

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 639

**Objektivierbarkeit
des verfassungsrechtlichen
Freiheitsbegriffs**

Von

Jaeman Yun



Duncker & Humblot · Berlin

JAEMAN YUN

**Objektivierbarkeit des
verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 639

Objektivierbarkeit des verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs

Von

Prof. Dr. jur. Jaeman Yun



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Yun, Jaeman:

Objektivierbarkeit des verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs /

von Jaeman Yun. – Berlin : Duncker und Humblot, 1993

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 639)

Zugl.: München, Univ., Diss., 1992

ISBN 3-428-07819-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1993 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-07819-5

***Meiner Großmutter, meiner Mutter
und meiner Frau***

Freiheit ist zu vermuten, bis dies
widerlegt ist.

Ernst-Paul Happe
Leitender Regierungsdirektor a.D.

Vorwort

Der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist nicht eine bestimmte Verfassung. Vielmehr hat diese Untersuchung die Verfassung im allgemeinen zum Gegenstand. Denn durch sie wird *Freiheitsoptimierung* dargelegt; die Freiheit des einzelnen muß dazu im Einzelfall nicht erst begründet werden, sondern sie wird als Regel, begründungslos, vermutet, bis nicht das Gegenteil eine Beschränkung oder Ausschließung (zur Rationalisierung) erforderlich macht. Die Untersuchung wendet sich also generell an moderne, gegenwärtige Verfassungen, die im materiellen Sinne durch das Demokratieprinzip, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (vgl. Art. 20 Abs. 2 GG), konstituiert und geleitet werden. Bei solchen Verfassungen wird sie zwar wenigen Problemen begegnen und überwiegend Zustimmung finden, doch setzt sie keine bestimmte Verfassung voraus. Das Ergebnis einer solchen Untersuchung erscheint deshalb substanzlos und somit ungeeignet, ein Verständnis zu begründen, das die Bewältigung praktischer, hic et nunc gestellter verfassungsrechtlicher Probleme zu leiten und zu lösen imstande wäre¹. Insoweit kann die Brauchbarkeit bzw. Feinheit einer solchen allgemeinen Untersuchung auf die einer ihr korrespondierenden Verfassungsrechtstheorie reduziert werden. Wenn eine Verfassungsrechtstheorie ihren verfassungsrechtlichen Begriff insbesondere den der Grundrechte und somit den der Freiheit - denn die Grundrechte dienen letzten Endes verfassungsrechtlich der Freiheit und freien Persönlichkeitsentfaltung - im Sinne der essentialistischen Definitionstheorie², das heißt im Sinne eines absoluten und endgültigen Wissens versteht, will sie bestimmt alles vom Begriff deduzieren. Aber ohne Anknüpfung an oder unter Ablösung von der jeweiligen geschichtlich-konkreten Situation ist es einem

¹ Vgl. K. Hesse, Grundzüge des VerfassungsR, RNr. 1 ff., S. 3.

² Vgl. Chr. Starck, Empirie in der Rechtsdogmatik, S. 612, in: JZ 20 (1972), 609 ff. (abl.), wonach die meisten Menschen Anhänger einer naturalistischen Sprachphilosophie sei, nach deren Ansicht die Sprache die Wirklichkeit abbilde; ebenfalls krit. H.-G. Gadamer, Hermeneutik I (Wahrheit und Methode, Bd. 1, Gesammelte Werke), Tübingen, 1990, S. 409 ff. (409: "Die innere Einheit von Wort und Sache . . ."); ders., Hermeneutik II (Wahrheit und Methode, Bd. 2, Gesammelte Werke), Tübingen, 1986, S. 73 ("die innere Zusammengehörigkeit von Wort und Ding . . . am Anfang des Denkens über Sprache . . ."). Bei der essentialistischen Definitionstheorie muß diese Abbildtheorie vorausgesetzt werden.

