) sowie die Gewährleistung des Eigentums (Art. 14 GG) werden neben ihrer Funktion als Abwehrrecht auch als institutionelle bzw. als **Institutsgarantie** verstanden. Diese Funktion wird aus dem **objektiv-rechtlichen Gehalt** der Grundrechte, ihrem Auftrag zur Ordnung bestimmter Lebensbereiche abgeleitet.

So entnimmt das BVerfG z. B. dem Schutzauftrag für Ehe und Familie eine „verbindliche Wertentscheidung für den ganzen Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts“ (E 6, 55 [72]). Daraus hat es in früheren Entscheidungen eine Rechtfertigung der Privilegierung der Ehe, z. B. im Steuerrecht sowie bei der Beamtenbesoldung

abgeleitet, wovon allerdings in jüngsten Entscheidungen abgerückt wird (vgl. z. B. BVerfG, NJW 2010, 1439). Dieser Rechtsprechungswandel ist in Anbetracht der heutigen Pluralität von Lebensgemeinschaften aus rechtspolitischer Sicht überzeugend.

Aus den Abwehrrechten ergibt sich nicht nur die Freiheit, etwas Bestimmtes zu tun, sondern auch, etwas staatlicherseits Gewünschtes **nicht** zu tun. So wäre z. B. die Verpflichtung, an einer die Regierung bejubelnden Kundgebung teilzunehmen oder einem bestimmten politischen Verein beizutreten, ein Eingriff in die **negativen Freiheitsrechte**, wie sie sich in diesen Fällen aus den Art. 8 und 9 I GG ergeben.

## II. Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsverpflichtete

Die meisten Grundrechte des Grundgesetzes sind als **Menschenrechte** ausgestaltet (z. B. Art. 2: „Jeder hat ...“; Art. 3 I: „Alle Menschen ...“). Das bedeutet, dass alle sich im Geltungsbereich des Grundgesetzes befindlichen Menschen den Schutz dieser Grundrechte in Anspruch nehmen können. Bei den Grundrechten der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG), der Freizügigkeit (Art. 11 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sowie des Auslieferungsverbots (Art. 16 II GG) handelt es sich jedoch um **Bürgerrechte**, die lediglich den deutschen Staatsangehörigen (vgl. Art. 116 GG) zustehen.

Daraus darf jedoch nicht geschlussfolgert werden, dass Einwohner, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit haben, z. B. bei der Abhaltung einer Versammlung keinen Grundrechtsschutz genießen. Sie können hierfür zwar nicht den Art. 8 GG in Anspruch nehmen, wohl aber die Menschenrechte der Meinungsfreiheit (z. B. bei einer politischen Versammlung) oder der allgemeinen Handlungsfreiheit.

Ab welchem **Lebensalter** die Grundrechte in Anspruch genommen werden können, hat weder das Grundgesetz noch einfache haben es Gesetze ausdrücklich geregelt. Einigkeit besteht allerdings darüber, dass die **Grundrechtsmündigkeit** nicht erst mit der Volljährigkeit einsetzt. Je nach dem Charakter der Grundrechtsgewährleistung können sich auch Minderjährige auf die Grundrechte berufen. So steht die Glaubensfreiheit bereits Jugendlichen ab 14 Jahren zu, wie das Gesetz über die religiöse Kindererziehung von 1921 bestimmt.

Schwieriger als bei natürlichen Personen ist die Bestimmung der Grundrechtsberechtigung (= Grundrechtsträgerschaft) bei **juristischen Personen**. Die Antwort des Grundgesetzes auf diese Frage klingt geradezu sybillinisch: Nach Art. 19 III sollen die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, „soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“. – Aber was macht das Wesen der verschiedenen Grundrechte aus, und was lässt sich daraus für die Einbeziehung juristischer Personen in ihren Schutz ableiten?

