

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 121

**Der Begriff der „Allgemeinen Gesetze“
in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes**

Von

Eberhard Schwark



Duncker & Humblot · Berlin

EBERHARD SCHWARK

**Der Begriff der „Allgemeinen Gesetze“
in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 121

Der Begriff der „Allgemeinen Gesetze“ in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes

Von

Dr. Eberhard Schwark



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1970 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Vorwort

Bei der vorliegenden Arbeit handelt es sich um meine in einigen Punkten überarbeitete Dissertation, die im September 1968 abgeschlossen wurde. Rechtsprechung und Literatur bis Anfang 1969 sind nachgetragen.

Danken möchte ich an dieser Stelle insbesondere Herrn Prof. Dr. *Ridder*, der die Arbeit angeregt und stets gefördert hat. Zahlreiche Anregungen habe ich auch in den öffentlich-rechtlichen Seminaren von Bundesverfassungsrichter a. D. Prof. Dr. *Friesenhahn* und Prof. Dr. *Scheuner* erhalten. Herrn Prof. Dr. *Gaul* danke ich für die großzügig gewährte Zeit zum endgültigen Abschluß der Arbeit. Schließlich bin ich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. *Broermann*, der die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe ermöglicht hat, zu Dank verpflichtet.

Bonn, im Juli 1969

Eberhard Schwark

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------------	----

Kapitel I

Konkrete Bezüge des Begriffes der „allgemeinen Gesetze“

A. Bestimmungen des StGB und der StPO	15
B. Die Pressegesetze	18
C. Sonstige Vorschriften	20

Kapitel II

Zur Geschichte des Begriffes der „allgemeinen Gesetze“

A. Die verfassungsgeschichtliche Entwicklung	22
1. Die Zeit der Entwicklung der Grundrechte	22
2. Nordamerika	25
3. England	28
4. Die französische Deklaration von 1789 und die spätere Entwicklung	30
5. Die deutschsprachigen Nachbarländer Österreich und Schweiz	32
6. Die deutsche Verfassungsgeschichte	33
B. Die deutschen Länderverfassungen nach 1945	37
C. Zusammenfassung	39
D. Die Entstehung der grundgesetzlichen Formel	39
E. Abgrenzung der „allgemeinen Gesetze“ vom Zensurverbot	42

Kapitel III

Kritische Betrachtung der Lehren der Weimarer Zeit

A. Vorbemerkung	44
B. Die Auffassung Häntzschels und Rothenbüchers	45
C. Die Interpretation der „allgemeinen Gesetze“ durch Smend	48

*Kapitel IV***Kritische Betrachtung der heutigen Lehrmeinungen**

A. Einleitung und Übersicht	53
B. Die Auffassungen von Kemper, Bettermann und Lerche als Fortentwicklung der Lehren der Weimarer Zeit	54
1. Kemper, Bettermann	54
2. Lerche	56
C. Systematische Bezugspunkte der „allgemeinen Gesetze“, insbesondere zu Art. 140 GG i. V. Art. 137 Abs. 3 WRV	57
D. Die Auffassung Schnurs	61
E. Die Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG als politische Bürgerrechte	62
1. Ridder	62
2. Čopić	66
3. Noltenius	67
F. Allgemeine Gesetze als „immanente Schranken“	68
1. Allgemeine Theorien	68
2. Hamel und Reisnecker	73
3. Die Auffassung Häberles und das Verhältnis der Grundrechtsschranken zu Art. 19 Abs. 2 GG	74
4. Die Auffassung Scheuners	78
G. Der Gesetzesbegriff	80

*Kapitel V***Die Rechtsprechung zum Begriff der „allgemeinen Gesetze“**

A. Kritische Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	83
B. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und vorherrschende Ansicht der Zivilgerichte	89
C. Sonstige Auffassungen von Gerichten im Problemkreis der „allgemeinen Gesetze“	91
1. Bundesarbeitsgericht	91
2. Entscheidungen aus dem öffentlichen und privaten Dienstrecht	92
3. Grundgesetzwidrige Auslegungsmethoden	93