Menschen nicht möglich, einen Begriff zu bilden oder ihn zu erfassen oder ihn weiterzubilden oder darin enthaltenen Vorurteile in einem relativen Sinne möglicherweise zu berichtigen. Sonst müßte der Begriff bzw. dessen Untersuchung, die ihn zum Gegenstand hat, insoweit leerlaufen. Jeder Begriff muß auf seine konkrete Situation Bezug nehmen und darf nur in diesem Zusammenhang verstanden und definiert werden. Er läßt sich also nicht für sich selbst verstehen. Denn das Subjekt ist ja nicht von der jeweiligen konkreten Situation getrennt. Es ist mit seiner persönlichen Fähigkeit und seinen Umständen verbunden. Also vermag es irgendein Objekt ohne solche Voraussetzungen, die ihm nicht nur Vorurteile geben, sondern auch das Begreifen überhaupt erst ermöglichen, nicht so "rein", nämlich "nicht von einem außerhalb des geschichtlichen Seins liegenden, gleichsam archimedischen Punkt aus", oder wie es "ein Geschöpf vom Mars" täte, zu erfassen. Daher sind detaillierte Besonderheiten einer Verfassung, die über diese Untersuchung hinausgehen, einer Ergänzung bedürftig und müssen sich infolgedessen, soweit dies möglich ist, ausschließlich aus der jeweiligen geschichtlich-konkreten Verfassung ergeben. Denn ohne Berücksichtigung konkreter geschichtlicher Situationen könnte alles inhaltlos und abstrakt leerlaufen und somit nicht, in die Realität umgesetzt, aktualisiert werden, genau so, wie wenn eine als in sich geschlossen verstandene Verfassung alle konkreten Lebensverhältnisse vernachlässigen würde. Hier kommt dies im besonderen dadurch zum Ausdruck, daß der verfassungsrechtliche Freiheitsbegriff, dessen Objektivierbarkeit sich als Gegenstand der Untersuchung darstellt, losgelöst weder von seiner geschichtlich konkreten Verfassung noch von seinen Lebensverhältnissen, also absolut und abstrakt, verstanden werden darf. Diesen Sinn setzt auch die vorliegende Untersuchung wie andere Vorverständnisse, die zeitlich und räumlich bedingt und geprägt sind, voraus. Denn nur und erst aus der konkreten geschichtlichen Situation, in der man sich befindet und die die Voraussetzungen zum Erfassen gibt, können Inhalte verständlich werden³. Jede Theorie ist, soweit sie allgemein ist, unpräzise und abstrakt. Daher kann sie ohne Verbindung mit einer bestimmten, konkreten Verfassung nichts Konkretes sagen. Dennoch besteht immer noch die Notwendigkeit einer solchen allgemeinen Verfassungsrechtstheorie, mit deren Hilfe die Unbestimmtheit oder Offenheit der Verfassung den Anforderungen im Einzelfall Genüge leisten kann (obwohl sie einen relativ hohen Abstraktionsgrad hat). Daher kann diese Theorie nicht allein aus dem Kontext der Verfassung gewonnen wer-

³ Vgl. *ders.*, aaO, RNr. 5, 62; *L. Wittgenstein*, *Phil. Untersuchungen*, Frankfurt/M., 1984, § 88; *W. Stegmüller*, *Gegenwartsphilosophie*, Bd. I, Stuttgart, 1978, S. 564 ff.; *K. R. Popper*, *Logik der SozialW*, in: *Adorno /Dahrendorf /Habermas*, *Positivismusstreit*, Darmstadt, Neuwied, 1984, S. 103 ff. (108 f.); *ders.*, *Offene Gesellschaft II*, München, 1980, S. 282 ff, 454 f.

den⁴. Eine derartige Theorie muß vielmehr zu ihrer Begründung Prämissen voraussetzen, die dem Kontext der Verfassung nicht zwingend entnommen werden können⁵.

Jaeman Yun

⁴ Hiergegen: *E.-W. Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik, S. 2097 f., in: NJW 29 (1976), S. 2089, der ausführt, die verbindliche Verfassungstheorie müsse der Verfassung selbst, sei es explizit oder implizit, entnommen werden. Denn sonst könne zum einen auch heterogenen Ordnungsvorstellungen Einlaß gewährt werden. Zum anderen könne - wiewohl er es nicht ausdrücklich sagt - eine der Verfassung inhaltlich heterogene Verfassungstheorie einer Stärkung oder Rückgewinnung der Normativität der Verfassung entgegenwirken. Dieser letztere Punkt ist aber m.E. einer näheren Untersuchung bedürftig.