Innerhalb der kontroversen Diskussion um diese Frage vertritt das BVerfG die **Durchgriffstheorie**. Danach ist eine solche Einbeziehung nur gerechtfertigt, wenn die Bildung und Betätigung der jeweiligen juristischen Person „Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der ‚Durchgriff‘ auf die hinter den juristischen Personen ste-

henden Menschen dies als sinnvoll oder erforderlich erscheinen läßt“ (E 21, 362 [369]). – Ob sich mit Hilfe dieser Formel eindeutige Antworten finden lassen, darf allerdings bezweifelt werden. Weit gehende Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass solche Grundrechte, die die physisch-psychische Existenz des Menschen schützen, auf juristische Personen **nicht anwendbar** sind. Bei allen anderen Grundrechten ist im Zweifel davon auszugehen, dass sich ihr Schutz auch auf juristische Personen des Privatrechts erstreckt.

Demgegenüber können sich **juristische Personen des öffentlichen Rechts** wie z. B. Gemeinden oder andere Gebietskörperschaften **nicht** auf die Grundrechte berufen, weil sie als Inhaber von Staatsgewalt selbst durch die Grundrechte **verpflichtet** werden. Von dieser Regel gibt es aber wiederum einige wichtige **Ausnahmen**: So können sich die **Hochschulen** als selbstverwaltete Körperschaften mit spezifischer Zielsetzung auf die Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 III GG), die **Rundfunk- und Fernsehanstalten** auf die Rundfunkfreiheit (Art. 5 I 2 GG) sowie die **Kirchen** auf die Glaubensfreiheit (Art. 4 GG) und ihr Selbstverwaltungsrecht (Art. 140 GG i. Verb. m. Art. 137 III WRV) berufen (E 61, 82 [102]).

Die **Grundrechtsverpflichtung** aller öffentlichen Gewalt (vgl. Art. 1 III GG) ist gleichsam die Kehrseite der Grundrechtsberechtigungen.

Die Staatsgewalt als der eigentliche **Grundrechtsadressat** bleibt auch dann an die Grundrechte gebunden, wenn die Folgewirkungen ihres Handelns im **Ausland** eintreten (E 6, 290 [295]). Dies ist insbesondere bei Einsätzen der **Bundeswehr** auf Kriegsschauplätzen wie Afghanistan sowie bei der Überwachung der Telekommunikation im Ausland durch den **Bundesnachrichtendienst** von Bedeutung, weil Streitkräfte und der Nachrichtendienst Teil der vollziehenden Gewalt des Bundes sind.

Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt gilt des weiteren auch dann, wenn sie z. B. beim Betreiben von Verkehrs- oder Versorgungsunternehmen in Formen des **Privatrechts** handelt. Sie soll sich durch eine „Flucht in das Privatrecht“ nicht ihrer verfassungsmäßigen Pflichten entledigen können (BGHZ 52, 325 [328]). Als schwieriger gestaltet sich die Frage der Grundrechtsbindung allerdings dann, wenn sich der Staat neben Privaten an sog. **„gemischtwirtschaftlichen Unternehmen“** beteiligt, wie es heute im Zuge schrittweiser **Privatisierung** immer mehr geschieht. Soweit der Staat als alleiniger oder als Mehrheitsaktionär (z. B. einer Flughafen-AG) agiert, bleibt seine Grundrechtsbindung unzweifelhaft bestehen (vgl. BVerfGE 128, 226 – Fraport) Aber selbst bei einer Veräußerung seiner Mehrheitsanteile bei Versorgungsunternehmen o. ä. an Private trifft den Staat nach zutreffender Auffassung eine Pflicht zur **Gewährleistung der Grundrechtsgeltung** (z. B. durch entsprechende Gestaltung der jeweiligen Hausordnungen). Die voranschreitende Privatisierung öffentlicher Räume darf nicht dazu führen, dass z. B. die Grundrechte der freien Kommunikation praktisch „ortlos“ werden. Mit Recht hat deshalb das BVerfG festgestellt, dass ein Grundrecht wie die Versammlungsfreiheit nicht nur auf öffentlichen Plätzen, sondern auch dort gilt, wo ein „öffentliches Forum“ in privatrechtlicher Form betrieben wird (BVerfGE 128, 226 (253 f.) – Fraport, BVerfG-K, NJW 2015, 2485 – „Bierdosen-Flashmob“).

