

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 42

Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung

Eine rechtsdogmatische Studie zu
Artikel 19 Abs. 2 GG

Von

Hartmut Jäckel



Duncker & Humblot · Berlin

HARTMUT JÄCKEL

Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 42

Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung

Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG

Von

Dr. jur. Hartmut Jäckel



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Veröffentlicht im Januar 1967
Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Der juristische Dogmatiker des neuzeitlichen Verfassungsrechts hat die Aufgabe, den positiven Rechtsstoff so zu bearbeiten, daß dieser für die zeitliche und systematische Einheit und Ordnung der Staatsorganisation fruchtbar wird.

Hermann Heller

Vorwort

Diese Arbeit ist im Frühjahr 1963 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau als Dissertation angenommen worden. Sie wurde für den Druck überarbeitet und, soweit inzwischen erschienene Literatur die Diskussion um die Wesensgehaltsgarantie vorangetrieben hat, auf den neuesten Stand gebracht. Namentlich die Darstellung der Notstandsproblematik wurde erweitert und vertieft, anderes gestrafft und gekürzt.

Bei der Erörterung des Theorienstreites liegt das Schwergewicht nach wie vor auf der Rechtsprechung und dem Schrifttum des ersten Jahrzehnts nach Inkrafttreten des Grundgesetzes. Damals wurde — zumal von seiten der Judikatur, die seit einer Reihe von Jahren keinen wesentlichen Beitrag zum Verständnis des Art. 19 Abs. 2 GG mehr geleistet hat — der Grund gelegt, auf dem wir heute stehen. Wer die verhärteten Interpretationsfronten wieder in Bewegung bringen will, muß bis zu ihren Ursprüngen zurückgehen. Nur von dort ist Hoffnung auf Korrektur und künftige Gemeinsamkeit. Den Gemeinsamen Senat der oberen Bundesgerichte, der zur Koordinierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung anstelle des vom Grundgesetz vorgesehenen Obersten Bundesgerichts gebildet werden soll, und vor allem das in diesem Streit bisher nicht festgelegte Bundesverfassungsgericht erwartet hier eine Aufgabe, deren Lösung aus verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Gründen gleichermaßen dringlich ist.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Joseph H. Kaiser, der diese Arbeit betreut, und Herrn Professor Dr. Konrad Hesse, der sie durch kritische Hinweise gefördert hat. Danken möchte ich auch Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann, Inhaber des Verlages Duncker & Humblot, für die freundliche Aufnahme meiner Studie in die Reihe der Schriften zum Öffentlichen Recht.

Berlin, im Juli 1966

Hartmut Jäckel

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
------------------	----

Erstes Kapitel

Grundlagen

I. Die Problemstellung	17
II. Der Auslegungsstreit — Darstellung und Kritik	20
1. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs	20
2. Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts	25
3. Die Theorie immanenter Grundrechtsschranken	29
4. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts	40
III. Art. 19 Abs. 2 GG im Verhältnis zu Art. 19 Abs. 1 GG	43
1. Die Normadressaten	43
2. Der sachliche Geltungsbereich	45
3. Zusammenfassung	47

Zweites Kapitel

Inhalt und Funktion der Wesensgehaltsgarantie

I. Das Schutzobjekt des Art. 19 Abs. 2 GG	49
1. Was ist Wesensgehalt?	49
2. Rechtsstellungs- oder Institutsgarantie?	57
3. Die Verfassungskraft der Grundrechtsnormen	61
4. Zusammenfassung	65
II. Exkurs: Die Auflösung der Wesensgehaltsgarantie	65
1. Das Problem	65
2. Das Gebot der Ermessensbindung	67
3. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	72
4. Die Rechtsschutzgarantie	78
5. Zusammenfassung	78
III. Art. 19 Abs. 2 GG und das besondere Gewaltverhältnis	79
1. Das Problem	79
2. Der Verzicht auf Grundrechte	83
3. Grundrecht und Grundrechtsausübung	86
4. Ergebnis	91

IV. Art. 19 Abs. 2 GG und die Verwirkung von Grundrechten	95
1. Das Problem	95
2. Die Rechtsfolgen der Verwirkung	97
3. Art. 18 GG als <i>lex specialis</i> gegenüber Art. 19 Abs. 2 GG?	107
4. Ergebnis	108
V. Zusammenfassung	111

Drittes Kapitel

Folgerungen

I. Die praktische Anwendung des Art. 19 Abs. 2 GG im Rechtsstreit	115
II. Art. 19 Abs. 2 GG und die Verfassungsänderung	120
III. Schlußbemerkung	136
Literaturverzeichnis	143
Sachverzeichnis	151

Abkürzungsverzeichnis

AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch.f.R.u.Soz.Phil.	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BB	Der Betriebsberater
BDH	Bundesdisziplinarhof
Beitr.z.ausl.öff.R.u.VR.	Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGHZ (St)	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (in Strafsachen)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT	Deutscher Bundestag
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichts
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
Erl.	Erläuterung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
GaststG	Gaststättengesetz vom 28. April 1930
Gew.Arch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
HE	Herrenhiemseer Entwurf des Grundgesetzes
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Jhb.öff.R.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
LM	Lindenmaier — Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