⁵ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., Frankfurt/M, 1986, S. 515.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I **Einleitung**

§ 1. Aufgabenbestimmung	23
I. Fragestellung	23
II. Begriff der verfassungsrechtlichen Freiheit und Freiheitsbegriff als Untersuchungsgegenstand	30
1. Begriff der verfassungsrechtlichen Freiheit und Gegenstand der Untersuchung	30
2. Freiheitsbegriff als Untersuchungsgegenstand	38
a) Materielle Freiheit	38
b) Verhaltensalternative	41
c) Potentiell rechtliche Freiheit	42
§ 2. Methodologische Grundlage	44
I. Positivismus	44
II. Theorie des Wissens	45
III. Vorverständnis bzw. Selbstverständnis	48
IV. Geltung und Wirksamkeit der Rechtsnorm	50
1. Rechtsnorm und Wirklichkeit	50
2. Geltung und Wirksamkeit der Rechtsnorm	52
3. Interpretation zur optimalen Normativität und normativen Kraft der Rechtsnorm	61
a) Zu Begriffen der Normativität und der normativen Kraft	61
b) Interpretation zur optimalen Normativität und norma- tiven Kraft	61
c) Zu Einwänden vom juristischen Positivismus	62
V. Zum "soziologischen" Positivismus	69
VI. Grundlage der juristischen Argumentation	80
1. Juristische Argumentation	81
a) Verhältnis von Praxis, theoretischem Wissen und prak- tischem Wissen	81
b) Juristische Argumentation	87

2. Begründung der juristischen Argumente	89
a) Rechtspositive Begründung der juristischen Argumente.....	90
b) Empirische Begründung der juristischen Argumente.....	90
3. Möglichkeit der empirischen Begründung der juristischen Argumente	92
a) Positive Möglichkeit der empirischen Begründung der juristischen Argumente.....	95
b) Negative Möglichkeit der empirischen Begründung der juristischen Argumente.....	98

Kapitel II

Objektivierung des verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs

§ 1. Objektivierung der grundrechtlichen Begriffe außerhalb der Verfassung.....	108
I. Verfassungsrechtlicher Freiheitsbegriff, Leitbegriff und grundrechtliche Begriffe	108
II. Objektivierung der grundrechtliche Begriffe außerhalb der Verfassung.....	110
§ 2. Objektivierung der grundrechtlichen Begriffe in der Verfassung	124
I. Einfluß außerverfassungsrechtlicher Begriffe	124
1. Definitionskette	124
2. Außerverfassungsrechtliche Begriffe als Vorwissen	125
II. Subjektive Gebrauchseigenschaft	127
1. Subjektive Kraft	127
2. Gebrauch der zwischenmenschlichen Situation.....	128
III. Definition der grundrechtlichen Begriffe in der Verfassung	130
1. Kontext der Verfassung	133
2. Begrenztheit der Gebrauchsdefinition.....	143
IV. Kräftefeld der Verfassung	143
1. Staat und Gesellschaft	143
2. Freie Kraft als natürliche Persönlichkeit	149
3. Eigenschaft der freien Kraft	149
V. Objektivierung des Freiheitsbegriffs in der Verfassung	150
§ 3. Objektivierbarkeit des verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs.....	153

Kapitel III
**Rationalisierung des
 verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs**

§ 1. Extensive Fassung des Grundrechtstatbestandes	160
I. Extensive Fassung des Grundrechtstatbestandes und der Grundrechtsschranken	160
II. Extensive Fassung des Grundrechtstatbestandes und subjektiver Freiheitsbegriff	177
§ 2. Rationalisierung des verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs	179
I. Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt	194
II. Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt	200
§ 3. Gründe der Rationalisierung des verfassungsrechtlichen Freiheits- begriffs	205
I. Normativität durch die freie Kraft	205
II. Doppelcharakter der Grundrechte	210
III. Verfassung als freiheitliche demokratische Grundordnung	219
IV. Offenheit der Verfassung	223