Eine unmittelbare Grundrechtsbindung für **Private** bestimmt das Grundgesetz nur in Art. 9 III 2 GG für die **Koalitionsfreiheit** ausdrücklich. Gleichwohl besteht heute weit-

hin Einigkeit darüber, dass die Grundrechte **Wirkungen für die gesamte Rechtsordnung**, mithin auch für das **Privatrecht** entfalten.

Zwar konnte sich die Lehre von der **unmittelbaren Drittwirkung** der Grundrechte, also deren direkte Verpflichtungswirkung auch für private Rechtsgeschäfte, nicht durchsetzen. Die Richtung wurde indessen schon durch das berühmte „Lüth-Urteil“ des BVerfG von 1958 vorgegeben: Danach sollen die Grundrechte zwar in erster Linie Abwehrrechte gegenüber der Staatsgewalt sein. Ebenso richtig sei aber, dass das Grundgesetz „in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt.“ Dieses Wertesystem müsse als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für **alle Bereiche des Rechts** gelten. Zwar bleibe ein Streit zwischen Privaten materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Die Auslegung des bürgerlichen Rechts habe indessen der Verfassung zu folgen. Als „Einbruchstellen“ der Grundrechte betrachtet das BVerfG insbesondere die **Generalklauseln**, in denen z. B. auf die „guten Sitten“ verwiesen werde, wie § 826 BGB. Durch eine entsprechende Auslegung des Zivilrechts kann somit die **„Ausstrahlungswirkung“** der Grundrechte auch in diesem Bereich zur Geltung gebracht werden (E 7, 198 [205 ff.] → F IV). In neueren Entscheidungen argumentiert das Gericht weniger mit dem Charakter der Grundrechte als „Wertordnung“ und betrachtet die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht statt dessen als Unterfall der **staatlichen Schutzpflicht** (z. B. E 114, 1 [34 f.]) – was am Ergebnis allerdings kaum etwas ändert: Die Grundrechte sind über ihre ursprüngliche Rolle als Regulativ für das Verhältnis zwischen Bürger und Staat längst hinausgewachsen.

### III. Grundrechtseingriff

Als Eingriff in ein Grundrecht wurde früher nur ein ausdrückliches und rechtsverbindliches Ge- oder Verbot einer staatlichen Stelle betrachtet. Inzwischen hat sich in Rechtsprechung und Literatur jedoch ein **weites Verständnis** des Grundrechtseingriffs durchgesetzt. Danach wird schon jede Erschwerung der Grundrechtswahrnehmung unabhängig von der Rechtsform als Eingriff gewertet.

So gelten nach der Rechtsprechung des BVerfG z. B. behördliche Warnungen vor gepanschem Wein oder vor sog. „Jugendsekten“ als Eingriffe in die Berufs- bzw. die Glaubensfreiheit (BVerfGE 105, 252; 105, 279). Auch die Beobachtung der an einer Demonstration teilnehmenden Personen durch Videokameras der Polizei wird wegen ihrer einschüchternden Wirkung zu Recht als Eingriff in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit betrachtet (vgl. BVerfGE 122, 342 [368 f.]).

### IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen (Grundrechtsschranken)

***Fall:** Der Gastwirt G. erhält vom zuständigen Gewerbeamt ein Schreiben, in dem es u. a. heißt: „Hiermit fordern wir Sie auf, binnen 3 Wochen nach Erhalt dieses Bescheides auf dem Gartengrundstück vor dem Eingang Ihres Lokals ‚Zum grünen Ochsen‘ ein Hauszelt mit sog. Heizpilzen zu errichten. Zur Begründung verweisen wir auf die*

*Gesundheitsgefährdung der Raucher, die sich wegen des allgemeinen Rauchverbots in den Räumen Ihres Lokals genötigt sehen, zum Genuss einer Zigarette das Lokal zu verlassen. Angesichts der winterlichen Temperaturen besteht die Gefahr, dass die Raucher sich während des Aufenthalts im Freien eine Erkältung zuziehen. Um dem entgegenzuwirken, ist es notwendig, das oben genannte Schutzzelt zu errichten, wie es ja auch viele Wirte in unserer Stadt bereits getan haben“.*

*Herr G. ist empört. Er hält die behördliche Anweisung für eine Verletzung seiner grundrechtlich geschützten Gewerbefreiheit. Hat er Recht?*

Dass die Ausübung grundrechtlicher Freiheit dort ihre Grenzen finden muss, wo sie die Rechtssphäre anderer oder wichtige Gemeinschaftsgüter verletzt, liegt auf der Hand. Mit einer so pauschalen Formel lassen sich solche Konflikte allerdings nicht in rechtsstaatlich befriedigender Weise lösen, weil die genaue Bestimmung dieser Grenzen sowohl vom verfassungsrechtlichen Stellenwert der widerstreitenden Rechtsgüter als auch von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängt. Hierfür stellt das Grundgesetz eine **ausdifferenzierte Schrankensystematik** zur Verfügung, dessen sorgfältige Handhabung unabdingbare Voraussetzung für die überzeugende Lösung eines Grundrechtsfalles ist.

Zu unterscheiden sind **drei Arten von Grundrechtsschranken**: Viele der im Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte unterstehen einem **Gesetzesvorbehalt**. Sie dürfen „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ eingeschränkt werden. Damit überantwortet der Verfassungstext die Befugnis zur Bestimmung der Grundrechtsschranken in diesen Fällen dem Gesetzgeber.

Vom **einfachen Gesetzesvorbehalt**, wie er in den Art. 2 II 3, 8 II und 12 I GG zu finden ist, unterscheidet sich der **qualifizierte Gesetzesvorbehalt**. So dürfen die in Art. 5 I GG gewährleisteten Grundrechte wie die Meinungsfreiheit u. a. nicht durch irgendwelche gesetzlichen Regelungen eingeschränkt werden, sondern nur durch solche Gesetze, wie sie in Art. 5 II näher umschrieben sind. Generell hat der Gesetzgeber bei der Beschränkung der unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte keineswegs freie Hand. Vielmehr muss die entsprechende Regelung verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, die sich aus dem **Rechtsstaatsprinzip** ergeben, wie z. B. dem **Bestimmtheitsgebot** sowie dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. In Art. 19 I u. II GG sind weitere Anforderungen positiviert: So darf es sich nicht um ein **Einzelfallgesetz** handeln. Ferner muss das **Zitiergebot** beachtet werden. Dieses Gebot, das jeweils eingeschränkte Grundrecht ausdrücklich zu benennen, soll nach der Rechtsprechung des BVerfG eine **Warn- und Besinnungsfunktion** für den Gesetzgeber erfüllen (E 85, 386 [403 f.]). Dieser soll mit seiner Ermächtigung zur Einschränkung von Grundrechten nicht leichtfertig umgehen. Er darf des weiteren nicht den **Wesensgehalt** eines Grundrechts antasten, Art. 19 II GG. Wie dieser Wesensgehalt genauer bestimmt werden kann, ist allerdings seit langem umstritten. Gleichwohl muss erstaunen, welche geringe Rolle diese Wesensgehaltsgarantie bisher in der Rechtsprechung des BVerfG spielt. Immerhin ist die gezielte Tötung eines Menschen durch den „finalen Rettungsschuss“, wie ihn die Polizeigesetze der meisten Bundesländer erlauben, nicht anders denn als **vollständige Entziehung des Rechts auf Leben** durch den Staat zu werten. Ein gewisses Äquivalent zur Wesensge-

haltsgarantie bildet allerdings die neuere Rechtsprechung des BVerfG, die Grundrechten wie der Unverletzlichkeit der Wohnung sowie dem Recht auf Leben einen für die Staatsgewalt unantastbaren **Menschenwürdekern** zuspricht (E 109, 279 [313]; 115, 118 [152 ff.]).

