

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1260

Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung

Versuch einer Neubestimmung
von Artikel 18 GG

Von

Eva Marie Schnelle



Duncker & Humblot · Berlin

EVA MARIE SCHNELLE

Freiheitsmissbrauch
und Grundrechtsverwirkung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1260

Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung

Versuch einer Neubestimmung
von Artikel 18 GG

Von

Eva Marie Schnelle



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2013
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-14137-1 (Print)
ISBN 978-3-428-54137-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84137-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Sie soll einen Beitrag zum Verständnis einer Norm darstellen, die derzeit ganz überwiegend für praktisch unbedeutend erachtet wird, zugleich aber theoretisch sehr bedeutsam erscheint. Dieser offenkundige Widerspruch führt zu dem Versuch, Artikel 18 GG durch eine Neubestimmung einerseits als Rechtsfigur für die Grundrechtsdogmatik fruchtbar zu machen und andererseits seine praktische Anwendung zu ermöglichen.

Mein herzlicher Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h. c. *Ulrich Battis*, der mich bei der Arbeit stets hilfreich unterstützt hat. Durch die sehr selbständige Tätigkeit an seinem Lehrstuhl, die mir immer viel Freude gemacht hat, durfte ich zudem einen Einblick in verschiedenste Bereiche des Öffentlichen Rechts erhalten. Für die Erstellung des Zweitgutachtens und die weiterführenden Hinweise danke ich Herrn Prof. Dr. *Christian Waldhoff*.

Dank schulde ich nicht zuletzt der Studienstiftung des Deutschen Volkes für das großzügige Promotionsstipendium sowie dem Bundesministerium des Innern für die unkomplizierte Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Für viele interessante Gespräche und Anregungen möchte ich mich außerdem herzlich bei *René Bahns*, Dr. *Franziska Drohsel*, Dr. *Richard Hopkins*, Dr. *Albert Ingold* und Dr. *Benjamin Rusteberg* bedanken. Meinem Ehemann, *Michael Alexander Schnelle*, danke ich sehr für die fortwährende Unterstützung, Aufmunterung und unermüdliche Hilfe beim Erstellen dieser Arbeit.

Der Dank, der meinen Eltern – nicht nur für das Gelingen der Arbeit – gebührt, ist nicht in Worte zu fassen. Ihnen sei diese Arbeit daher gewidmet.

Berlin, im August 2013

Eva Marie Schnelle

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Hintergrund	23
I. Entstehungsgeschichte	23
1. Vorläufer von Art. 18 GG	24
a) Landesverfassungen	24
b) Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948	26
c) Art. 48 Abs. 2 Satz 2 WRV	26
2. Entstehung von Art. 18 GG	28
3. Art. 18 GG als Abkehr vom Weimarer „Wertrelativismus“	33
II. Frühe Rechtslehre zur „militanten Demokratie“	36
1. Karl Loewenstein	36
2. Karl Mannheim	38
3. Hermann Jahrreiß	39
III. Die Entscheidung des Grundgesetzes für die streitbare Demokratie ...	40
1. Der Verfassungsschutz im Grundgesetz	41
2. Die Rechtsprechung zur streitbaren Demokratie	44
3. Die Literatur zur streitbaren Demokratie	47
4. Streitbare Demokratie und sozialer Wandel	49
IV. Legitimität des Verfassungsschutzes	51
V. Fazit	53
B. Voraussetzungen	55
I. Der Tatbestand des Art. 18 GG	56
1. Adressat der Verwirkungsnorm	57
2. Die freiheitliche demokratische Grundordnung	58
a) Die Auslegung des Begriffs in der Rechtsprechung	60
b) Die Kritik an der Rechtsprechung	60
c) Kritik an der Literatur und möglicher Interpretationsansatz	62
3. Der Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ..	64
a) Zusammenhang mit der freiheitlichen demokratischen Grund-	
ordnung	64
b) Aggressives Verhalten als Voraussetzung	66
c) Gefahr und Gefährlichkeit	67
d) Fazit	70
4. Der Missbrauchstatbestand	71