Kapitel IV
Ergebnis, Rechtssicherheit und politische Einheit

§ 1. Ergebnis	231
I. Keine Beschränkung des verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs auf den objektiven Freiheitsbegriff	231
II. Optimale Erweiterung des verfassungsrechtlichen Freiheits- begriffs auf den subjektiven Freiheitsbegriff	233
1. Optimierung des subjektiven Freiheitsbegriffs und der Normativität der Verfassung	234
2. Verfassung als freiheitliche Institution	234
3. Rationalisierung des subjektiven Freiheitsbegriffs	234
a) Extensive Fassung des Grundrechtstatbestandes	234
b) Einschränkung des subjektiven Freiheitsbegriffs zur Freiheitsoptimierung	235
4. Ausweitung des grundrechtlichen Anwendungsbereichs und weitere Objektivierung des verfassungsrechtlichen Freiheitsbegriffs	236

5. "Vorformung des politischen Willens" und Integration zum Staat	236
III. Keine Frage der Kompetenz.....	237
§ 2. Rechtssicherheit und politische Einheit	239
Literaturverzeichnis.....	245

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dez. 1976 (BGBl. I S. 3317; BGBl. III 402-28), zul. geänd. durch Gesetz vom 22. 12. 1989 (BGBl. 12486).
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung(en)
AöR	Archiv für öffentliches Recht, Tübingen (Band [Jahr], Seite)
Apg.	Die Apostelgeschichte (des Buches des Neuen Testaments)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausg.	Ausgabe
B	Bund(es-)
BAGE	Entscheidungen Bundesarbeitsgerichts
bay.	bayerisch
Bay	Bayern
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches und öffentliche Verwaltung, München (Band [Jahr], Seite)
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet

Bek.	Bekanntmachung
ber.	berichtigt
bes.	besonders
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. Aug. 1896 (RGBl. S. 195; BGBI. III 400-2), zul. geänd. durch Gesetz vom 12. Sept. 1990 (BGBI. I S. 2002)
BGBI.	Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes (1. 1867 bis 4. 1870; fortgeführt als Reichsgesetzblatt)
BGBI. I; II	Bundesgesetzblatt Teil I; Teil II; (1951 ff.)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSHG	Bundessozialhilfegesetz i.d.F. d. Bek. v. 20. Jan. 1987, BGBI. I S. 401, ber. S. 494. NeuBek. d. Bundessozialhilfegesetzes (BSHG) v. 30. 6. 1961 (BGBI. I S. 815, ber. S. 1875)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht i.d.F. d. Bek. v. 12. Dez. 1985 (BGBI. I S. 2229 /2230) mit Maßgaben für das Gebiet der ehem. DDR (BGBI. III 1104-1)
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
dems.	demselben
ders.	dieselbe
Der Staat	Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (Band [Jahr], Seite)
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
div.	diverse
DM	Deutsche Mark

DÖV	Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Stuttgart, Köln, Glashütten im Taunus (Band [Jahr], Seite)
durchgearb.	durchgearbeitet
durchges.	durchgesehen
dt.	deutsch
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Band [Jahr], Seite)
E	Entscheidung(en)
ed.	edited
ebd.	ebenda
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EinlALR	Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 4. Nov. 1950. Bundesgesetz v. 7. Aug. 1952 (BGBl. 1952. II. S. 686)
1 Kor.	Der erste Brief an die Korinther (des Buches des Neuen Testaments)
1 Mo.	Das erste Buch Mose /Genesis (des Buches des Alten Testaments)
engl.	englisch
erg.	ergänzt
erl.	erläutert
ersch.	erschienen
erw.	erweitert
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte, Zeitschrift (Jahrgang [Jahr], Seite)
EvStL	Evangelisches Staatslexikon. 1. Aufl., hrsg. von Hermann Kunst und Siegfried Grundmann, Stuttgart, Berlin, 1966 (2. u. 3. Aufl., hrsg. v. R. Herzog, H. Kunst, K. Schlaich [3. Aufl.], W. Schneemelcher, 1975 [2. Aufl.], 1987 [3. neu bearb. Aufl.]
f.	für; folgende (Seite, Randnummer, Jahr)
ff.	folgende (Seiten, Randnummern, Jahre)
Fn.	Fußnote
Frankfurt/M	Frankfurt am Main
franz.	französisch