OVG	Oberverwaltungsgericht
pr.PVG	preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931
RGBl.	Reichsgesetzblatt
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StrVG	Straßenverkehrsgesetz vom 19. Dez. 1952
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Jan. 1960
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
WiGBL.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. Aug. 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
ZgesStWiss.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einleitung

„In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“ Dieser bündig und ohne Prätention formulierte Satz ist die Aussage einer der bemerkenswertesten und zugleich umstrittensten Normen des Grundgesetzes. Man hat die Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 GG auf der einen Seite als „rechtstheoretisch überflüssig“ bezeichnet, da sie etwas Selbstverständliches und inzident in jeder einzelnen Grundrechtsbestimmung bereits Ausgesprochenes normiere¹. Auf der anderen Seite wird die Wesensgehaltsgarantie, deren „Vagheit“ bald entdeckt wurde², ein Novum genannt, das eine „unbekannte, wenn nicht sogar unerkennbare Größe“ in das Verfassungsrecht einführe³ und dem Richter eine „Wesensschau“ abverlange, mit der er überfordert sei⁴.

Angesichts so widersprüchlicher Auffassungen über Bedeutung und normative Funktion des Art. 19 Abs. 2 GG kann es nicht verwundern, daß auch über die praktische Anwendung dieser sybillinischen Formel Streit besteht. Nahezu jedes Gericht, das sich etwas eingehender mit der Problematik der Wesensgehaltssperre und der „Proteusfigur des Wesensgehaltes“⁵ befaßt hat, sowie die große Mehrheit jener, die in dieser Sache literarisch zu Wort gekommen sind, warten mit eigenen, von den andernorts vertretenen Interpretationen meist deutlich abgehobenen Auslegungsversuchen auf. Die bisherige Diskussion auf einen gemeinsamen Nenner oder gar zu einem die Gegensätze versöhnenden Abschluß zu bringen, ist ohne willkürlich-gewaltsame Vereinfachungen nicht mehr möglich⁶. Die bisweilen angestrebte Einigung auf eine ‚mittlere Linie‘ muß letztlich daran scheitern, daß es hier weniger um konträre Meinungen als um rechtliche Überlegungen prinzipieller Art geht, die sich gegenseitig ausschließen oder doch jedenfalls nicht miteinander verbinden lassen.

¹ v. Mangoldt-Klein, Anm. V 7 a zu Art. 19 GG.

² Franz W. Jerusalem, SJZ 1950, Sp. 4.

³ Herbert Krüger, DÖV 1955, S. 598.

⁴ So BGH in VerwRspr. 8, Nr. 21, S. 104; dazu Joseph H. Kaiser, Verfassungsrechtliche Eigentumsgewähr, S. 43.

⁵ Adolf Schüle, Persönlichkeitsschutz, S. 34.

⁶ Dies belegt etwa Erhard C. Denninger, DÖV 1960, S. 812 ff., der nachzuweisen versucht, daß die Gegensätze in der höchstrichterlichen Judikatur zu Art. 19 Abs. 2 GG geringer als vielfach angenommen seien und sich mühelos koordinieren ließen.

Die einzig sichere Lehre, die aus dieser Diskussion gezogen werden kann, scheint die Erkenntnis zu sein, daß der siebzehn Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes noch immer nicht entschiedene Streit über den Sinn einer zentralen Verfassungsnorm seit geraumer Zeit unergiebig und letzten Endes schädlich ist. Das mag dem wenig einleuchten, der gewohnt ist, von wissenschaftlichen Kontroversen eine klärende und befreiende Wirkung ausgehen zu sehen. Wenn hier etwas anderes gilt, wenn die Nachteile der mit viel Scharfsinn geführten und vertieften Wesensgehalts-Kontroverse ihren möglichen Nutzen immer spürbarer überwiegen, muß es für solche Regelwidrigkeit triftige Gründe geben. Sie hängen unmittelbar mit der *Garantiefunktion* zusammen, die der äußerlich als Verbotsnorm konstruierte Art. 19 Abs. 2 GG zu erfüllen hat. An dieser Garantiefunktion (und nicht etwa an dem freilich dunkel genug anmutenden Begriff des Wesensgehalts) scheiden sich die Geister, und an ihr mag sich noch einmal mehr entscheiden als nur ein dogmatischer Streit.