a) Herkunft des Missbrauchsbegriffs	71
b) Die „zivilistische Theorie“	73
c) Die „spezifisch-verfassungsrechtliche Theorie“	75
d) Kritik an der herrschenden Lehre	76
5. Objekt des Missbrauchs	78
C. Verfahren	80
I. Antrag auf Feststellung der Grundrechtsverwirkung	80
1. Das politische Ermessen der Antragsberechtigten	80
2. Die Einleitung des Verfahrens	85
3. Der praktische Gebrauch von der Antragsbefugnis	90
II. Das Vorverfahren	91
1. Ablauf der Vorprüfung	92
2. Die Verfahren gegen Dienel und Reisz	94
III. Die Entscheidung des BVerfG	95
D. Verwirkung	97
I. Begriff und rechtliche Anknüpfung der Verwirkung	98
1. Der Begriff der Verwirkung	98
a) Die allgemeine und die spezielle Grundrechtsverwirkung	98
b) Funktionaler Vergleich mit dem zivilrechtlichen Verwirkungsbe- griff	100
c) Ablehnung eines spezifisch verfassungsrechtlichen Verständnis- ses	102
d) Punktueller und generelles Verwirkungsverständnis nach Gall- was	103
aa) Das punktuelle Verwirkungsverständnis	103
bb) Das generelle Verwirkungsverständnis	105
cc) Kombiniertes Verwirkungsverständnis	105
e) Das „missbrauchsbezogene Verwirkungsverständnis“ als Alterna- tive	106
2. Rechtswirkung des Verwirkungsausspruchs	108
a) Ablehnung der deklaratorischen Rechtswirkung der Entschei- dung	109
b) Der konstitutive Charakter der Entscheidung	110
aa) Duplizität der Verwirkungsentscheidung	112
bb) Vergleich mit der Rechtswirkung des Parteiverbots	114
c) Eigener Erklärungsansatz	116
aa) Genetisch-systematische Argumentation	116
bb) Teleologische Argumentation: Strafprozessualer Charakter der Entscheidung	119
d) Auswirkung auf die rechtliche Einordnung des Verwirkungsaus- spruchs	120

3. Verhältnis der missbrauchten Freiheit zum verwirkten Grundrecht	121
a) Die Identitätslehre	121
b) Die „interne“ Verwirkungsextension	122
c) Eigene Argumentation	125
4. Verwirkung anderer Grundrechte	126
a) Die verschiedenen Positionen	127
b) Lösung über die Grundrechtskonkurrenzen	129
c) Quasi-Verwirkung der Religionsfreiheit?	131
d) Fazit	138
II. Die Rechtsfolgen einer Grundrechtsverwirkung	139
1. Die Auffassungen Wernickes und v. Mangoldts	140
a) Wernickes Lehre vom Totalverlust der Grundrechte	140
b) Die Kommentierung v. Mangoldts	141
c) Gleichläufigkeit der beiden Ansichten	142
2. Die Ansicht Dürigs	145
3. Verwirkung nur der politischen Ausübungsmodalität	149
4. Die Verwirkung als Hindernis der Geltendmachung	151
a) Innentheorie vs. Außentheorie	151
aa) Die Siebertsche Innentheorie	152
bb) Argumente für eine Außentheorie des Rechtsmissbrauchs	154
b) Auswirkung der Außentheorie auf die generelle Verwirkungslehre	156
c) Konturierung der Verwirkung auf der Ebene der Rechtsfolgen	157
5. Konflikt mit anderen Grundrechtsbestimmungen	160
a) Nichtverwirkung der allgemeinen Handlungsfreiheit	160
aa) Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit	160
bb) Mögliche Lösungsansätze	162
b) Nichtverwirkung des Gleichheitssatzes	163
c) Wesensgehalt und Menschenwürdekern der Grundrechte	166
aa) Wesensgehalt, Art. 19 Abs. 2 GG	167
bb) Menschenwürdekern der Grundrechte	169
cc) Parallelisierung zum Grundrechtsverzicht	170
6. Fazit	172
III. Systematische und dogmatische Einordnung der Grundrechtsverwirkung	173
1. Art. 18 GG im Gefüge der Grundrechte	173
a) Begriffliche Abgrenzungen	175
b) Dogmatische Einordnung der Grundrechtsverwirkung	180
aa) Art. 18 GG als Grundrechtsschranke	181
bb) Art. 18 GG als Gewährleistungsgrenze	183
2. Einfluss auf Grundrechtsdogmatik und Grundrechtstheorie	184
a) Die Grundrechtsdogmatik	185
b) Die Grundrechtstheorie	187
3. Fazit	191