G	Gesetz, Gericht
GBl.	Gesetzesblatt
geänd.	geändert
gem.	gemäß
ges.	gesammelt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. I S. 1), zul. geänd. durch Einigungsvertrag vom 31. Aug. 1990 (BGBl. II S. 889, 890)
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, i.d.F. der Bek. vom 20. Feb. 1990 (BGBl. I S. 235; BGBl. III 703-1)
H.	Heft
Handwerksordnung	Gesetz zur Ordnung des Handwerks vom 17. Sept. 1953, BGBl. I S. 1411
Hdb	Handbuch
Halbbd.	Halbband
hess.	hessisch
Hess	Hessen
h.M.	herrschende Meinung
HNr.	Heft-Nummer
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HessSchPflG	Hessisches Schulpflichtgesetz i.d.F. des Gesetzes zur Änderung der hessischen Schulgesetze vom 29. März 1969 (GVBl. I. S. 44 - Bek. der n.F. vom 30. Mai 1969 - GVBl. I. S. 104)
i.A.a.	im Anschluß an
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i. V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr, Seite)

Joh.	Das Evangelium nach Johannes (des Buches des Neuen Testamentes)
jur.	juristisch
JuS	Juristische Schulung (Band [Jahr], Seite)
JZ	Juristenzeitung (Fortsetzung von: Deutsche Rechtszeit- schrift u. Südd. Juristenzeitung), Tübingen (Band [Jahr], Seite)
Kap.	Kapitel
KDVG	Kriegsdienstverweigerungsgesetz i.d.F. vom 28. Feb. 1983 (BGBl. I S. 203)
KirchE	Entscheidungen in Kirchensachen seit 1946 (Begründet von J. Hering, H. Lentz, hrsg. von H. Lentz, D. Pir- son, M. Baldus), Berlin
krit.	kritisch
LdR	Lexikon des Rechts, Gr. 2 (Rechtsphilosophie) /60, hrsg. von N. Achterberg, Neuwied, Darmstadt, 18 vom 7. März 1986
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
li.	links
Lit.	Literatur
Matth.	Das Evangelium nach Matthäus (des Buches Neuen Testamentes)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
Mitverf.	Mitverfasser
m.N.	mit Nachtrag
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
n.	nach
Nd.	Neudruck
neubearb.	neubearbeitet
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, hrsg. v. A. Flemming, R. Hamm, R. Nirk, F. Ostler, H.-J. Rabe, K. Redeker, München u. Berlin (Band [Jahr], Seite)
Nr.	Nummer, Nummern
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Band [Jahr], Seite)

öff.	öffentlich
OLG	Oberlandesgericht
Orig.	Original
pass.	passim
PaßG	Gesetz über Paßwesen vom 4. März 1952, (BGBl. I S. 290; BGBl. III 210-2), zul. geänd. durch Gesetz vom 26. März 1975 (BGBl. I S. 774)
PStG	Personenstandsgesetz i. d. F. der Bek. vom 8. Aug. 1957 (BGBl. I S. 1125, NeuBek. d. PStG vom 3. 11. 1937 [RGBl. I, S. 1146]), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Jun. 1990 (BGBl. I 1164)
RdA	Recht der Arbeit (Jahrgang [Jahr], Seite)
re.	rechts
rev.	revidiert
RNr.	Randnummer(n)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rspr.	Rechtssprechung
s.	siehe
S.	Seite, Seiten
s.a.	siehe auch
scil.	scilicet (=das heißt/nämlich)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
SozialW	Sozialwissenschaften
Sp.	Spalte(n)
StaatskirchenR	Staatskirchenrecht
StaatsL	Staatslehre
Staatslexikon	Staatslexikon (Recht-Wirtschaft-Gesellschaft), Band 1 - 9, 6. Aufl., Freiburg, 1962
staatsr	staatsrechtlich
StaatsR	Staatsrecht
StaatsrechtsL	Staatsrechtslehre
StGb	Strafgesetzbuch i.d.F. der Bek. vom 10. März 1987 (BGBl. I S. 945, ber. S. 1160), zul. geänd. durch Gesetz vom 12. Sept. 1990 (BGBl. I S. 2002)
StPO	Strafprozeßordnung i.d.F. d. Bek. v. 7. Apr. 1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319), zul. geänd. durch Gesetz vom 5. Nov. 1990 (BGBl. I S. 2428)
s.u.	siehe unten