Wert und Unwert, Erfolg und Versagen von Garantieleistungen bemessen sich nach eigenen, unveränderlichen Gesetzen. Eine Rechtsgarantie, deren Inhalt vage, umstritten oder gar objektiv mehrdeutig ist, deren Aktionsradius nach Belieben variabel erscheint und deren Eingriffsvoraussetzungen einer soliden tatbestandsmäßigen Umschreibung entraten, — eine solche Garantie läuft Gefahr, sich in ihr Gegenteil zu verkehren. Ähnlich einer völkerrechtlichen Garantie- und Bestandsverpflichtung, deren ‚casus foederis‘ unzureichend fixiert ist, erzeugt sie nicht Sicherheit sondern vergrößerte Unsicherheit. Statt im Falles des Versagens nur den eigenen Wert zu verlieren, belastet und schwächt sie zugleich jene Rechtsgüter, denen sie Schutz gewähren soll. Handelt es sich bei ihnen um *Grundrechte*, die heute mehr denn je das ideologisch wie faktisch am stärksten beanspruchte Fundament der rechtsstaatlichen Demokratie bilden⁷, so braucht nicht näher begründet zu werden, inwiefern die Unvollkommenheiten einer auf sie bezogenen Garantienorm problematisch sind. Daß diese Problematik verfassungsrechtlich ernst zu nehmen ist und — zumal im Zeichen der Notstandsgesetzgebung — rechtspolitische Aktualität besitzt, ist nicht minder evident.

Anlaß und Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung ist somit eine Situation, deren latente Gefahren es zu erkennen und, soweit möglich, auszuräumen gilt. Denn das System der Grundrechte und ihrer Sicherungen droht insgesamt Schaden zu nehmen, wenn es nicht gelingt, das vielfältig gebrochene Bild des Art. 19 Abs. 2 GG wieder zu einem sinnvollen Ganzen zusammenzufügen. Voraussetzung dazu ist

⁷ Kritisch dazu Ernst Forsthoff, *Verfassungsauslegung*, S. 18 ff.

die Bereitschaft, die geläufigen Theorien erneut in Frage zu stellen, sie (selbst-)kritisch zu überprüfen und offensichtlich unhaltbar gewordene Interpretationen auszuschneiden. Dann mag zumindest über das *Schutzobjekt der Wesensgehaltssperre* Klarheit zu erzielen sein.

Der Weg zu diesem Ziel führt nicht über die Begründung einer neuen und nur beiläufig — zur bestätigenden Kontrolle gewissermaßen — über die Fortentwicklung einer bereits bekannten Theorie. Im Vordergrund steht vielmehr die Analyse der wichtigsten von Rechtsprechung und Schrifttum zum Verständnis des Art. 19 Abs. 2 GG vorgetragenen Interpretationen, die heute ohnehin einen nur durch Nuancen noch erweiterungsfähigen *numerus clausus* bilden dürften. Wenn sich die Auseinandersetzung mit ihnen weitgehend darauf beschränkt, offene oder versteckte ‚Konstruktionsfehler‘ (sachliche Unebenheiten, logische Schwächen und Widersprüche) aufzuspüren, so gibt es für ein solches Verfahren keine bessere Rechtfertigung als die, daß eben dieser dogmatisch-strenge Test der rivalisierenden Theorien bislang unterblieben ist. Dabei soll der Frage nach der Beweiskraft und Autorität dogmatischer Argumente im Bereich des Verfassungsrechts nicht vorgegriffen werden. Theoretisch ist eine Antwort auf diese Frage kaum zu geben. Was ihren praktischen Aspekt betrifft, so mag der kritische Leser rückblickend entscheiden, wie viel oder wie wenig Dogmatik und Logik bei der Klärung einer aktuellen verfassungsrechtlichen Kontroverse auszurichten vermögen.

Die vorliegende Studie ist, wie dargetan, der *rechtsdogmatischen Orts- und Funktionsbestimmung des Art. 19 Abs. 2 GG* gewidmet. Daraus folgt — was bei einem so oft mit sublimer Bekenntnisfreude abgehandelten Thema als Mangel empfunden werden mag — der betont technisch-konstruktive Charakter der Darstellung. Sie sucht weder den spezifischen Wesensgehalt einzelner Grundrechte (sei es abstrakt-schematisch, sei es konkret-kasuistisch) zu ermitteln, noch geht es ihr um die staatsrechtliche Einsicht in das Wesen und die Funktion der Grundrechte und Grundrechtsinstitute oder gar um deren Einordnung in die Gesamtheit des Rechts⁸.

⁸ Diese Fragen stehen im Vordergrund der Monographie Peter Häberles, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (1962)*, die ihrem eigentlichen Thema freilich nur wenige Seiten einräumt (S. 234—238) und sich in Wahrheit als rechts- und staatsrechtlicher „Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt“ (so der Untertitel) präsentiert. Infogedessen haben beide Arbeiten wenig Berührungspunkte, zumal da Häberle wichtige dogmatische Fragestellungen von vornherein ausklammert (S. 3 mit Anm. 17) und einen durch die Ablehnung des Eingriffs- und Schrankendenkens geprägten Freiheitsbegriff vertritt (vgl. vor allem S. 150 ff., 222 ff.), der dem dieser Arbeit zugrundeliegenden entgegengesetzt ist.