IV. Der Vollzug der Verwirkungsentscheidung	193
1. Folgen für Exekutive, Legislative, Judikative	194
2. Das Allgemeinheitsgebot	196
3. Der Vorbehalt des Gesetzes	198
4. Verfassungswidrigkeit von § 39 Abs. 1 Satz 3 und 4 BVerfGG	201
5. Verwirkung der Wählbarkeit und des Wahlrechts	204
6. Verwirkung der Asylfreiheit	209
V. Fazit	213
E. Kontextualisierung	216
I. Sperrwirkung von Art. 18 GG	217
1. Die erste Phase	218
a) Die Entscheidung des BVerfG zur Sperrwirkung	218
b) Weitreichender Ausschluss verwirkungsähnlicher Normen nach der Literatur	220
aa) Ausschlusswirkung nur des Tatbestandes oder nur der Rechtsfolge	220
bb) Konturierung der Rechtsfolge	222
cc) Parallelisierung zum Parteienprivileg	223
dd) Art. 18 GG als Schutz gegen jegliche Eingriffe in die politische Freiheit	224
2. Konflikt mit politischem Strafrecht und Polizeirecht	225
a) Das strafrechtliche Berufsverbot	226
b) Das Gefahrenabwehrrecht	227
3. Die zweite Phase	228
a) Weitere Entscheidungen des BVerfG	228
b) Das OVG Münster	231
c) Einengung der Sperrwirkung in der Literatur	233
aa) Fruchtbarmachung der generellen Verwirkungstheorie	233
bb) Gefahr und Prävention contra Repression	234
cc) Utilitaristische Argumentationen	236
d) Verwirkungsgleiche Rechtsfolgen	237
4. Eigener Lösungsansatz	238
a) Historische Auslegung	239
b) Teleologische Auslegung	240
c) Dogmatische Argumentation	240
d) Fazit	242
II. Verhältnis zu Art. 21 Abs. 2 und 9 Abs. 2 GG	244
1. Art. 21 Abs. 2 GG	245
2. Art. 9 Abs. 2 GG	246
3. Eigene Bewertung	248
4. Auflösung juristischer Personen	250
III. Verhältnis zu Normen des Landesverfassungsrechts	252

1. Art. 17 Abs. 2 LV Hessen	253
2. Art. 146 LV Hessen	254
3. Parallelität und Divergenz zu Art. 18 GG	256
4. Fazit	257
IV. Vergleich mit internationalem Recht	258
1. Auswirkungen der Verwirkungsentscheidung auf internationale Grundrechte	258
2. Unions- und völkerrechtliche Zulässigkeit der Grundrechtsverwirkung	259
a) Die Akzeptanz der streitbaren Demokratie auf internationaler Ebene	259
b) Art. 18 GG und die internationalen Missbrauchsregelungen	261
c) Art. 18 GG im Lichte von Art. 17 EMRK	263
3. Die Regelungen anderer Verfassungen	265
a) Art. 25 Abs. 3 Griechische Verfassung	266
b) Art. 14 Türkische Verfassung	267
c) Art. 55 Abs. 2 Spanische Verfassung	268
d) Zwischenergebnis	269
4. Fazit	270
F. Effektivität	272
I. Reale Bedeutung der Grundrechtsverwirkung	272
1. Entbehrlichkeit der Grundrechtsverwirkung?	273
2. Insuffizienz der Grundrechtsverwirkung?	275
3. Alternativen zur rechtlichen Extremistenbekämpfung	278
II. Das Monopol des BVerfG	281
G. Ausblick	284
I. Neuinterpretation	284
II. Neuformulierung	292
Zusammenfassung	294
Literaturverzeichnis	297
Sachwortverzeichnis	323

Einleitung

Zweierlei stand nach dem Scheitern der Weimarer Republik und der ihr folgenden Schreckenherrschaft der Nationalsozialisten fest: Die Freiheit des Einzelnen musste in einer neuen demokratischen Verfassungsordnung obersten Rang haben und gegen willkürliche staatliche Eingriffe geschützt werden; gleichzeitig aber galt es zu verhindern, dass sie allein dazu ausgenutzt würde, auf legalem Wege eben diese freiheitliche demokratische Grundordnung zu beseitigen, wie es den Nationalsozialisten vormals gelungen war. Carlo Schmid fasste diesen Anspruch an eine neue Verfassung bereits 1946 in Worte:

„Damit habe ich im Großen und Ganzen das umrissen, was man die Grundrechte des Menschen nennt. Das ist das, was ihm nicht abgesprochen werden kann, wenn man ihm nicht gleichzeitig Freiheit und Würde absprechen will. Freilich muss ich Ihnen hier einiges zu bedenken geben. Die Weimarer Verfassung hat dieses Grundrecht etwa so ähnlich auch aufgestellt, Gebrauch von ihm im Wesentlichen aber haben die gemacht, die mit diesen Grundrechten in der Hand nichts anderes wollten, als den Staat zu zerstören, der diese Grundrechte garantierte. Sie haben von diesen Grundrechten nur Gebrauch gemacht, um sie zu vernichten. Wir meinen, dass sich das nicht wiederholen sollte. Wir müssen das Recht sich auf diese Grundrechte berufen zu dürfen, von der Meinungsfreiheit, Koalitionsfreiheit, Versammlungsfreiheit denen vorbehalten, von denen wir wissen, dass sie die Grundrechte in Anspruch nehmen, um nach dieser Verfassung zu leben und um diese Verfassung zu erhalten. Wir müssen sie denen versagen, die nichts anderes wollen, als mit Hilfe dieser Grundrechte den Geist dieser Verfassung zu benagen oder ihm das Lebenslicht auszublasen. Man wird freilich dann sagen, wenn Sie sich dazu entschließen könnten, Sie seien unkonsequente Demokraten und Grundrechte hätten es eben in sich, gegen sich selber verwendet zu werden. Mir selber würde es leid tun, wenn man um der absoluten Konsequenz willen das Messer schiednen würde, mit dem der eine dem andern einmal die Kehle wird abschneiden wollen.“¹

Auch dem Parlamentarischen Rat, der 1948 zusammen getreten war, um nach dem Auftrag der alliierten Westmächte eine neue Verfassung auszuarbeiten, war dies wohl bewusst. Nach der Positivierung der Grundrechte an der Spitze des Grundgesetzes formulierte er deshalb – in Anknüpfung an

¹ Rede von *Carlo Schmid* am 2. Dezember 1946 vor der Beratenden Landesversammlung Württemberg-Hohenzollern, 2. Sitzung, in: Pfetsch (Hrsg.), Verfassungsreden und Verfassungsentwürfe, S. 111 (126).

Art. 20 des Herrenchiemseer Entwurfs für ein Grundgesetz (HChE) – mit Art. 18 GG eine formelle und materielle Grenze² für einige Grundrechte:

„Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen.“

So eindeutig die Motivation der Parlamentarischen Rates war, so missverständlich erscheint ihre Umsetzung in Art. 18 GG. Die Norm wirft zahlreiche praktische und theoretische Fragen auf, die Gegenstand dieser Untersuchung sein sollen. Darüber hinaus lässt sie aber auch einige historische und rechtliche Anknüpfungspunkte erkennen. Gerade dieser Aspekt, der für eine schlüssige Auslegung des Art. 18 GG unverzichtbar ist, wurde in der Lehre bislang vernachlässigt. Hier soll er dagegen als Basis für eine Neuinterpretation der Verwirkungsnorm dienen.

Das zivilrechtliche Missbrauchsverbot sowie die Verwirkung eines Rechts, die als Verbot unzulässiger Rechtsausübung ein Unterfall desselben ist, entstammen bereits dem römischen Recht (*exceptio doli*)³ und fanden daraufhin auch Eingang in das europäische Privatrecht.⁴ Im BGB sind sie als Schikaneverbot (§ 226 BGB) sowie als Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) kodifiziert. Heute gilt der *abus des droits* nicht nur im Zivilrecht als international anerkannt,⁵ so dass fraglos Art. 18 GG zumindest formal an diese Rechtstradition anknüpft. Gleichzeitig erinnert sein normativer Gehalt aber auch an die mittelalterliche und frühneuzeitliche *Reichsacht*, wie sie etwa im Ewigen Landfrieden vom 7. August 1495⁶ zur Bekämpfung der Fehde angedroht wurde, oder bereits an die *Acht und Bann* im germanischen Recht.⁷ Nach der ratio dieser frühen Rechtsinstitute sollte

² Oft wird die Verwirkung durch die Entscheidungshoheit des BVerfG lediglich als formelle Grenze betrachtet im Gegensatz zu materiellen verfassungsimmanenten Schutzbereichsbegrenzungen, vgl. etwa *Wiegand*, NJ 1993, 396 (400). Eine genaue dogmatische Einordnung soll in dieser Arbeit vorgenommen werden.