T.	Teil
teilw.	teilweise
Tit.	Titel
u. a.	und andere; unter anderen (anderem)
u. ä	und ähnliche(s)
übers.	übersetzt
u. dgl.	und dergleichen
umstr.	umstritten
unv.	unverändert
usf.	und so fort
usw.	und so weiter
überarb.	überarbeitet
Übers.; übers.	Übersetzung, Übersetzer; übersetzt
unv.	unverändert
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb v. 7. Jun. 1909 (RGBl. S. 499, BGBl. III 43-1), zul. geänd. durch Gesetz vom 3. Jul. 1990 (BGBl. I S. 422)
v.	von, vom
v. Chr.	vor Christus
V.	Vers
verb.	verbessert
Verf.	Verfassung
verfassungsr	verfassungsrechtlich
VerfassungsR	Verfassungsrecht
Verw	Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Köln, Berlin (Band [Jahr], Seite)
VerwG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin (Heft [Jahr], Seite)
Vorb.	Vorbemerkung
W	Wissenschaft(en)
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Reichsverfassung) v. 11. Aug. 1919 (RGBl. 1383)

z.B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht, Schriftenleitung: Fees, Schmitt, Stuttgart, Köln (Band [Jahr], Seite)
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (Band [Jahr], Seite)
ZfP	Zeitschrift für Politik (Jahr, Seite)
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Band [Jahr], Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Band [Jahr], Seite)
Zit.	Zitat
zit.	zitiert
zul.	zuletzt
zust.	zustimmend
z.T.	zum Teil

Kapitel I **Einleitung**

§ 1. Aufgabenbestimmung

I. Fragestellung

Im Jahre 1965 hatte ein evangelischer Pfarrer in einem Strafverfahren vor dem LG Düsseldorf als Zeuge ausgesagt. Er verweigerte aber den Zeugeneid, der in dem damaligen § 66c Abs. 2 StPO¹ vorgesehen war, unter Berufung auf sein Grundrecht der Glaubens- und Gewissensfreiheit in Art. 4 Abs. 1 GG. Ihm sei jedes Schwören nach der Bibel untersagt, denn Jesus Christus habe befohlen: "Schwört überhaupt nicht; weder bei dem Himmel, denn er ist Gottes Thron; noch bei der Erde, denn sie ist seiner Füße Schemel; noch bei Jerusalem, denn sie ist des großen Königs Stadt; noch sollst du bei deinem Haupt schwören, denn du kannst nicht ein Haar weiß oder schwarz machen. Es sei aber eure Rede: Ja, ja! Nein, nein! Was aber mehr ist als dieses, ist vom Bösen" (Matth. 5, 33-37)². Diese Einlassung des Pfarrers verwarf das LG - unter Hinweis auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 WRV - im Beschluß v. 28. Okt. 1965 und verurteilte ihn gemäß § 70 Abs. 1 StPO zu einer Ordnungsstrafe von 20 DM, ersatzweise zu zwei Tagen Haft, sowie in die durch die Weigerung verursachten Kosten. Seine hiergegen erhobene Beschwerde wies das OLG Düsseldorf im Beschluß v. 22. Juli 1966 zurück. Seine Verfassungsbeschwerde aber erklärte das Bundesverfassungsgericht im Beschluß v. 11. Apr. 1972 für begründet (BVerfGE 33, 23³). Der Zeugeneid, der ohne Anrufung Gottes geleistet werde, habe lediglich weltliche Bedeutung, sei also ohne religiösen oder sonstwie transzendenten Bezug⁴. Unabhängig davon könne im Einzelfall⁵ der Zeugeneid verweigert und durch ein

¹ StPO i.d.F. (Bek.) v. 17. Sept. 1965 (BGBl. I. 1373).