Eine zweite Art der Beschränkung ergibt sich aus den **grundrechtsunmittelbaren Schranken**: Einige Grundrechte bestimmen in ihrem Text die Voraussetzungen ihrer Beschränkung selbst. So enthalten z. B. die im Jahre 1998 eingefügten Absätze 3 bis 5 des Art. 13 GG detaillierte Regelungen hinsichtlich der Voraussetzungen für Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung („Lauschangriffe“, → O IV).

Ein weiteres Beispiel ist die Bestimmung in Art. 8 I GG, wonach die Versammlungsfreiheit nur „friedlich und ohne Waffen“ ausgeübt werden darf. Diese Regelung lässt sich allerdings auch schon als Beschränkung des Schutzbereichs dieses Grundrechts verstehen. Der Begriff der „Friedlichkeit“ ist indessen keineswegs eindeutig; zu Recht wird er vom BVerfG weit verstanden und umfasst auch z. B. passive Sitzblockaden (E 87, 399 [406] → J IV).

Bei Grundrechten wie der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) sowie der Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) nennt der Text des Grundgesetzes überhaupt keine Schranken. Das bedeutet aber nicht, dass die Wahrnehmung dieser Grundrechte keinerlei Bindungen unterliegt. Sie darf vielmehr aufgrund des **Vorrangs anderer Verfassungsgüter** eingeschränkt werden. Hierfür hat sich der Begriff „**verfassungsimmanente Schranken**“ eingebürgert. So darf z. B. unter Berufung auf die Glaubensfreiheit kein Menschenopfer wie im Aztekenreich durchgeführt werden, weil das Recht auf Leben Vorrang hat. In den meisten der zu entscheidenden Fälle ist das Rangverhältnis zwischen den widerstreitenden Verfassungsgütern allerdings nicht so eindeutig. Dann muss eine **einzelfallbezogene Güterabwägung** stattfinden. (Dies gilt allerdings nicht für die Menschenwürdegarantie, die nicht abwägbar und erst recht nicht „wegwägbar“ ist, wie der ehemalige BVerfG-Präsident Papier richtig konstatierte).

So genießt z. B. die aus Art. 33 IV u. V GG abgeleitete **Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes** oder die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr keineswegs einen automatischen Vorrang beispielsweise vor dem Grundrecht der Gewissensfreiheit. Nach dem Grundsatz der **praktischen Konkordanz** muss in solchen Konfliktfällen vielmehr versucht werden, einen schonenden Ausgleich zwischen den verschiedenen Verfassungsgütern unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls herbeizuführen (vorbildlich BVerwG, NJW 2006, 77 zur Befehlsverweigerung eines Bundeswehroffiziers aus Gewissensgründen; → E IV).

Die früher vertretene Auffassung, dass die Grundrechte im **Sonderstatusverhältnis** („besonderes Gewaltverhältnis“), also für Beamte, Soldaten und Strafgefangene nicht gelten, ist inzwischen aufgegeben. Maßgeblich ist insoweit der berühmte **Strafgefangenenbeschluss** des BVerfG vom 14. 3. 1972. Danach widerspricht es der umfassenden Bindung der Staatsgewalt an die Grundrechte gemäß Art. 1 III GG, „wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten... Die Grundrechte von Strafgefangenen können also nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, das allerdings auf – möglichst engbegrenzte – Generalklauseln nicht wird verzichten können“ (E 33, I [11]). Inzwischen ist unbestritten, dass auch die Grundrechte von Beamten und Soldaten nur **nach Maßgabe der jeweiligen Gesetze** eingeschränkt werden dürfen.