Kapitel VI

Der Inhalt der Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG

A. Ausgangspunkt	95
B. Die Meinungsäußerungs- und Meinungsverbreitungsfreiheit	95
C. Informationsfreiheit, allgemein zugängliche Quellen und „allgemeine Gesetze“	98
D. Die Pressefreiheit	100
1. Argumente für eine institutionelle Auffassung	100
2. Bedenken gegen eine institutionelle Auffassung	101
3. Institutionelle Sicht und „allgemeine Gesetze“	103
4. Prüfung der Tragweite der traditionellen Grundrechtsauffassung ..	103
a) Pressefreiheit und Schutz des Presseunternehmens	104
b) Artikel 5 GG und formelle Pressefreiheit	104
c) Staatliche Eingriffe zur Erhaltung eines freien Meinungsbildungsprozesses	105
d) Öffentliche Aufgabe der Presse	108
e) Ergebnis	108
E. Die Rundfunkfreiheit (Bild- und Tonfunk)	109
1. Der rechtliche Charakter der Rundfunkfreiheit	109
2. Institutionelle Garantie des Rundfunks und „allgemeine Gesetze“ ..	111
F. Die Filmfreiheit	112

Kapitel VII

**Die Rechte des Artikel 5 Abs. 1 GG, andere Grundrechte
Verfassungssätze und Grundrechtsschranken**

A. Einleitung	114
B. Immanente Schranken des Art. 5 Abs. 1 GG aus Art. 2 Abs. 1 oder Art. 18 GG?	114
C. Schranken durch Kollision mit anderen Grundrechten und Verfassungsbestimmungen	120
1. Die Vorbedingungen für eine Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers ..	120
2. Die Lösung der Kollisionsfälle	123

D. Die Überschneidung der „allgemeinen Gesetze“ mit anders gearteten Grundrechtsschranken	125
1. Die Methode der Lösung von Schrankendivergenzen	125
2. Beispiele	128
a) „Allgemeine Gesetze“ und Art. 8 Abs. 2 GG	128
b) „Allgemeine Gesetze“ und Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG	129
c) „Allgemeine Gesetze“ und Art. 14 Abs. 1 GG	129

Kapitel VIII

Die Bedeutung der „allgemeinen Gesetze“

A. Die Bedeutung des „Allgemeinen“ im Begriff der „allgemeinen Gesetze“	130
B. Der Gesetzesbegriff	132
C. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Einschränkung der „allgemeinen Gesetze“	133
D. Zitierpflicht der „allgemeinen Gesetze“ nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG?	137
Schluß	139
Literaturverzeichnis	141

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
AÖR	= Archiv des Öffentlichen Rechts
AVAVG	= Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 3. 4. 1957 (BGBl. I, S. 321)
BAG	= Bundesarbeitsgericht, Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	= Der Betriebsberater
BDH	= Bundesdisziplinarhof
BayrVerfGHE	= Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Bayerischen Dienststrafhofs, neue Folge
BayrVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BetrverfG	= Betriebsverfassungsgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGG	= Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	= Der Betrieb
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
FamRZ	= Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
GjS	= Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften i. d. F. vom 29. 4. 1961 (BGBl. I, S. 497)
GS	= Gesetzessammlung
GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt
HDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma
h. L.	= herrschende Lehre
JÖR NF	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts, neue Folge
JuS	= Juristische Schulung

JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
JAO	= Justizausbildungsordnung
LVG	= Landesverwaltungsgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MRK	= Menschenrechtskonvention
NF	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NPL	= Neue Politische Literatur
OLG	= Oberlandesgericht
PG	= Pressegesetz
PR	= Parlamentarischer Rat
PrOVG	= Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
RGBL	= Reichsgesetzblatt
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROW	= Recht in Ost und West
RPG	= Reichspressegesetz
RdJ	= Recht der Jugend, Zeitschrift für Jugendziehung und Jugendschutz, für Jugendfürsorge und Jugendstrafrecht
Rdnr	= Randnummer
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
Verbringungs- gesetz	= Gesetz zur Überwachung strafrechtlicher und anderer Verbringungsverbote vom 24. 5. 1961 (BGBl. I, S. 607)
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
Verfassungs- rechtsprechung	= Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepublik, Entscheidungssammlung hrsgg. von F. Giese, E. Schunck und K. Winkler, Stand 1. 7. 1968
VersG	= Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. 7. 1953 (BGBl. I, S. 684)
VerwG	= Verwaltungsgericht
VVdStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstgerichtlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VollzO	= Vollzugsordnung
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
ZevKR	= Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht
ZgesStWiss	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZRG	= Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Art. 5 Abs. 1 und 2 GG lauten:

Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der *allgemeinen Gesetze*, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

Der Begriff der „allgemeinen Gesetze“, mit dem sich diese Arbeit beschäftigt, war bereits zur Zeit der Weimarer Republik Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Erörterung. Grundlegend sind die Arbeiten von *Häntzschel*¹ und *Rothenbücher*² auf der einen und die Auffassung von *Smend*³ auf der anderen Seite. Ihnen war gemeinsam, daß sie die „allgemeinen Gesetze“ als Einschränkung von Freiheitsrechten des status negativus ansahen. Hieran knüpfte die nach Verkündung des Grundgesetzes erscheinende Literatur weitgehend an⁴, ohne daß es zu einer einheitlichen oder herrschenden Interpretation der generellen Schranken des Artikels 5 Abs. 1 GG gekommen wäre.

Im Gegensatz dazu entwickelten sich Auffassungen, die einem Teil der Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG auf Grund ihrer politischen Funktion eine andere Bedeutung gaben⁵ oder die Grundrechte insgesamt unter institutionellen Gesichtspunkten betrachteten⁶. Dadurch erhielten die Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG in verschiedenem Umfang⁷ immanente Schranken, die man zum Teil in der Formel der „allgemeinen Gesetze“ zum Aus-

¹ *Häntzschel*: AÖR NF 10, S. 228 ff.; HDStR II, S. 651 ff.

² *Rothenbücher*: VVdStRL 4, S. 6 ff.

³ *Smend*: VVdStRL 4, S. 44 ff.

⁴ *von Mangoldt-Klein*: Art. 5 Anm. IX 3 a; *Leuschner*: S. 29 f.; *Füchtenschusch*: S. 78 ff.; *Lerche*: Übermaß, S. 113 ff.

⁵ *Ridder*: Grundrechte II, S. 252 ff. (259); *Čopić*: Grundgesetz, S. 31; *Noltenius*: S. 91 ff. (93).

⁶ *Hamel*: Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 20 u. passim; *Reisnecker*: S. 113 f.; *Häberle*: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, Abs. 2 GG.

⁷ Während z. B. *Noltenius* die Funktion für das gesellschaftliche Ganze (S. 141) gewährleistet sehen will, sieht *Reisnecker* (S. 164 u. passim) das Grundrecht als in seinem Menschenwürdegehalt garantiert an.

druck gelangt sah⁸. Bei Häberle⁹ führte dieser Ansatz dazu, die Grundrechte und damit auch die Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG auf ihren Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG) zu beschränken.

Die Deutung, die das *Bundesverfassungsgericht*, das seit dem Lüth-Urteil¹⁰ mit Hilfe einer zweistufigen Abwägung eine billige Lösung im Einzelfall erstrebt, den „allgemeinen Gesetzen“ gab, begegnete erheblicher Kritik¹¹. Eine Änderung dieser Rechtsprechung im Sinne einer mehr formalen Lösung scheint sich anzudeuten¹².

Die Vielfalt der Meinungen zum Problem der „allgemeinen Gesetze“ gab den Anlaß zu dieser Arbeit. Sie beschäftigt sich nur am Rande mit der Frage der Drittwirkung des Art. 5 Abs. 1 GG und seiner Schranken¹³. Es wird i. S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von einer beschränkten Drittwirkung des Grundrechts ausgegangen¹⁴.

Auch etwaige Besonderheiten im sogenannten besonderen Gewaltverhältnis werden nicht behandelt¹⁵.

⁸ Hamel: S. 41, 49; Noltenius: S. 140, 141; Scheuner: VVdStRL 22, S. 80; Reisnecker: S. 164; unklar Lerche: Übermaß, S. 115.

⁹ Häberle: Wesensgehaltgarantie, S. 51 u. passim.