² Die Heilige Schrift, Rev. Elberfelder Bibel, aus dem Grundtext übersetzt, 2. Aufl. 1986.

³ Auch in: KirchE 12, 410 u. in: ZevKR 17 (1972), 435 (nur Leitsatz)

⁴ BVerfGE 33, 23 (26).

gleichwertiges Mittel der Wahrheitsfindung ersetzt werden⁶, wenn dies zur individuellen Garantie des Grundrechts aus Art. 4 GG geboten und erforderlich sei. Der im angefochtenen Beschluß des OLG zu Art. 136 Abs. 4 WRV⁷ gezogene Umkehrschluß, jedermann dürfe zur Benutzung einer nichtreligiösen Eidesform gezwungen werden, sei nicht gerechtfertigt⁸.

Gegen diese Begründung des Bundesverfassungsgerichts erhebt J. Isensee Einwände⁹, daß das Gericht seine eigene, in objektiver Normauslegung gewonnene Qualifikation des Eides nicht durchgehalten, sondern hiervon zugunsten einer subjektiven Qualifikation, die ein einzelner kraft seiner religiösen Überzeugung getroffen habe, abweiche¹⁰. Das bedeute, wenn der Eid ein "rein weltlich Ding" sei, griffe er nicht in die geistliche Sphäre über, weshalb die Möglichkeit eines Konflikts mit der Glaubensfreiheit ausscheide¹¹. Nach J. Isensee hätte das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung der Glaubensfreiheit allein damit begründen müssen, daß der Eid, den das Gesetz dem einzelnen abverlange, noch immer eine religiöse Handlung sei, selbst wenn der Schwörende von seiner grundrechtlich verbürgten Freiheit Gebrauch mache, die Anrufung Gottes wegzulassen. Für eine solche Deutung des Eides hätte das Gericht historische wie sozialetische Argumente anführen müssen: einerseits den religiösen (wenn nicht sogar magischen) Ursprung des Schwörens und andererseits eine Tradition, die auch im Rechtsbewußtsein der heutigen Gesellschaft noch nicht völlig abgestorben sei. Dann hätte das Gericht mit

⁵ Das BVerfG will nämlich nicht die generelle Gültigkeit der pflichtbegründenden Rechtsnorm aufheben, sondern lediglich ausnahmsweise und in durch das Grundrecht unmittelbar und notfalls korrigierender Weise im Einzelfall von der gesetzlichen Eidespflicht freistellen (BVerfGE 33, 23 [32, 34]), wenn eine Eidesleistung fühlbar und nicht zumutbar ist. Es fordert den Gesetzgeber auf, unverzüglich eine Regelung zu treffen, die den Forderungen des Art. 4 Abs. 1 GG entspreche, damit diejenigen Personen, die den Zeugeneid aus Art. 4 Abs. 1 GG verweigern dürften, nicht von jeglicher Verpflichtung, die Wahrheit ihrer Aussage unter erhöhter Strafandrohung bekräftigen zu müssen, frei gestellt blieben und dadurch in gleichheitswidriger Weise begünstigt würden.

⁶ BVerfGE 33, 23 (33).

⁷ Wortlaut: "Niemand darf . . . zur Benutzung einer religiösen Eidesform gezwungen werden".

⁸ BVerfGE 33, 23 (30). Hierzu vgl. *M. Stolleis*, Eideszwang und Glaubensfreiheit - BVerfGE 33, 23, in: *JuS 1974*, S. 770 ff.; *A. Hollerbach*, Das Staatskirchenrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Bericht II), *AöR 106* (1981), S. 218 ff.; krit. *A. F. v. Campenhausen*, *StKirchR*, München, 1983, S. 57, Fn. 57 zu S. 65.

⁹ *J. Isensee*, *Wer definiert die Freiheitsrechte?*, *Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates*, Heidelberg, Karlsruhe, 1980.

¹⁰ *Ders.*, aaO, S. 9.