³ Vgl. etwa *Honsell*, Teleologische Reduktion versus Rechtsmissbrauch, in: Festschrift Theo Mayer-Maly, S. 369 (370 ff.).

⁴ Bereits im Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794 (so etwa § 72 Einl.; Teil II Titel 9 § 98) fanden sich allgemeine Missbrauchs- und Verwirkungsregelungen.

⁵ Statt vieler *Fleischer*, JZ 2003, 865 ff., insbesondere zu der auch für andere Länder maßgebenden französischen Doktrin zum Rechtsmissbrauch.

⁶ Abgedruckt etwa bei *Zeumer* (Hrsg.), Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, Bd. 2, Nr. 173.

⁷ Stichwort „Acht“ in: *Cordes* (Hrsg.), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1; siehe auch *Battenberg*, Reichsacht und Anleite im Spätmittelalter, 1986.

demjenigen, der sich durch Missachtung der rechtlichen Ordnung von der Gemeinschaft exkludiert, der soziale und rechtliche Schutz derselben versagt werden. So wurde bekanntlich Martin Luther vom Reichstag zu Worms am 26. Mai 1521 für vogelfrei erklärt und ging damit jeglichen rechtlichen Schutzes verlustig.

Die überkommene Interpretation des Art. 18 GG ähnelt der historischen Rechtlosstellung signifikant: Wer die Rechte der Gemeinschaft allein dazu nutzt, der Gemeinschaft zu schaden, indem er ihre Grundordnung bekämpft, soll dieser Rechte dauerhaft verlustig gehen. Dabei scheut die Lehre freilich den geschichtlichen Vergleich oder sucht ihn, durch eine restriktive, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Auslegung der Verwirkungsfolge zu umgehen. Doch allein die Tatsache, dass stets betont wird, mithilfe der Grundrechtsverwirkung solle der Betroffene nicht für vogelfrei oder rechtlos erklärt werden, zeigt nur allzu deutlich das Bemühen, einem nicht eben fernliegenden assoziativen Einwand vorzubeugen.⁸ Damit wird der Norminterpretation indes ein Ergebnis übergestülpt, das ihr zumindest nicht ohne Weiteres argumentativ entnommen werden kann. Ihr wird umgekehrt eine Prämisse zugrunde gelegt, die sie selbst nicht erfüllen kann.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob stattdessen Art. 18 GG nicht so verstanden werden kann, dass der Eindruck einer „modernen Reichsacht“ oder bürgerlichen Entrechtung, die Jahrreiß konsequent als „Entbürgerlichung“⁹ bezeichnet, gar nicht erst entsteht. Muss die Grundrechtsverwirkung tatsächlich als Instrument der Aberkennung grundrechtlichen Freiheitsschutzes verstanden werden oder rührt diese Auslegung vielmehr von dem Unvermögen her, sich von der gewissermaßen archaischen Vorstellung einer Rechtlosstellung der inneren „Feinde“ zu lösen? Dabei gilt es, den Blick von der Rechtsfolge der Verwirkung zum Missbrauchtatbestand zu wenden. So wird Art. 18 GG herkömmlich von der Verwirkungsfolge her als Grundrechtsaberkennung interpretiert, während dem Missbrauch überwiegend keine eigenständige Bedeutung beigemessen wird.¹⁰ Hiergegen spricht jedoch bereits der Entwurf des Art. 20 HChE, in dem von einer „Verwirkung“ der Grundrechte noch gar nicht die Rede war. Dass hingegen der Missbrauchtatbestand an eine bereits bestehende Rechtsfigur anknüpft, deren spezifische Bedeutung mit einer Verbannung aus der Rechtsgemeinschaft wenig gemein hat, muss im Rahmen von Art. 18 GG eine stärkere Berücksichtigung finden als bisher. Es ist Anliegen dieser Arbeit, zu einer Sichtweise zu finden, die sich von jener überkommenen Interpretation löst.

⁸ Siehe nur *Wiegand*, NJ 1993, 396 (399), der sogar explizit die Verhängung einer „Reichsacht“ durch Restriktion des Grundrechtsschutzes verneint.

⁹ So *Jahrreiß*, Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, S. 35.

¹⁰ Hierzu ausführlich unter B. I. 3.