¹⁰ BVerfGE 7, S. 198 ff.

¹¹ Nipperdey: DVBl. 1958, S. 448 ff.; Bettermann: JZ 1964, S. 602; Schwenk: NJW 1962, S. 1321 ff.; Schmidt-Leichner: NJW 1961, S. 819; zustimmend dagegen Dürig: DÖV 1957, S. 194 ff.; Wolff: JZ 1958, S. 202.

¹² BVerfGE 21, S. 271 ff. = NJW 1967, S. 976 ff.; ebenso Weber: Jus 1967, S. 326.

¹³ Vgl. dazu jetzt Scholler: S. 321 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁴ BVerfGE 7, S. 207; 12, S. 124; 13, S. 325; 18, S. 92.

¹⁵ Vgl. dazu von Münch: Freie Meinungsäußerung und besonderes Gewaltverhältnis u. Zeitschrift für Beamtenrecht 1959, S. 305 ff.; Perschel: Meinungsfreiheit, S. 19 ff.; Ekkehardt Stein: Recht des Kindes, S. 37 f.; Wenzel: Bayr. VerwBl. 1966, S. 431; Leuschner: S. 35 ff.

Kapitel I

Konkrete Bezüge des Begriffes der „allgemeinen Gesetze“

Die erhebliche Bedeutung der farblosen Formel der „allgemeinen Gesetze“ erkennt man am ehesten dann, wenn man die Vorschriften betrachtet, die in diesem Zusammenhang auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 5 GG geprüft worden sind oder geprüft werden können.

A. Bestimmungen des StGB und der StPO

In einer ersten Gruppe sind zunächst die Bestimmungen der §§ 90 bis 97 und 100 e a. F. StGB¹ zu nennen. Diese Vorschriften sollen, mit Ausnahme des § 100 e a. F. (§ 98 n. F.), der zum überkommenen Normbestand des politischen Strafrechts gehört², den inneren Bestand des demokratischen Staates sowie seine Organe und Symbole gegen gewaltlose politische Angriffshandlungen schützen³. Sie beziehen sich auf Handlungen, die sich auch oder allein durch Wort und Schrift verwirklichen lassen. Die herrschende Meinung paßt diese Vorschriften ohne Bedenken in das Grundgesetz, das die Staatsform einer „streitbaren Demokratie“ gewählt habe⁴, ein⁵. *Bettermann* führt sie gar im Rahmen eines argumentum ad absurdum bei seiner Deutung der in Art. 5 Abs. 2 genannten zulässigen Gesetze an⁶. Im Gegensatz dazu hält *Čopić*, nachdem bereits

¹ Durch das Achte Strafrechtsänderungsgesetz (StÄG) vom 25. 6. 1968 (BGBl. I, S. 741), das das politische Strafrecht eingeschränkt und die Straftatbestände neu geordnet hat, sind diese Bestimmungen durch die §§ 88 (90 a. F.), 84 (90 a a. F.), 85 (90 b a. F.), 89 (91 a. F.), 99 (92 a. F.), 86 (93 a. F.), 90 (95 a. F.), 90 a (96 a. F.), 90 b (97 a. F.), 98 (100 e a. F.) StGB ersetzt worden; § 94 a. F. ist entfallen, z. T. aber durch die neue Sabotagevorschrift (§ 87 n. F.) erfaßt.

² § 100 e a. F. (98 n. F.) StGB schützt die äußere Sicherheit des Staates gegen Verrat von Staatsgeheimnissen.

³ *Čopić*: Grundgesetz S. 15; *Willms*: S. 11; zu dieser Gattung politischer Straftatbestände gehörten auch die durch das 8. StÄG ersatzlos gestrichenen §§ 84, 89 Abs. 2, 100 d Abs. 2 und 3 a. F. StGB.

⁴ BVerfGE 5, S. 85 (139); *Jahrreiss*: S. 88; weitere Nachweise bei *Wilke*: S. 25.

⁵ Vgl. beispielhaft von *Weber*: Der Schutz des Staates, S. 20; BGHSt. 11, S. 171 (180).

⁶ *Bettermann*: JZ 1964, S. 609.