¹¹ *Ders.*, aaO, S. 8.

dieser Sicht rechtliche Fragen erheben können: so, ob dem Rechtsstaat überhaupt die Macht zukomme, den genuin sakralen Gehalt der vorgefundenen Eidesinstitution wegzusäkularisieren, oder ob er nicht etwa listig die religiöse Restsubstanz des Eides für seine Zwecke ausnutze. Die Prämisse eines derartigen Gedankenganges wäre zwar wohl angreifbar, doch jedenfalls die Folgerung schlüssig. Das Gericht sei jedoch diesen Weg nicht gegangen, sondern habe stattdessen die Gegenthese aufgebaut: der Zeugeneid, der ohne Anrufung Gottes geleistet werde, sei "nach der Wertordnung des Grundgesetzes eine rein weltliche Bekräftigung der Wahrheit einer Aussage ohne religiösen oder in anderer Weise transzendenten Bezug". Er meint schließlich: mit dieser These hätte sich das Gericht eigentlich den Weg verstellt, um zu seinem Ergebnis zu gelangen¹². J. Isensee vertritt nämlich die Ansicht, daß das Bundesverfassungsgericht, um zu seinem Ergebnis zu gelangen, hätte annehmen müssen, daß auch der Zeugeneid ohne Anrufung Gottes objektiv religiös sei.

Zusammengenommen bedeutet das, daß nur der Zeugeneid, der, wie der Zeugeneid mit Anrufung Gottes, *objektiv* religiös ist, durch das Grundrecht der Gewissens- und Glaubensfreiheit¹³ geschützt werden könne, aber ein - nicht objektiv religiöser - Zeugeneid nicht solchen Grundrechtsschutzes fähig sei.

¹² *Ders.*, aaO, S. 7 f.

¹³ Das Grundgesetz hat die Grundrechte der Glaubensfreiheit und der Gewissensfreiheit in Art. 4 Abs. 1 zusammen, ohne voneinander zu trennen, geregelt. Die beiden Grundrechte, die Glaubensfreiheit und die Gewissensfreiheit, sind auch im Grundgesetz trotz Überschneidungen mit den anderen in Art. 4 I genannten Freiheiten eigenständige Grundrechte [vgl. *R. Herzog*, Art. 4 I, RNr. 120, in: *Maunz/ Dürig*, Grundgesetz; *E.-W. Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, (2. Mitbericht im ersten Beratungsgegenstand), S. 50, in: *VVDStRL 28* (1970), S. 33 ff.; *I. v. Münch*, RNr. 24, Art. 4 ("selbständige Grundrechte"), in: *v. Münch*, GG-Kommentar; *R. Bäuml*, Das Grundrecht der Glaubensfreiheit, (1. Bericht im ersten Beratungsgegenstand), in: *VVDStRL 28* (1970), S. 3 ff.; *A. F. v. Campenhausen*, StaatskirchR, 2.T. § 12, S. 52; *Adalbert Podlech*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, Berlin, 1969, S. 33 ff.; *Ekkehart Stein*, Gewissensfreiheit in der Demokratie, Tübingen, 1971; dagegen krit. *U. Scheuner*, Die verfassungsmäßige Verbürgung der Gewissensfreiheit, Ein Bericht von der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Bern 1969, S. 245, in: *ZevKR 15* (1970), S. 242 ff. (*Dems.* ist es aber zuzustimmen, soweit er ausführt: Wenn neben dem Grundrecht der weltanschaulichen Freiheit [Religionsfreiheit] "ein neues Recht der Gewissensfreiheit entwickelt wird . . . , ergibt sich unvermeidlich ein unsicheres und schwer begrenzbares Recht, dessen Bezug zur Religionsfreiheit zudem unklar zu werden droht". Außerdem legt er [i. A. a. *Adalbert Podlech*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, Berlin, 1969] dar, daß die Religionsfreiheit bei einer systematischen Einordnung hinter der Gewissensfreiheit nur auf die innere Glaubensfreiheit beschränkt und auf das innere Bekenntnis eingeeengt wird. So müsse man, wie das Bundesverfassungsgericht, die Ausübung der Religionsfreiheit extensiv auslegen); *J. Listl*, Glaubens-, Gewissens-, Bekenntnis- und Kirchenfreiheit, S. 387 f., in: *HdbStKirchR I*, Berlin, 1974, S. 363 ff.).